

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JOHN TENÓRIO GOMES

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Campina Grande – PB

2013

JOHN TENÓRIO GOMES

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof^ª. Ms. Ana Caroline
Bezerra Câmara

Campina Grande - PB

2013

JOHN TENÓRIO GOMES

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Mestre – Ana Caroline Bezerra Câmara –
Universidade do Minho – UMINHO
(Orientador)

Prof.(a) Mestre – Aécio de Souza Melo Filho
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
(1º Examinador)

Prof.(a) Mestre – Olívia Maria Cardoso Gomes
Universidade do Minho – UMINHO
(2º Examinador)

A Deus "Porque dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas" (Romanos 11.36). Aos meus pais, José Gomes e Marconilza Tenório, pela instrução e dedicação incondicional que me fizeram ser o que sou. À mais linda das esposas, Taise Tenório, por ter despertado em mim o maior dos sentimentos. À minha filha, Rebeca Tenório, inspiração de todos os meus dias.

Agradeço a Deus, por todos os seus beneplácitos. Por estar presente nos momentos em que a solidão e angústia bateram a porta. Por guiar os meus passos em todas as decisões e escolhas. Por ser a maior fonte de sabedoria. Por Seu amor, altruísta e incondicional. Pelos seus insondáveis juízos e inescrutáveis caminhos. Pelo que era, o que é, e o que há de ser, para todo o sempre.

Agradeço ao meu pai, por cada gota de suor despendida em minha educação. Pelo exemplo de pai, homem e pessoa. Pelos anos a fio de trabalho e de dedicação ao lar. Eu te amo meu pai e muito obrigado por tudo.

Agradeço a minha mãe, pelo exemplo de amor e companheirismo. Pelo esforço incomensurável. Pelo refúgio e segurança que só se encontra nos braços maternos. Pela dedicação e apoio que se mostraram indispensáveis para conclusão do curso e deste trabalho. Pelos atos de coragem inerentes à todas as guerreiras. O amor que nos une não se descreve, apenas se vive.

Agradeço à minha esposa, pela paciência e compreensão nos últimos anos. Desculpe-me meu amor, pelos momentos de ausência, pelos abraços e beijos não dados e pelas vezes que não consegui te dar a atenção merecida. Obrigado por me fazer conhecer o amor em sua forma mais intrigante e esperada. Por aquecer minha vida com o calor da paixão e dedicar-se inteiramente à felicidade de nossa família.

Aos demais familiares fica o registro de quem sempre lhes será grato por todo o auxílio prestado. Todos os tios, tias, primos, primas, avós, irmã e sobrinha que completam o maior bem que o ser humano pode possuir. Nossa família é dádiva preciosa e sem o apoio de vocês não haveria conquista alguma. Amo todos indistintamente.

Agradeço a todos os docentes do Departamento de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos - FARR que contribuíram para o meu aperfeiçoamento profissional durante os anos de curso. Assim como os nobre "tios" e "tias" da infância e aos meus ilustres e honrosos professores da E. E. E. F. e M. Escritor Virgínius da Gama e Melo, pelas lições de vida e de superação, mesmo ante todas as limitações e dificuldades enfrentadas no ensino público do país. A estes os meus maiores votos de estima, respeito e gratidão.

Agradeço aos escritórios de advocacia Medeiros e Duarte Advogados e Advocacia David Diniz, na pessoa dos Drs. Saulo Medeiros da Costa Silva, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Katherine Valéria de Oliveira Gomes Diniz, pelo aprendizado ao longo desses últimos dois anos de experiência profissional e por terem despertado em mim o sacerdócio da advocacia.

Aos amigos de turma dedico o último parágrafo de meus agradecimentos, não por serem inferiores às demais pessoas aqui mencionadas, mas pelo fato de que, para nós, o que se encerra não representa o fim, mas o início de uma longa trajetória vitoriosa. Os anos que passamos juntos serão recordados por todos até o último suspiro de nossa existência. Não nos encontraremos mais com a frequência de outrora, mas sempre estaremos próximos pela lembrança que nos acompanhará e pelo laço indissolúvel da verdadeira amizade. Obrigado a todos!

"Dá instrução ao sábio, e ele se fará mais sábio; ensina o justo e ele aumentará em entendimento"

Provérbios 9:9

RESUMO

O trabalho que segue busca realizar uma análise do princípio constitucional do Devido Processo Legal sob uma nova perspectiva. Os anseios sociais hodiernos e as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em concretizar o direito tutelado exigiram deste princípio uma ampliação em seu campo de atuação, de modo que as concepções introduzidas pelas fases procedimental e substantiva, por si só, não mais satisfazem com plenitude os objetivos atuais de assegurar ao indivíduo a máxima prestação e satisfação jurisdicional. Assim, ante a mutabilidade temporal dos princípios jurídicos constitucionais, adaptando-se às novas conquistas incorporadas à Constituição, o Devido Processo Legal surge como mais um instrumento em benefício do indivíduo na concretização de seus direitos, desta vez, transcendendo a esfera endoprocessual e condicionando a integralidade de sua aplicação não só ao simples reconhecimento do direito invocado, mas à sua real efetivação. A esta nova fase do Devido Processo Legal, em razão da grande influência do direito inglês e norte-americano na origem e desenvolvimento deste princípio, é designada neste trabalho a expressão *effective due process of law*, tendo em vista as suas peculiaridades e distinções do *procedural due process of law* e *substantive due process of law*, que o conferem autonomia no estudo das ciências jurídicas, desvinculando-se destas fases iniciais e possibilitando uma nova interpretação à cláusula *law of the land*. Nesse esteio, o comprometimento do Estado, através dos órgãos que o integram, desempenha papel crucial na aplicação do Devido Processo Legal pela concepção aqui desenvolvida, tornando concreto o que, em inúmeros casos, não passa de simples palavras animadoras.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Tutela jurisdicional. Efetivação de direitos.

ABSTRACT

The present work intend to conduct an analysis of the constitutional principle of Due Process of Law under a new perspective. The modern-day social concerns and the difficulties faced by the Judiciary in achieving the protected right demanded an extension of this principle in its acting field, so that the concepts introduced by the procedural and substantive phases, by itself, no longer completely satisfies current target of ensuring the individual the maximum promptitude and judicial satisfaction. Thus, compared to the temporal changeability of constitutional legal principles, adapting to new conquests incorporated into the Constitution, the Due Process of Law emerges as an instrument for the benefit of the individual in achieving their rights ,now transcending inner procedural sphere and conditioning the completeness of its application not only to the simple recognition of the invoked right, but its actual realization . For this new phase of Due Process of Law, due to the great influence of English and American law on the origin and development of this principle, is called in this paper the term *effective due process of law*, in view of the peculiarities and distinctions of *procedural due process of law* and *substantive due process of law*, which provides it independence in the study of legal sciences, decoupling from these early stages and allowing a new interpretation to the *law of the land* clause. In this pillar, the commitment of the State, through the organs that integrate, plays crucial role in the implementation of Due Process of Law for the conception developed here, turning concrete what, in many cases, is nothing but simple encouraging words.

Keywords: Due Process of Law. Judicial protection. Enforcing rights.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	CAPÍTULO 1 - UMA INICIAÇÃO AO ESTUDO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	13
2	CAPÍTULO 2 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICABILIDADE	23
2.1	Apontamentos Preliminares	23
2.2	Classificação dos Princípios Constitucionais	26
2.3	O Pamprincipiologismo no Direito Constitucional e o Devido Processo Legal	31
3	CAPÍTULO 3 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL	34
3.1	História e Evolução do Devido Processo Legal	34
3.2	O Devido Processo Legal Procedimental (<i>Procedural Due Process of Law</i>)	37
3.3	O Devido Processo Legal Substancial (<i>Substantive Due Process of Law</i>)	41
4	CAPÍTULO 4 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEU PAPEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
4.1	As Modificações Sociais e a Estreita Ligação entre Efetividade e Processo Devido	46
4.2	<i>Effective Due Process of Law?</i> Por uma Concepção além da Razoabilidade	58
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
	REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A análise do processo, enquanto caminho a ser percorrido, amoldada a uma conduta preestabelecida pela norma, sofreu diversas alterações no curso da evolução histórica dos direitos fundamentais. As concepções introduzidas pelos direitos sociais, bem como pelos direitos difusos e coletivos, modificaram a ótica processual de maneira ímpar e trouxeram uma nova roupagem à hermenêutica processual.

Nesse ínterim, sobretudo após os males vivenciados pela Segunda Grande Guerra, os questionamentos acerca de diversos institutos jurídicos, outrora tidos como perfeitos e acabados, se intensificaram. Em vista disso, um dos princípios processuais de maior incidência e que fora conquistado à duras penas pelos movimentos revolucionários do Século XVIII, qual seja, o do *due process of law*, não ficou de fora destas discussões.

O princípio supramencionado, até então, era compreendido apenas como a observância às normas de direito processual e seus atos procedimentais preexistentes ao fato jurídico que ensejou o início do processo. No entanto, de acordo com este entendimento, estaríamos tornando irrelevantes aspectos de suma importância quanto à essência do devido processo legal em si, além de sua finalidade no mundo jurídico-social. Dentre os quais, podemos destacar a própria norma de direito processual a ser aplicada para persecução de um suposto processo devido. Além do mais, se admitíssemos tal compreensão, legitimaríamos todas as abominações e atos atentatórios à dignidade humana cometidos pelos movimentos totalitários do início do século XX, uma vez que, os soldados nazistas atuavam conforme os parâmetros legais estabelecidos pelas lideranças de seu país, à época.

Nesse norte, surge um novo modelo de devido processo legal, não apenas baseado na letra fria da lei nascendo e morrendo em favor desta, assim como pretendia o positivismo jurídico extremista, mas alicerçado em princípios e garantias fundamentais inerentes à condição humana e, em decorrência do fortalecimento do movimento neoconstitucionalista, positivados e assegurados pela Constituição.

Desse modo, outros critérios passaram a fazer parte deste novo paradigma processual, pautado na efetivação dos direitos fundamentais, para se chegar a um processo em que seus destinatários possam usufruir, de forma plena, todo e qualquer direito, sobretudo os que possuem *status* fundamental.

O tema da efetivação dos direitos fundamentais tem norteado o estudo de diversos pesquisadores no mundo do Direito e das demais ciências sociais. Sua busca tornou-se um dos

principais obstáculos enfrentados pelo Poder Público, na tentativa de proporcionar ao corpo social, a aplicabilidade e concretização dos preceitos fundamentais assegurados pela Constituição. Nesse diapasão surge a necessidade de encontrar elementos, dentro da própria ordem jurídica, que viabilize a saída dos direitos fundamentais do plano ideal e de simples objetivos a serem alcançados, para uma materialização no mundo fático da vivência social.

Todas as contribuições, até agora desenvolvidas, vêm auxiliando as três funções do Estado nesta tarefa árdua em trazer concretude aos direitos fundamentais, seja aos órgãos vinculados ao Judiciário, quando da devida aplicação da norma, dando a esta uma interpretação que melhor se amolde ao interesse público e social; ao Legislativo, abrindo-lhe os olhos para situações que carecem de determinada regulamentação, seja de ordem positiva, estabelecendo uma situação de fato, ou negativa, desconstituindo elementos ou institutos que não mais contribuem para o desenvolvimento social; e ao Executivo, que possui papel fundamental quando da gerência e aplicação dos planos institucionais de políticas públicas.

Pois bem, nesse contexto, surge a problemática da “judicialização” dos direitos fundamentais, tendo em vista que o cidadão, por diversas vezes, necessita ingressar com uma demanda judicial para que tenha acesso a elementos básicos e inerentes a todo ser humano, tais como saúde, educação, lazer, liberdade, integridade física, dentre outros, o que exige dos órgãos jurisdicionais uma maturidade extrema. Sendo assim, exsurge o dilema da viabilidade das demais funções estatais em cumprir eventual ordem judicial, em razão da falta de dotação orçamentária sustentada pelo princípio da reserva do possível.

No entanto, em que pese os argumentos dos entes estatais, o princípio do devido processo legal estabelece não só a observância a ritos pré-estabelecidos nos diplomas processuais, mas transcende a órbita da técnica procedimental para abarcar também a satisfação do direito tutelado.

O presente trabalho abordará o devido processo legal não apenas como um direito fundamental em si, mas como alicerce para a concretização de todos os demais direitos fundamentais, tendo o interesse sido despertado pelo frágil argumento utilizado pelos entes integrantes do Poder Público que supervalorizam outros institutos em detrimento da concretização de tais direitos.

O trabalho segue levando em consideração toda a problemática existente que norteia o dilema da efetivação dos direitos, notadamente, àqueles reconhecidos constitucionalmente, em especial o devido processo legal. Para tanto, a este princípio fundamental é dada nova roupagem, partindo desde a sua concepção e ideias clássicas, baseada na concepção de

individualismo e isonomia formal introduzida pelo liberalismo, passando pela noção moderna, em que a essência da norma deve atender critérios razoáveis e humanizados.

Afinal, o devido processo legal, além de ser um direito fundamental atua e fundamenta juridicamente a concretização dos demais direitos fundamentais, tais como o direito de invocar a tutela jurisdicional do Estado e ver esta pretensão satisfeita, demonstrando ser um suporte e mais uma arma do cidadão na busca pela efetivação de seus direitos.

Destarte, este estudo parte do anseio social pela materialização dos direitos assegurados pela Constituição Federal, através da correspondência entre o que é exposto pelo texto constitucional e o que realmente é efetivado, quando da aplicação do devido processo legal. Este parâmetro poderá assumir papel crucial para o preenchimento desta lacuna e, com isso, tornar a Constituição e seus princípios fundamentais, mais próximos do cidadão.

CAPÍTULO 1 - UMA INICIAÇÃO AO ESTUDO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O ser humano, no decorrer do seu desenvolvimento enquanto componente social, necessita de bases e elementos referenciais que viabilizem a estruturação de suas concepções teóricas e estabeleçam parâmetros que norteiem o seu comportamento. Nesse sentido, os princípios desempenham função essencial, por se tratarem de verdadeiros fundamentos lógicos de conduta e representarem, antes de tudo, uma aspiração do indivíduo para concretização de determinado fim.

O estudo dos princípios perpassa, necessariamente, não só pelo campo deontológico, mas também ontológico, demonstrando uma proximidade entre os preceitos estabelecidos por este e a conduta do indivíduo. Assim, tomemos como exemplo o princípio *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não ferir ninguém e dar a cada um o que é seu¹), empregado desde priscas eras - cuja origem remonta ao direito romano, através do jurista Eneo Domitius Ulpianus - de onde se extrai preceitos de uma conduta que deve estar inerente ao indivíduo, fazendo parte de sua essência, e não apenas algo à ser conquistado.

Logicamente, os princípios não podem ser simplesmente desejos imanentes a uma realidade distante, mas preceitos fundamentais que também devem fazer parte da vivência humana e expressar as ações cotidianas dos grupos imersos em dado contexto histórico-social. Além do mais, mister esclarecer que, valendo-se das preciosas lições de Bonavides (2009), ao destacar a compreensão de Luiz Diez Picazo sobre a temática, o conceito de princípio está relacionada às verdades primeiras, constituindo-se alicerces e ponto de partida para construção de determinado conhecimento.

Sendo os princípios, portanto, a gênese de determinado conhecimento, alguns dos quais, obtidos de forma empírica, outros através da análise de premissas já estabelecidas, mostram-se indispensáveis à estruturação da razão humana e de sua aceitabilidade no meio social. Desta feita, tornaram-se elementos essenciais para a construção do que se convencionou chamar de ciência ou conhecimento científico, bem como lançou as bases para a organização normativa da sociedade. Portanto, o Direito também encontra seus pilares em princípios estritamente ligados à vivência do homem em sociedade.

Destarte, o conceito do que venha a ser um princípio demonstra grande subjetividade e variabilidade de acordo com a época e o momento histórico em que foi formulado, bem como

¹ Tradução livre deste autor.

em razão da concepção filosófica de cada autor. Assim, Sérgio Sérulo da Cunha, reportando-se a Gilles-Gaston Granger, Martin Heidegger, Émie Littré e André Lalande, destaca nada menos que 11 (onze) acepções para o termo princípio, quais sejam:

1. Começo, início, aquilo que está no começo ou no início.
2. Termo final de toda regressão.
3. Proposição que basta para suportar a verdade do juízo.
4. Causa natural, em razão das quais os corpos se movem, agem, vivem.
5. Elemento ativo de uma fórmula, substância ou composto.
6. Aquilo que constitui, compõe as coisas materiais.
7. Aquilo que, pertencendo à própria coisa, contém suas determinações como fenômeno.
8. Matriz dos fenômenos pertencentes a um determinado campo da realidade.
9. Fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções.
10. Fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito.
11. Os primeiros preceitos de uma arte ou ciência. (CUNHA, 2006, p. 5-6)

Atentemos para as proposições acima evidenciadas. Todas se reportam aos princípios de maneira geral e destacam a sua importância para a construção de determinado preceito, de modo que, seu conceito perpassa pelo plano da existência destes, mostrando-se como elementos influenciadores do comportamento humano, o que fica evidente no quarto conceito apresentado, destacando que, em razão deles, os corpos se movem, agem e vivem. Portanto, princípios são as verdades primeiras, são fundamentos determinantes que consolidam as normas existenciais dos vários campos científicos. Esta concepção é conhecida como função fundamentadora dos princípios.

Miguel Reale, em obra consagrada no campo da filosofia do Direito, destacou que princípios são:

Verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 2009, p. 60)

Pelo conceito do ilustre jusfilósofo brasileiro, os princípios também se mostram como um elemento que garante a certeza de um conjunto de juízos, ou seja, são a prova dos conceitos apresentados sobre a realidade apreciada pelo sujeito cognoscente. Portanto, àquilo que é cognoscível necessita de uma prova servível de fundamento, pois impossível seria chegar à conclusão de que determinado objeto é passível de ser conhecido e conceituado, sem que este presente, ao menos, princípios que conduzam o observador em sua conclusão sobre a realidade examinada.

Os princípios também possuem algumas características que lhes são inerentes, tais como o elevado grau de abstração e indeterminação, bem como sua irradiação, possibilitando a aplicação de um mesmo princípio a inúmeras regras.

Jorge Miranda (2007) destaca ainda que os princípios possuem um caráter “versátil” e “aberto”, sem pretensões de regulamentação exaustiva, ou seja, não tem como finalidade ser aplicável a todos os casos. O autor evidencia também a “virtualidade de harmonização” dos princípios, não podendo ser estes revogados ou invalidados por outros visto que, se admitíssemos tal compreensão, logo, chegaríamos à conclusão de que, àquele que foi invalidado nunca chegou a ser, verdadeiramente, um princípio, bem como a realidade que este supostamente expressava, não existe de fato.

Segundo Reale (2009) os princípios são classificados quanto aos campos científicos que abrangem em onivalente ou universais, plurivalentes ou regionais e monovalentes. Além destes, importante também destacar os princípios setoriais evidenciados por alguns de nossos doutrinadores.

Os princípios onivalentes ou universais são aqueles que podem ser aplicados em qualquer ramo ou conhecimento científico, como por exemplo os princípios lógicos que são encontrados em todas as construções científicas, tais como o da não-contradição do conhecimento científico. São portanto proposições gerais que se fragmentam e dão ensejo a novos princípios, com um campo de abrangência bem mais específico. Assim, os princípios onivalentes, além de serem aplicados ao Direito, também possuem aplicação em todas as demais áreas do conhecimento científico.

Os princípios plurivalentes ou regionais são aqueles que não possuem aplicabilidade a todas as ciências, mas a um grupo assemelhado em relação ao objeto que se propuseram a investigar. De todo modo são aplicáveis a vários campos do conhecimento, tendo como exemplo o princípio da causalidade, que se mostra essencial as ciências naturais, embora não possua aplicação em todas as ciências. Portanto, alguns princípios plurivalentes podem ser aplicáveis ao Direito e outros podem ser irrelevantes para este, por comporem determinados campos do conhecimento que não possuem ligação direta com as ciências jurídicas e sociais.

Os princípios monovalentes só são aplicados no âmbito de uma ciência determinada, como os princípios gerais do direito, cujo campo de atuação se resume a ciência do direito. Interessante destacar que, além dos princípios monovalentes Cretella Júnior (1992) destaca ainda os princípios setoriais, ou seja, os que possuem aplicação restrita a determinado setor dentro de uma ciência, a exemplo do princípio da anterioridade nonagesimal dos tributos, cuja aplicação dentro do Direito é limitada ao direito tributário.

Feitas estas considerações relacionadas aos princípios em geral, passemos a analisar os princípios jurídicos, que em seu campo de atuação alcançam o Direito, amoldando as normas que o regem e guiando o intérprete quando de sua aplicação, ante a sua função interpretativa. Nesse sentido, inúmeros doutrinadores confrontaram-se com o tema dos princípios jurídicos, surgindo os mais diversos entendimentos sobre o assunto. No contexto anteriormente vivido no mundo jurídico, incorporado pelas concepções positivistas de valorização da norma e redução do direito a estas, não se vislumbrava tal discussão até o início do século XX.

É com Ronaldo Dworkin, em meados do século passado, que a temática dos princípios jurídicos direcionadas ao âmbito integrativo do ordenamento jurídico ganha repercussão e importância no campo da teoria geral do direito. No entanto é importante destacar, conforme obtempera Rodolfo Luis Vigo (2010), que autores antecedentes, cujas contribuições não podem deixar de ser destacadas, já se posicionavam a respeito, tais como Roscoe Pound, ao evidenciar a função supletiva destes, quando tratou sobre os princípios como elemento integrante do conteúdo do sistema jurídico.

Ainda nas diretrizes de Rodolfo Luis Vigo (2010, p. 141), “foi mérito de Dworkin fazer dos princípios (*principles*) uma temática relevante e difícil de evitar por parte de qualquer teoria jurídica atual”. Isto se deu pelo fato de, na concepção de Dworkin, os princípios possibilitam ao ordenamento jurídico duas de suas características primordiais, quais sejam, a coerência e justificação, que possibilitam ao juiz, diante dos casos concretos, realizar a interpretação de maneira mais próxima à Constituição possível.

Nas palavras de Dworkin (2002, p. 182) o juiz também chamado de Hércules, “deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro”. Além do mais, “na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas”. Nesse sentido, princípio é o critério que deve ser aplicado, não para proteger determinada situação política, econômica ou social, mas sim porque é exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Restou evidente a contrariedade das concepções introduzidas por Dworkin, em face da chamada “teoria jurídica dominante”, cujo um dos principais defensores lhe antecederia na cátedra da faculdade de direito da Universidade de Oxford, Herbert Lionel Adolphus Hart. Este, seguindo os passos de seu positivismo analítico, compreendia o Direito como simples sistema de regras (*system of rules*), de modo que tal sistema pode ser fragmentado em "regras primárias" e "regras secundárias".

As "regras primárias", para Hart (2001), são aquelas que estabelecem um dado comportamento para um indivíduo, são verdadeiros deveres impostos aos cidadãos ou a determinadas categorias, também conhecidas como regras de obrigação ou, como evidencia o próprio Hart (2001, p. 104), "regras de reconhecimento" (*rule of recognition*). Em contrapartida as "regra secundárias", se caracterizam por conferirem poder aos indivíduos e regularem a aplicação das *regras primárias*, bem como suas alterações e identificações, sendo verdadeiras regras sobre regras; a estas Hart (2001, p. 106) também confere o título de "regras de julgamento" (*rules of adjudication*).

O campo de atuação dos princípios jurídicos no pensamento de Hart é quase que inexistente visto que, para o pensador britânico, estes, caso não fossem tidos como regras, por não se amoldarem às fontes que lhe conferem autoridade - aceitação dela como padrão de conduta e a validade conferida pelas regras secundárias - não pertenciam ao campo da ciência do Direito. Esta vertente positivista defendida pelo autor, apesar de suas contribuições para a cientificidade do Direito, foi duramente criticada por Dworkin, bem como por outros pensadores que se opunham ao Normativismo Jurídico de Hans Kelsen, tais como Josef Esser.

Outro grande defensor da teoria dos princípios jurídicos que desempenhou papel crucial no estudo da matéria epigrafada foi Robert Alexy, destacando em sua obra célebre sobre o tema que:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90)

Para Alexy, os princípios jurídicos possuem características e elementos próprios que os caracterizam, ante a sua variabilidade de graus que podem ser satisfeitos mostrando inclusive que, esta satisfação está relacionada não só às possibilidades fáticas propriamente ditas, mas às possibilidades jurídicas. Razão pela qual, o autor os denomina de mandamentos de otimização, visto que estes, em sua concepção, se valem de dadas circunstâncias que extraem da situação o que existe de melhor no campo da interpretação jurídica.

Streck (2009, p. 174), em uma visão hodierna do assunto, retrata o legado do positivismo jurídico de forma a criticá-lo, tendo em vista que, na concepção do jusfilósofo brasileiro, esta escola do conhecimento jurídico disponibilizou para a comunidade jurídica o direito como um sistema de regras, tendo como consequência a ausência das discussões do

mundo prático. Além do mais, os princípios, em sua concepção, superaram a abstração da regra, “desterritorializando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo”.

Streck coloca os princípios em posição distinta da formulada por Alexy, visto que, conforme expõe Streck *apud* Nery Junior :

[...] não se pode caracterizar a noção de princípio como se fora um ‘postulado’ ou ‘mandamento de otimização’, porque isso traz embutida a ideia positivista para que seja reavivada a abstratidade, e, conseqüentemente, seja afastado o mundo prático ínsito aos princípios. (NERY JUNIOR, 2010, p. 28)

Os princípios jurídicos, nesta concepção, atuam como limitadores da discricionariedade do juiz que, ao se deparar com casos complexos em que a legislação do país não seja clara quanto à solução para o problema em análise, este não pode, simplesmente, dar a interpretação que bem entender ao dispositivo, tomando como fundamento em suas decisões apenas critérios pessoais. Pelo contrário, nestes casos, os princípios jurídicos desempenham papel crucial, devendo o magistrado, nos *hard cases* (casos mais complexos que exigem do julgador uma compreensão que supera o simples conhecimento das normas positivadas) utilizá-los como fundamento jurídico que são.

Posicionamento que não pode ser deixado de lado, envolvendo a teoria dos princípios jurídicos, foi introduzido na ciência do Direito por Josef Esser, merecendo destaque a sua classificação imposta aos mesmos, conforme obtempera Nery Junior (2010, p. 31), distinguindo-os em "princípios axiomáticos", "problemáticos" e "dogmáticos". Desta forma, “poderíamos identificar como **princípio axiomático** o da *liberdade contratual* (*vertragsfreiheit*) [...]”. No mesmo sentido, “como **princípio retórico** poderíamos mencionar o da *confiança* (*vertrauensgrundsatz*) e como princípio dogmático o da *natureza abstrata dos negócios de cumprimento* (*Abstraktheit des Erfüllungsgeschäfts*)” [grifos originais].

A crítica de Esser funda-se basicamente na grande quantidade de princípios introduzidos no ordenamento jurídico e nas discussões doutrinárias, sendo verdadeiros produtos de invenção “aberta” que têm se transformado em parte de um pensamento axiomático. Por conseguinte, tem-se como axiomático:

[...] un sistema jurídico lógicamente concluso, que culmina en proposiciones generales que se manejan deductivamente. En él los problemas permanentes y las antinomias del Derecho son objeto de una selección y un tratamiento a priori a la manera escolástica, que no conoce al pensamiento jurídico orientado retoricamente hacia los problemas singulares. (ESSER, 1961, p. 278)

As compreensões sobre os princípios jurídicos acima evidenciadas e sobre o Direito enquanto saber científico contribuíram para a expansão do que se entende por sistema

jurídico, visto que, a integração principiológica passa a ser visualizada como elemento legitimador para a prática e cobrança de condutas por parte do cidadão em detrimento do Estado. Além do mais, possibilitaram ao Direito uma maior aproximação com o indivíduo enquanto ser humano e social, visto que, as discussões relacionadas a temáticas que, mesmo pertencendo ao plano subjetivo são, antes de tudo, humanistas, tais como a Justiça e a Moral.

Assim, superada a noção imposta pelo Exegetismo Jurídico de que ao jurista só lhe incumbia buscar dentro do sistema normativo o que lhe era imposto e codificado pelo Estado, a solução para todos os casos que lhe eram apresentados, sem, contudo, inovar quando de sua aplicação e conseqüente interpretação. Kelsen, através do Normativismo Jurídico, destaca a inexistência de objetividade no significado da lei, cabendo ao Juiz, não só aplicá-la de modo mecânico, mas também lhe conferindo uma dada interpretação.

Nessa evolução, caberia agora, para consolidar e intensificar o estudo dos princípios jurídicos distingui-los das demais normas, dando-lhe, portanto, autonomia científica no Direito.

Para romper com os dilemas impostos pelo positivismo jurídico e sua redução do Direito a um sistema de regras, onde os princípios, quando não fossem simplesmente aquelas, não pertenciam ao mundo do Direito, era necessário distingui-los das demais normas, conferindo-lhes um *status* próprio dentro do ordenamento jurídico. Nesse esforço, diversos teóricos debruçaram-se sobre a temática, alguns dos quais já foram mencionados acima, na tentativa de estabelecer critérios objetivos que viabilizassem a distinção de forma clara e precisa.

Um dos critérios utilizados para a referida distinção foi proposto pelo próprio Dworkin, ao destacar que, por questões lógicas, regras e princípios distinguem-se quanto à direção que cada um empreende, visto que as regras são aplicadas de maneira disjuntiva, pela qual ou esta é válida e aplicável dentro da ordem jurídica ou não (*all-or-nothing*). Assim, conforme expõe o autor “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta eu ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Dworkin (2002, p. 42) ainda destaca outro critério distintivo entre regras e princípios, desta vez, levando em consideração o grau ou dimensão de importância (*dimension of weight*) que estes possuem evidenciando que, quando dois princípios jurídicos entram em conflito em dada situação, onde um necessariamente deve prevalecer sobre o outro, o julgador deve levar em conta a força relativa de cada um. Portanto, é o caso concreto quem vai determinar qual

princípio terá força superior a outro, não sendo tal conclusão aplicável a todas as situações em que eles novamente entrarem em conflito, razão pela qual “esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata”.

Em contrapartida, as regras não possuem essa dimensão de importância, mas são *funcionalmente* importantes de modo que, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, para que a outra se subsista no mundo jurídico. Nesse sentido, não se pode dizer “que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior” (DWORKIN, 2002, p. 43).

Tomando como parâmetro os ensinamentos de Dworkin, Alexy se destacou na busca por uma distinção precisa entre princípios e regras. Para este, princípios e regras nada mais eram do que espécies de normas, sendo que, por meio daqueles são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, variando de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. No entanto, as regras constituem normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, sendo assim, estas “contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Na concepção de Alexy (2008), a distinção entre princípios e regras é mais evidente no momento em que o jurista se depara com colisões entre princípios e com conflitos entre regras. Na colisão entre regras a solução só é possível quando uma delas traga em seu texto exceções à sua aplicação eu encontre guarida na regra aparentemente em conflito ou, caso contrário, quando uma das regras for declarada inválida. Porém, no caso de colisão entre princípios, estes devem ser ponderados de modo que, no caso concreto, um deles deve ceder à aplicação do outro, não significando que o princípio cedente será declarado inválido ou nele será introduzido uma cláusula de exceção.

Mister esclarecer, conforme obtempera Humberto Ávila (2005), que a distinção utilizada por Alexy:

[...] não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente[...]; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações [...] que podem ser superadas [...] em função dos outros princípios. (ÁVILA, 2005, p. 30)

Em que pese todas as diferenciações propostas no decurso histórico do estudo dos princípios jurídicos, não sendo interessante neste trabalho delimitar e esmiuçar cada uma

delas, nos limitaremos aos critérios clássicos expostos acima por Dworkin e Alexy, bem como encerraremos este capítulo com a didática distinção proposta por Vigo, utilizando-se como parâmetro os ensinamentos dos mais diversos doutrinadores, na tentativa de encontrar um ponto comum entre eles.

Pois bem, Vigo (2010) propõe não menos que vinte critérios apontados pela doutrina em que é possível vislumbrar a referida distinção, quais sejam: quanto ao *conteúdo*², *origem*³, *validade*⁴, *capacidade de justificação*⁵, *aplicação*⁶, *o trabalho que exigem*⁷, *identificação*⁸, *revogação*⁹, *exceções*¹⁰, *destinatários*¹¹, *resolução de contradições*¹², *cumprimento*¹³, *estrutura lógica*¹⁴, *incorporação ao sistema jurídico*¹⁵, *compromisso histórico*¹⁶, *localização*

² Os princípios seriam normas fundamentais que possuem conteúdo moral ou vinculado aos direitos morais (*standarts*, como expõe Dworkin), enquanto que as normas contam com um conteúdo diversificado.

³ Enquanto as normas podem ser submetidas à um certo *teste de origem*, em que seria possível verificar a maneira e o momento em que elas foram assim estabelecidas. Quanto aos princípios (por não se vincularem à disposição de alguma autoridade), tal busca torna-se irrelevante.

⁴ Enquanto que nas normas sua validade depende de outras normas ou, até mesmo, dos princípios, estes possuem uma intrínseca e necessária juridicidade, em que as regras não podem afetar o seu conteúdo.

⁵ Os princípios são tido como normas fundamentais, que exercem uma função explicativa e justificativa em relação às normas, de modo que neles estão contidas diversas normas possíveis.

⁶ Enquanto as normas são aplicadas de maneira disjuntiva (o *all-or-nothing* de Dworkin), os princípios sequer pretendem estabelecer as condições para a sua aplicação, limitando-se a anunciar uma razão que segue certa direção.

⁷ Os princípios, diversamente das regras, implicam em um exigente trabalho argumentativo, destinado à analisá-lo, bem como a inferir a solução que se propõe ou prescreve.

⁸ É impossível, quanto aos princípios, descrevê-los em sua plenitude, o que não se aplica às regras que, ao menos teoricamente, podem ser listadas, inclusive separando-as por áreas, de forma sistemática.

⁹ Enquanto as normas, em tese, podem ser facilmente revogadas, bastando apenas um entendimento diverso do legislador sobre dada matéria, os princípios, enquanto forem convenientes e justos na determinação de direitos e deveres, não podem ser revogados.

¹⁰ Enquanto nas regras é possível se incluir exceções à sua aplicação dentro de seu próprio texto, tal tarefa, quanto aos princípios, mostra-se impossível de ser realizada.

¹¹ Ao passo que as regras podem ser direcionadas aos cidadãos que, mesmo sem formação jurídica podem chegar a inferir certos comportamentos, os princípios são direcionados aos órgãos responsáveis pela adjudicação de direitos.

¹² Os princípios contam com a dimensão de "peso ou importância" (*dimension of weight* de Dworkin), ao passo que as regras, em caso de contradição, uma, necessariamente, deve ceder - deslocando-se do sistema jurídico - para que a outra seja aplicada.

¹³ Enquanto os princípios exigem a melhor conduta possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, as regras, ao estabelecer determinada conduta, podem ser cumprida em sua plenitude.

¹⁴ As regras, enquanto estruturas lógicas, podem ser classificadas em juízos categóricos, hipotéticos ou disjuntivos, ao passo que os princípios são conceitos axiológicos.

*no ordenamento jurídico*¹⁷, *caráter operativo com a lógica formal*¹⁸, *o aporte à completude do sistema*¹⁹, *componentes*²⁰, e, por fim, quanto às *funções*²¹. Destaca o autor que é possível evidenciar um certo nível de superposição entre estes critérios, bem como que nem todos os argumentos se revestem do mesmo valor diferenciador.

Destarte, feitos tais apontamentos e verificado a importância e autonomia dos princípios no estudo científico do Direito, passemos a discorrer, no capítulo que se segue, sobre sua atuação dentro da Constituição Federal, bem como sua força normativa capaz de servir de fundamento jurídico e legitimador das mais diversas decisões judiciais.

¹⁵ Enquanto as normas são incorporadas ao sistema jurídico fundamentadas em princípios ou regras de admissão, os princípios são incorporados mediante convenção ou por evidência (Kalinowski).

¹⁶ As regras são relativas e fortemente condicionadas às características do lugar e do tempo em que foram criadas. Porém, os princípios, possuem como característica serem objetivos e permanentes, tais como o da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade democracia, etc.

¹⁷ Os princípios se situam nos planos mais altos do sistema jurídico, normalmente no plano da Constituição, enquanto que as regras se situam em graus inferiores.

¹⁸ Em razão dos princípios possuírem conteúdo axiológico, não são operados com a facilidade da lógica formal inerente às regras.

¹⁹ Os princípios atuam de forma a completar o ordenamento jurídico, ampliando notadamente a sua capacidade de resposta as problemáticas que lhe são dirigidas.

²⁰ Alguns dos componentes das regras, tais como a "autoridade" (quem emite a norma), a "promulgação" (dar à conhecer a norma), o "conteúdo" e a "ocasião", tomando a concepção de Von Wright *apud* VIGO como parâmetro sobre normas prescritivas, seria impossível identificar tais elementos nos princípios.

²¹ Aos princípios são aplicadas uma tríplice função (fundamento do ordenamento jurídico, orientadores no caráter operativo do direito dirigente e fonte integradora do ordenamento jurídico) que lhe confere o título de "super fonte" ou "fonte das fontes", o que não é encontrado nas regras em geral.

CAPÍTULO 2 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICABILIDADE

2.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES

Ante as considerações preliminares sobre o estudo dos princípios em geral, notadamente o dos princípios jurídicos, estes ganham algumas peculiaridades quando envolvem o estudo da Constituição, sobretudo pelo fato de os princípios constitucionais serem dotados de maior notabilidade nos ordenamentos jurídicos, onde o centro normativo é a Constituição.

Pelas características apontadas no capítulo anterior, não se pode negar o caráter normativo dos princípios jurídicos. A partir do momento em que estes são reputados como preceitos a serem observados pela sociedade, e, neste caso em especial, quando consagrados pela constituição, sejam de forma expressa ou implícita ao texto constitucional, devem ser aplicados como normas jurídicas constitucionais e gozar de todas as peculiaridades inerentes à estas.

Como as normas jurídicas em geral, os princípios jurídicos constitucionais, quanto à sua aplicabilidade, também podem ser auto executáveis, ou seja, não dependem de qualquer outro regramento para serem aplicados e efetivados, tais como os princípios constantes no art. 1º da Constituição Federal, quais sejam, os princípios Republicano, Federativo e do Estado Democrático de Direito que, em razão da vontade soberana do constituinte originário, já nascem com sua eficácia plena e ditam a forma de governo, de Estado e o sistema de governo do país, respectivamente.

Em capítulo posterior, buscaremos situar o Devido Processo Legal, visto que, em nossa concepção, este independe de normas infraconstitucionais para ser aplicável, devendo o magistrado, no caso concreto, fazer a sua aplicação, inclusive, quando necessário, declarar a inconstitucionalidade da lei que o suprimir ou reduzir a sua aplicação.

Mas, como era de se esperar, o Legislador Constitucional também limitou a aplicação de alguns princípios constitucionais à regulamentação por norma hierarquicamente inferior à Constituição. Nesse ínterim, determinados princípios constitucionais que, em regra, deveriam ser auto executáveis, dependem de legislação específica que viabilize sua aplicação, inclusive comportando algumas limitações, tais como os princípio das liberdade de informação e da livre manifestação do pensamento que, em respeito a outros não podem ser exercidos de

forma desproporcional e atentatória à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, destaca Kildare Gonçalves Carvalho, ao informar que:

[...] uma vez positivados no texto constitucional, ascendem os princípios à categoria normativa, pelo que devem ser tidos como normas jurídicas, alguns auto-executáveis “enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais” [...] e outros dependendo de legislação integrativa. (CARVALHO, 2010, p. 650-651)

No entanto, em que pese a afirmativa de alguns princípios constitucionais carecerem de legislação integrativa, não se pode olvidar que se tratam de normas constitucionais e, mesmo sem estarem completamente supridas pelas regras infraconstitucionais, em determinados casos, quando necessário - sobretudo em razão do princípio geral do direito do *nom liquet*, consagrado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) - devem ser avocados e aplicados a determinado caso concreto.

Mister ainda esclarecer sobre uma possível distinção entre os princípios constitucionais e os demais princípios jurídicos. Como já exposto, os princípios constitucionais estão direcionados a assuntos de ordem constitucional e encontram-se consagrados na Constituição Federal, sejam de forma expressa ou implícita na Lei Maior. Tal caracterização é de fundamental relevância para a configuração dos princípios constitucionais implícitos que, mesmo sem estarem descritos de forma literal no texto da Constituição são totalmente aplicáveis e tidos como princípios constitucionais, em decorrência da consagração de outros princípios que envolvem as bases do Estado e da interpretação de normas esparsas na Lei Maior, a exemplo do princípio do duplo grau de jurisdição.

Outro critério distintivo entre os princípios constitucionais e os demais princípios jurídicos pode ser observado em relação a superposição do interesse público nos primeiros. Esta afirmativa é de fácil percepção uma vez que, como os princípios constitucionais tratam de matérias inerentes à ordem constitucional, o interesse público é notório e fundamenta-os enquanto normas aplicáveis, bem como atuam como limitadores dos demais princípios jurídicos, senão vejamos:

Tomemos como exemplo o princípio basilar que envolve o direito dos contratos, o *pact sunt servanda* ou a força obrigatória dos contratos. Este princípio é aplicável nas relações privadas e o interesse público que ele carrega é mínimo se o compararmos com princípios constitucionais, como o da inafastabilidade de jurisdição, por exemplo. No entanto, mesmo sendo um princípio jurídico aplicável em regra às relações privadas, sofre diversas limitações de outros princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana ou da justiça social (sendo corolário deste a defesa do consumidor).

Ressalte-se que, mesmo princípios constitucionais podem sofrer limitações, mas única e exclusivamente por outros princípios constitucionais. Dada a natureza da matéria que envolvem tais princípios e sua superposição no ordenamento jurídico, não vislumbramos a sua limitação por outra categoria de princípios jurídicos. No máximo, uma integração entre eles, uma vez que, os princípios jurídicos inerentes às relações privadas podem completar a sua aplicação, mas nunca suprimi-los ou limitá-los.

Outra consideração interessante sobre o tema está relacionada à existência de princípios jurídicos que versam sobre matérias de ordem pública que não integram o corpo da Constituição. Estes princípios, se os analisarmos com atenção, veremos que decorrem da interpretação de outros princípios, estes constitucionais. Portanto, nada mais são do que extensões dos princípios constitucionais e, em nossa compreensão, gozam da mesma natureza jurídica.

Vejam os princípios constitucionais que regem a administração pública, consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A doutrina geralmente evidencia vários outros princípios que não estes, como sendo integrantes do Direito Administrativo e que o agente público deve amoldar sua conduta de modo a não entrar em contradição com estes tais como, o princípio da supremacia do interesse público, princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade, princípio da motivação, princípio da segurança jurídica, dentre outros (MELLO, 2010).

Bandeira de Mello (2010), cujo posicionamento caminha de modo semelhante ao que ora se propõe, atento a esta concepção dos princípios jurídicos, não retira do plano constitucional os outros princípios da administração pública apenas por não estarem elencados no art. 37, *caput* da Constituição, pelo contrário, os subdivide em “princípios constitucionais do direito administrativos expressos” e “princípios constitucionais do direito administrativo implícitos”. Portanto, os princípios jurídicos que tratam de matérias de ordem e natureza pública que, conseqüentemente se vinculam a assuntos constitucionais, por decorrerem da interpretação da própria Constituição e dos princípios consagrados nesta, não perdem o característica de Princípio Constitucional apenas por não estarem expressos do texto da Constituição.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais, ante as suas peculiaridades, também necessitam ser estudados de maneira sistemática e objetiva, de modo a possibilitar uma visão organizada desta categoria de princípios, deixando de ser meras proposições genéricas para integrarem o estudo da Ciência do Direito com autonomia. Nesse propósito, diversos doutrinadores propuseram uma classificação aos princípios constitucionais, partindo das mais variadas concepções, cujas contribuições não podem ser desconsideradas neste estudo.

A primeira classificação a ser analisada foi proposta por José Afonso da Silva, em seus tão respeitados estudos constitucionais, que propôs os princípios jurídicos constitucionais como sendo classificados em “Princípios Políticos Constitucionais” e “Princípios Jurídicos Constitucionais”. Os primeiros, nas palavras do próprio autor:

Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas-princípio*, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social”. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio* que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Canotilho, ou, de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição [...] (SILVA, 2005, p. 93).

Do conceito acima evidenciado podemos extrair o entendimento de que são tidos como políticos por se tratarem de princípios, cujo teor, reporta exclusivamente à decisões desta natureza, voltadas à instituição do Estado, que regerá a “existência política da nação”. Portanto, nos artigos exemplificados pelo ilustre autor, vislumbramos os princípios fundamentais do Estado brasileiro, bem como os seus principais objetivos do Brasil enquanto República e tendo como forma de Estado a Federação, além dos princípios que regem o país em suas relações internacionais e a consagração do princípio da tripartição dos poderes e da soberania popular.

A segunda classificação proposta pelo constitucionalista em evidência, trata-se dos “Princípios Jurídicos Constitucionais”, estes, possuem maior relevância no estudo que se segue, uma vez que, aqui está situado o princípio do Devido Processo Legal, de onde já se extrai algumas características fundamentais na compreensão da abrangência do mesmo e sua importância dentro da ordem constitucional vigente. Portanto, na concepção do autor, os

princípios desta natureza “são *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional”, destacando ainda que:

Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º), os quais serão destacados e examinados nos momentos apropriados (SILVA, 2005, p. 93).

Percebam que, pelas concepções supramencionadas, os princípios tidos como “jurídicos constitucionais”, se destacam por serem princípios gerais e, conseqüentemente, aplicáveis à toda ordem constitucional. Além do mais, conforme evidenciado, em determinados casos, são constituídos a partir de desdobramentos dos “Princípios Políticos Constitucionais”, também chamados de “fundamentais. Nesse norte, podemos extrair as seguintes características: a) servem de base à aplicação das demais normas constitucionais; b) são utilizados como elementos integradores e irradiam-se para todo o ordenamento jurídico; e c) são elementos importantes quando da interpretação das normas vigentes, constituindo-se verdadeiros núcleos e ferramentas interpretativas para o hermeneuta constitucional.

Portanto, o Devido Processo Legal, enquanto “Princípio Jurídico Constitucional” exerce papel crucial na aplicação de outras normas constitucionais, possibilitando a sua integração e conseqüente efetivação, além de legitimar determinados atos dos poderes públicos e possibilitar ao intérprete o controle, em um primeiro momento, sobre o procedimento legal e, em seguida, sobre a essência da norma, analisando a sua razoabilidade. Feitas estas atuações, analisar-se-á a efetiva aplicação da norma, na busca de um processo devido e que confira à parte, garantias de que o direito tutelado lhe será conferido.

Uma outra classificação é ofertada pelo grande constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, cujas ideias influenciaram de maneira significativa José Afonso da Silva. Destaca, o emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, quatro tipos distintos de princípios constitucionais, quais sejam: a) Princípios Jurídicos Fundamentais; b) Princípios Políticos Constitucionalmente Conformadores; c) Princípios Constitucionais Impositivos; e, por fim, d) Princípios-Garantia.

Os “Princípios Jurídicos Fundamentais” (*Rechtsgrundsätze*) são “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (CANOTILHO, 1993, p. 171). Caracterizando-se também por pertencerem “à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (CANOTILHO, 1993, p. 171). Estes princípios, conforme destaca o autor, podem exercer uma função negativa, nos chamados “casos limites”, para ditar, por exemplo, se em dada circunstância existe um Estado de Direito ou não, bem como se há Estado Democrático ou uma Ditadura, também atuam na exigência de uma abstenção do Estado.

Em um segundo momento, os “Princípios Jurídicos Fundamentais” também podem se mostrar com uma função positiva, “informando, materialmente, os actos do poderes públicos”. Nesse sentido, os princípios constitucionais atuam na exigência de uma prestação por parte dos entes públicos, destacando ainda que, em muitos casos, os princípios atuam tanto com carácter positivo, quanto negativo. Dentre um dos exemplos citados pelo autor, encontra-se o princípio da imparcialidade da administração que mostra-se, simultaneamente, negativo e positivo, uma vez que “ao exigir-se imparcialidade proíbe-se o tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos por parte dos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos” (CANOTILHO, 1993, p. 172).

Os "Princípios Políticos Constitucionalmente Conformadores", diferentemente dos princípios fundamentais, por expressarem os valores políticos fundamentais do legislador constituinte, correspondem aos "Princípios Políticos Constitucionais" de José Afonso da Silva, caracterizando-se por serem reconhecidos como limitações ao poder de revisão e serem os mais visados em caso de alteração significativa no regime democrático. São tidos como exemplo os "princípios definidores da forma de Estado", os "princípios definidores da estrutura do Estado", os "princípios estruturantes do regime político" e os "princípios caracterizadores da forma de governo" e da "organização política em geral" (CANOTILHO, 1993, p. 172).

Outra categoria de princípios constitucionais, na abordagem de Canotilho, são os "Princípios Constitucionais Impositivos" que impõem aos órgãos integrantes do Estado, notadamente o legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. Conforme expõe o autor em evidência, estes princípios "designam-se, muitas vezes, por 'preceitos definidores dos fins do Estado' (assim SCHEUNER: Staatszielbestimmungen), 'princípios directivos fundamentais' (HÄFELIN), ou 'normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas'"

(CANOTILHO, 1993, p. 172). Assim, os princípios em comento, traçam para o legislador diretrizes da sua atividade política e legislativa, citando como exemplo os princípios da independência nacional e da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, consagrados na Constituição portuguesa.

Encerrando a classificação proposta por Canotilho estão os "Princípios-garantia" que instituem uma garantia ao cidadão, conferindo a este prerrogativas que podem e devem ser exigidas do Estado, uma vez que "é-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa" (CANOTILHO, 1993, p. 172). São princípios cujo legislador está estreitamente vinculado à sua aplicação e qualificam um Estado Democrático de Direito autêntico, sendo verdadeiras normas jurídicas e, como tais, necessitam e devem ser aplicadas por todos os integrantes do Poder Público.

O Devido Processo Legal, na classificação proposta por Canotilho, é reputado como um "Princípio-garantia" e, assim, caracteriza-se por ser verdadeira prerrogativa do cidadão o seu cumprimento, bem como o legislador deve-se mostrar sensível à sua efetivação, assim como todos os demais Poderes, de modo que, sendo uma garantia constitucional, também se mostra como instrumento inibidor do arbítrio estatal. Necessário ainda destacar, que esta categoria de princípios, em razão de também expressarem um caráter negativo e positivo, além de obrigar o Estado a atuar com ações direcionadas a persecução de tais propósitos, o proíbe de agir diligentemente, bem como exige que o mesmo se abstenha de praticar qualquer ato que suprima ou limite o exercício do referido princípio.

Outro grande constitucionalista brasileiro, em uma classificação mais moderna dos princípios constitucionais, mas que toma como ponto de partida as classificações acima evidenciadas, distinguindo-se apenas pelo critério utilizado, qual seja, quanto ao campo de atuação dos mesmos. Nesse ínterim, Barroso (2009) subdivide os princípios constitucionais em: a) Princípios Constitucionais Fundamentais; b) Princípios Constitucionais de Aplicação Geral; e c) Princípios Constitucionais Setoriais ou Específicos.

Os "Princípios Fundamentais", correspondem aos "Princípios Políticos Constitucionais" de Jose Afonso da Silva e os "Princípios Políticos Constitucionalmente Conformadores" de Canotilho. Portanto, representam as decisões políticas estruturais do estado, tais como o Republicano, o Federativo, o Estado Democrático de Direito, o da Separação dos Poderes, o presidencialista e o da livre iniciativa.

Os "Princípios Constitucionais Gerais", conforme a própria nomenclatura já denota, representam os princípios cuja aplicação, em um menor grau de abstração dos princípios fundamentais, se expande por todo o ordenamento jurídico e representam verdadeiras

garantias do cidadão. Nesse sentido, correspondem aos “Princípios-garantia” de Canotilho, e aqui se situa o Devido Processo Legal (art. 5º, XXXVII e LII da Constituição Federal - CF), bem como o da isonomia (art. 5º, *caput*, e I da CF), o da autonomia estatal e municipal (art.18 da CF), o da irretroatividade das leis (art. 5º, LIV da CF), dentre outros.

Além destes, o autor também destaca uma categoria de princípios constitucionais que denomina de “Princípios Setoriais” ou “Especiais”, que estão atrelados a um conjunto específico de normas, estas, por conseguinte, “afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou legalidade penal”. Destaca também o insigne constitucionalista que, outras vezes, mostram-se autônomos, citando como exemplo, os princípios da anterioridade em matéria tributária e do concurso público em matéria da administração pública.

Percebam, que a classificação proposta por Barroso, toma como ponto de partida o campo de atuação dos princípios constitucionais. Os “Princípios Fundamentais” atuando na instituição do Estado enquanto ente Político. Os “Princípios Gerais” sendo aplicáveis a todos os ramos do Direito, servindo de base à interpretação das demais normas constitucionais, bem como representando as principais garantias do cidadão, sendo verdadeiros limites ao arbítrio estatal. E por fim os “Princípios Setoriais”, cujo campo de aplicação são restritos a um ramo específico da ciência do Direito, estando direcionados à matérias correlacionadas, inclusive, contribuindo para a autonomia científica dos mesmos, conferindo-lhes uma categoria de princípios constitucionais próprios.

Vários outros juristas propuseram uma classificação aos princípios constitucionais, tais como Miranda (2007), que os distingue em “Princípios Constitucionais Substantivos” e Princípios Constitucionais Instrumentais”, bem como Farias (2000), que propõe a classificação em “Princípios Estruturantes ou Fundamentais”, “Princípios Constitucionais Impositivos ou Diretivos” e “Princípios-garantia”. No entanto, a análise exaustiva das referidas classificações, destoa dos objetivos deste trabalho, bem como as classificações analisadas, por si só, já possibilitam o enquadramento do Devido Processo Legal e desperta no leitor o seu grau de importância nos ordenamentos jurídicos constitucionais.

2.3 O PAMPRINCIPIOLOGISMO NO DIREITO CONSTITUCIONAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A teoria dos princípios, hodiernamente, tem despertado a atenção de alguns doutrinadores, capitaneados pela teoria do “Pamprincipiologismo” de Streck, em uma crítica ferrenha à quantidade exacerbada de princípios, tidos, como jurídicos e constitucionais, criados e defendidos em inúmeros trabalhos e aplicados nos mais diversos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal (STF). Esta categoria de princípios, conforme destaca o próprio Streck (2009), em verdade, nada mais são que “álibis” para sustentar e justificar decisões pragmáticas, cujos fundamentos no mundo jurídico mostram-se frágeis e sem qualquer autonomia científica.

Destaca ainda o autor, sobre os fundamentos que legitimaram a criação de determinados princípios:

“Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” (*sic*) as incertezas da linguagem (STRECK, 2009, p. 476).

A natureza instigadora dos princípios jurídicos, notadamente os constitucionais, acarretaram a proliferação desenfreada destes, que, mesmo sem um fundamento lógico ou, despidos dos elementos que compõem os mesmos, enquanto normas jurídicas, foram sendo incorporados às discussões doutrinárias e utilizadas pelos tribunais como fundamentos lógicos de suas conclusões. A causa da referida desestabilização principiológica decorre, nas concepções de Streck, da "simplificação da tentativa de superação do velho positivismo", remontando, inclusive, à discricionariedade evidenciada por Kelsen e Hart.

Dentre alguns dos "princípios" destacados por Streck, como sendo apenas afirmativas de conclusões já explícitas ou termos genéricos sem qualquer fundamento lógico dentro do campo das ciências jurídicas, estão: "princípio da nulidade do ato inconstitucional", "princípio da felicidade", "princípio da não surpresa", "princípio da afetividade", "princípio do processo tempestivo", "princípio da instrumentalidade processual", "princípio da delação impositiva", "princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais", "princípio da eventual ausência de plenário", "princípio da cortesia", "princípio da cooperação processual", "princípio da humanidade", "princípio da efetividade da constituição", dentre outros.

Merece transcrição, o comentário do autor sobre o "princípio da efetividade da constituição", ao informar que "trata-se de um 'princípio' no mínimo tautológico. No paradigma neoconstitucionalista, a efetividade das normas constitucionais já é compreendida pela hermenêutica como um pressuposto essencial", pelo fato de que "Não existe norma constitucional sem perspectiva de eficácia" (STRECK, 2009, p. 477-478).

Ora, inúmeros destes "princípios" nada mais são do que proposições evidentes do comportamento humano ou, até mesmo, simples alegorias de uma dada circunstância ou situação. Assim, tornam-se meras criações superficiais sem qualquer essência normativa, bem como desprovidas estão de um requisito essencial para a consagração de um princípio jurídico, sobretudo os constitucionais, qual seja, a sua afirmação histórica e consagração enquanto norma jurídica fundamental.

Mister ainda esclarecer que, conforme evidencia Streck, em pensamento conclusivo, não é a "imperatividade da lei (juiz como 'boca da lei') ou a criatividade (sem limites) do intérprete que se constituem como 'inimigos da autonomia do Direito' e da democracia, mas, sim, as condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo" (2009, p. 475). Nesse norte, não me parece ser o caso do Devido Processo Legal, uma vez que este, além de preencher todos os requisitos essenciais à caracterização de um autêntico princípio constitucional, não é fruto do pensamento de um indivíduo "inspirado" em sua atividade judicante.

Importante perceber que, a construção e importância histórica do referido princípio, o elevam à condição de garantia constitucional e possibilitou ao cidadão, conforme melhor análise no capítulo que se segue, livrar-se do arbítrio estatal, bem como, em nada enfraquece a autonomia do Direito, pelo contrário, vem contribuindo de maneira significativa no desenvolvimento deste, estabelecendo bases sólidas para a sua concretização.

Uma das críticas de Streck (2009), fundada em sua teoria do "pamprincipiologismo", situa-se na dificuldade em se especificar o *status* à qual pertence estes "princípios": se são princípios constitucionais, infraconstitucionais ou, até mesmo, princípios gerais do direito. Essa geografia principiológica não parece difícil quando se trata do Devido Processo Legal, visto que, além de ser consagrado em texto expresso da Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVII), trata de matéria estritamente vinculada à ordem constitucional de um país. Portanto, a sua conceituação não encontra-se "viciado" pela "pamprincipiologia", não restando dúvidas quanto ao seu *status* de princípio constitucional.

Encerrando esta temática e também o capítulo, importante lição nos é passada pelo autor em evidência, assim obtemperando:

Em tempos de densa "principiologia" e "textura aberta" (sic), tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto "programa normativo-vinculante", mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de "supraconstitucionalidade" (STRECK, 2009, p. 493).

Portanto, vislumbra-se que a temática dos princípios constitucionais, além de ser complexa, está longe de ter suas discussões apaziguadas, sobretudo pela grande ênfase que vem sendo dada à temática no pós-positivismo jurídico. No entanto, não se pode olvidar, que estes, quando consagrados como autênticos princípios constitucionais, possuem relevância significativa no desenvolvimento de um Estado Democrático Direito, constituindo-se verdadeiros pilares na efetivação dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 3 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Difícil tarefa é imposta ao pesquisador, quando este é inquirido sobre a origem de determinado instituto dentro das ciências humanas. O risco de incorrer em equívocos, bem como em afirmações infundadas e sem qualquer correspondência lógica, é imenso. Esta dificuldade se dá pelo fato de que, as concepções incorporadas pela humanidade sobre dada situação, não se apresentam com inteireza em uma única ação, passando, a partir de então, a vigorar com plenitude. Em contrapartida, são construídas e lapidadas durante um longo processo de formação histórica e social, de complexidade e abrangência intelectual elevadas.

A mesma dificuldade se vislumbra com o princípio do Devido Processo Legal, uma vez que, como visto, os princípios jurídicos são incorporados ao Direito mediante uma afirmação histórica. Portanto, a imprecisão em se delimitar um momento exato e único para o surgimento e afirmação deste, enquanto princípio jurídico e, por conseguinte, como princípio jurídico constitucional, encontra a mesma barreira, sendo tarefa quase que impossível. Assim, como veremos, por mais que atribuamos uma Carta Política, o ato de um governante ou, até mesmo, um julgamento emblemático como sendo a gênese do referido princípio, o certo é que sempre encontraremos um fato antecedente que inspirou a Carta Política, o governante ou os julgadores, de modo que a sua construção é fundamentada numa série de atos antecessores que o consolidam.

Longe de realizarmos qualquer digressão histórica ao ponto de sempre buscarmos o “fundamento do fundamento” do Devido Processo Legal, o que, diga-se de passagem, acarretaria em uma pesquisa *ad perpetuum*, tomaremos como base as informações trazidas a lume por Silveira (2001), em obra digna de aplausos, pela profundidade com que a matéria foi abordada e a riqueza de detalhes apresentadas pelo autor, ante as pesquisas históricas realizadas. Nesse sentido, remonta o Autor ao Direito Inglês como origem do referido princípio, notadamente nos reinados de Henry I (1100-1135) e Henry II (1154-1189), com concessões de “Cartas de Franquia” no intento de evitar rebeliões por parte dos Barões ingleses.

Em um momento posterior, o rei Ricardo "Coração-de-Leão" (1189-1199), filho de Henry II, ao participar da Terceira Cruzada, indo combater os mouros, ao retornar, foi preso

na Áustria, abrindo margem para que seu irmão *John de Anjou*, também conhecido como João Sem-Terra (*John lackland*) estimular rebeliões no reino, dizendo que Ricardo jamais retornaria. Após a libertação de Ricardo e o seu retorno ao reinado da Inglaterra, este veio a óbito, pouco tempo depois, em razão de um ferimento de flecha recebido em uma batalha, ocasião em que John assumiu a Coroa, reinando de 1199 a 1216.

O reinado de John foi marcado pela cobrança de elevados tributos, fazendo com que os Barões Ingleses se insurgissem contra tal conduta, visto que, a nobreza - valendo-se da premissa de que o Poder pelo qual fora investido, independia da aceitação popular, obtendo, inclusive, a concordância da igreja, ao afirmar que o soberano detinha esta autoridade com fundamento na vontade divina sobre os homens - era custeada pelos seus súditos, notadamente pela burguesia, classe que detinha o poder econômico, em detrimento da falência da realeza. A crise vivida por esta fez com que cada vez mais se tornasse dependente dos recursos financeiros da burguesia, o que fazia com que os Reis sempre buscassem viver em harmonia com esta classe, o que explica as “Cartas de Franquia” no reinado dos Henry.

Em contrapartida, sem atentar para tais cuidados, o Rei John cada vez mais elevava a tributação, no intento de manter o modo de vida aparatoso de seu reinado. Porém, em um ato de oposição à conduta do Rei, os barões o obrigaram a assinar uma Carta cujo conteúdo versava sobre declarações de direitos que limitava o Poder Soberano do Rei e outorgava certas prerrogativas aos barões, sob pena de, caso o referido instrumento não fosse assinado por *John*, os barões deixarem de custear os gastos reais. Esta declaração de direitos ficou conhecida como *Magna Carta de Libertatibus*, ou *Great Charter* e foi assinada (apondo o seu selo real) por John no dia 15 de junho de 1215, em Runnymede, conquistando o Rei, com isso, a renovação dos juramentos de fidelidade dos barões em 19 de junho do mesmo ano.

Portanto, pelas informações trazidas a lume, logo se percebe que o instrumento de liberdades, acima exposto, de início, não foi direcionado a todas as pessoas, pelo contrário, voltava-se apenas para a minoria afortunada da época, o que explica a língua original pela qual foi escrito, visto que não era voltado à população em geral que, quando não eram analfabetos, desconheciam a leitura em outro idioma. No entanto, em razão da importância dos direitos esboçados na referida Carta Política, esta, com o passar do tempo, tornou-se instrumento e modelo de preservação de direitos fundamentais em detrimento do arbítrio estatal.

O teor político do referido instrumento, bem como as razões individualistas que beneficiavam apenas uma determinada categoria afortunada da época, não lhe tiram a importância jurídica e sua relevância histórica na busca de um regramento efetivo que servisse

de garantia contra o arbítrio estatal. Nesse ínterim, os direitos ali elencados consubstanciaram a insatisfação da burguesia (que também não deixava de ser dos demais grupos sociais da época) para com a maneira que o país estava sendo governado, significando também o pontapé inicial para o que chamamos de constitucionalismo, concepção introduzida à sistemática jurídica tendo como principal característica a imposição de limites ao agir do Estado.

Quanto a natureza jurídica do referido instrumento, nos filiamos ao pensamento defendido por Yoshikawa (2007), pelo qual, a Magna Carta inglesa de 1215 não preenche os elementos necessários para que seja tida como uma verdadeira Constituição, possuindo apenas natureza contratual. Para tanto, faz o Autor menção à outros juristas de elevado respeito no mundo do direito constitucional, tais como Thomas Paine, Carl Chimmitt, Paulino Jacques, Nelson Sandanha, Ponto Ferreira dentre outros, que se posicionam pela natureza contratual da Magna Carta.

Merece transcrição as ideias de Thomas Paine e Paulino Jacques *apud* Yoshikawa (2007, p. 72), respectivamente, pelos quais, a Magna Carta "se limitou a compelir o governo a renunciar a uma parte de suas pretensões. Não criou, nem conferiu poderes ao governo da forma que faz uma Constituição", tratando-se apenas de "Mera transação política entre o rei e os barões, sob pressão destes", de modo que, "[...] não podia a *Magna Charta* deixar de ignorar os direitos do povo em geral (burgueses e camponeses), que não passavam de vassalos dos barões. Esse documento foi escrito em latim e, só 300 anos após, traduzido para o inglês" (YOSHIKAWA, 2007, p. 73).

Portanto, conforme destaca Yoshikawa (2007), a Magna Carta, em sua essência, não passou de uma promessa do Rei a nobreza, visto que, nem a Magna Carta, nem os demais documentos fundamentais inglesas, tais como o *Petition of Rigths* (1628) *Bill of Rights* (1689), representaram uma restrição jurídica ao exercício do poder pelo soberano. Esta concepção resta bem evidenciada, quando avançamos um pouco na história com esse instrumento, uma vez que, mesmo vedando expressamente a tortura, esta foi bastante intensificada nos reinados dos Tudor (1485-1603) e Stuart (1603-1614), apoiando-se em suas prerrogativas reais.

Em que pese a informação de que a Magna Carta não preenche os requisitos inerentes para ser designada como uma verdadeira Constituição, não se pode olvidar da relevância de seus preceitos para a consolidação de alguns institutos relevantes na efetivação das liberdades individuais, dentre eles encontra-se a Cláusula 39, que positiva, pela primeira vez que se tem notícia, o princípio do Devido Processo Legal, cujo teor, em tradução livre, transcreve-se abaixo:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Vislumbra-se, de modo claro e evidente, a restrição imposta ao soberano em não privar os indivíduos de seus bens ou de sua liberdade física, ou lhe ser imposta qualquer outra penalidade confiscatória de seus direitos civis e políticos, sem que antes, lhe seja garantido um julgamento regular, ou seja, dentro dos parâmetros legais vigentes da época. Esta prerrogativa, apesar de não ser cumprida em sua integralidade e de forma indistinta na Inglaterra da época, pelos motivos já expostos, lançou a pedra basilar para a consolidação do Devido Processo Legal.

O conceito do que seria um Processo Devido, com o passar do tempo, distanciou-se da simples concepção de um "julgamento regular", conforme se analisará alhures, sendo este apenas um desdobramento daquele, de modo que, a conquista de outros direitos fundamentais foram agregando valores ao Devido Processo Legal, em uma atividade dinâmica, em que, cada vez mais, o povo deixa de ser servo e passa à ser detentor de todo o Poder que legitima o Estado. Esta mudança, encontra-se estritamente ligada ao que se conhece hoje como Estado Democrático de Direito, fundamentando-o e preservando todas as garantias conquistadas até então.

Mister ainda esclarecer que, a referida cláusula, designada à época de *Law of the Land*, ou seja, "Leis da Terra", cuja aplicação era a mesma utilizada para *Due Process of Law*, inspirou todas as Declarações de Direito dos Estados Americanos (Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776; Declaração de Delaware, de 02 de setembro de 1776; Declaração dos Direitos de Maryland, de 03 de novembro de 1776; Declaração de Direitos da Carolina do Norte, de 14 de dezembro de 1776; Constituição de New Hampshire, de 02 de junho de 1784; e a Convenção da Filadélfia, de 25 de maio a 17 de setembro de 1787) bem como a própria Constituição Americana de 1787, marco inicial das Constituições escritas.

3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCEDIMENTAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW*)

Os princípios jurídicos constitucionais, em geral, quando consolidados na ordem jurídica possuem um campo de aplicação e interpretação em tanto quanto restritos, tendo em

vista a pouca maturidade do mesmo, enquanto instrumento à ser utilizado pelo Direito. No entanto, com o passar do tempo, em decorrência da evolução das discussões sobre a matéria, estes vão ganhando nova roupagem, de modo que, se adaptam à atual realidade em que estão inseridos, sempre buscando aperfeiçoar, cada vez mais, as garantias fundamentais da população.

O Devido Processo Legal, no início de sua aplicação, como visto, encontrava-se plenamente satisfeito, com a observância de um julgamento regular em harmonia com as leis do país. Esta concepção serviu (e ainda serve), como instrumento viabilizador das liberdades civis, impondo ao Estado o dever negativo de, em regra, não privar qualquer cidadão de sua liberdade ou de seus bens, sem que lhe seja conferido a oportunidade de participar do processo condenatório, apresentando todos os meios legais de defesa, bem como, todos os procedimentos aplicados durante o julgamento, devem estar previamente estabelecidos em lei, evitando-se surpresas e atos abusivos por parte dos poderes governamentais, em todas as esferas.

Portanto, nesta concepção, a essência da lei, assim como o seu conteúdo e as suas finalidades são irrelevantes, de maneira que o procedimento à ser observado é que possibilita ao indivíduo a observância de um processo devido. Desta forma, as regras e trâmites processuais devem ser rigorosamente aplicadas antes de qualquer ato expropriatório das liberdades individuais, sob pena de não ser considerado válido e encontrar-se fadado à ilegalidade. Ressalve-se, que, mesmo sendo o devido processo legal procedimental a fase inicial de aplicação do princípio em evidência, este não se limita a atuação do judiciário, mas do Estado em todos os seus desdobramentos.

É com esse posicionamento que o Devido Processo Legal se origina e passa à ser aplicado nos ordenamentos jurídicos baseados em um Estado de Direito, ou seja, encontram-se limitados pelas normas jurídicas vigentes, possibilitando ao indivíduo uma segurança que transcende a esfera física, sedimentada na ordem jurídica. Ainda que um tanto quanto frágil, em razão de abrir margem para algumas atrocidades no mundo moderno (como veremos no tópico seguinte), o fato é que, mesmo assim, o devido processo, em sua acepção procedimental, trouxe como corolário algumas outras garantias, hoje tidas como fundamentais à qualquer Estado.

Nesse sentido, merece destaque as lições de Silveira (2001, p. 304-305), ao evidenciar que, inerente ao devido processo procedimental "avultam algumas garantias básicas, que começam pela irrefutável conclusão de que, como valor primordial a ser observado, há um direito de ser ouvido antes de qualquer aplicação de sanções, civis ou criminais", bem como

"se apresenta como um abrangente conjunto de regras de conduta aceitas por uma sociedade civilizada, pelo qual, [...] essas regras são, de fato, precisa e consistentemente, observadas e aplicadas".

Portanto, a concepção procedimental do devido processo legal sedimentou a importância do contraditório e impôs ao Estado a obrigatoriedade de cumprir com as regras procedimentais preestabelecidas pelo legislativo. Nesse sentido, o devido processo legal procedimental, hodiernamente, decorre da Constituição e não pode ser revogado por simples legislação infraconstitucional. Tal afirmativa poderia gerar dúvidas quanto a edição de uma nova Constituição, ante os poderes conferidos ao Constituinte Originário, sobre uma possível possibilidade de extirpar tal garantia da ordem constitucional.

Em que pese o suposto poder ilimitado do Poder Constituinte Originário, em verdade, este não pode deixar de considerar, quando da edição de uma nova constituição e enquanto viger a democracia dentro do país, as garantias já conquistadas até então. Esta concepção é lastreada pelo princípio da vedação ao retrocesso social, que impõe ao legislador a obrigação de não suprimir, ainda que mediante a edição de uma nova Constituição, as garantias e os direitos fundamentais já conquistados mediante um longo processo de lutas sociais.

Além destas garantias, o devido processo legal procedimental também consolida o direito ao recurso, possibilitando ao indivíduo que teve seu direito negado em um primeiro momento, a revisão da decisão judicial de primeira instância. Este direito fundamental evita que o Estado juiz se corrompa com maior facilidade, bem como inibe o juiz *a quo* a decidir de forma contrária à legislação vigente, visto que, caso contrário, terá sua decisão reformada pela instância superior.

Sobre a temática, o direito de recorrer encontra guarida também em outro princípio fundamental que, caso não seja efetivado, conflita com o devido processo legal procedimental, qual seja, o princípio da ampla defesa. Nesse sentido, assim como destaca Silveira (2007, p. 327), a Constituição Federal brasileira de 1988 "ao assegurar a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, incorporou a apelação como condição necessária da ampla defesa". Portanto, "[...] como a ampla defesa faz parte do conceito do devido processo legal, tenho a convicção de que, pelo nosso ordenamento constitucional, o recurso é um direito garantido constitucionalmente, não podendo ser suprimido por lei".

Porém, mesmo havendo a conquista de inúmeras garantias fundamentais que decorreram da consolidação do devido processo legal procedimental, a limitação do Estado apenas ao que está expresso na lei, sem a observância do conteúdo destas, abriram margens à arbitrariedades sob o fundamento de que, as normas processuais vigentes ao cometimento de

tais atos, forma previamente observadas. No entanto, apenas os atos praticados em conformidade com os procedimentos preestabelecidos pelas normas vigentes, deixaram de ser o único requisito à concretização do devido processo legal, tornando-se, com o passar do tempo, uma visão ultrapassada deste princípio.

Acontece que, em um segundo momento, a essência da norma também passa à ser observada para que, assim, o devido processo legal seja concretizado em sua integralidade. Esta segunda fase do devido processo legal será analisada a seguir e acrescentou outras garantias necessárias ao indivíduo para que o Estado não se insurgisse contra a dignidade humana e a ordem constitucional vigente. Portanto, o devido processo legal procedimental, apesar de, inicialmente, representar um marco na conquistas das liberdades individuais fundamentais, com o tempo mostrou-se insuficiente para cumprir com os seus objetivos, sendo necessário, para tanto, a rediscussão do referido princípio e sua mutabilidade ante as novas realidades.

Ante estas considerações, uma das características dos princípios constitucionais (que, inclusive, será utilizada como fundamento para as ideias defendidas neste trabalho) encontra-se em voga, qual seja, a sua capacidade de evolução e adaptação perante as novas realidades sociais. Assim, as novas conquistas individuais fundamentais, bem como, a incrível capacidade estatal de sempre buscar elementos que inviabilizem ou tentem reduzir as garantias e direitos fundamentais corroboram para que os princípios jurídicos fundamentais necessitem ser reafirmados ao longo da história e, quando necessário, através de uma nova abordagem.

Destarte, inegável a importância do aspecto procedimental do devido processo legal, até os tempos hodiernos, possibilitadas pelo seu caráter instrumental, destacando duas preocupações centrais, sendo uma delas a prevenção contra injustificadas e infundadas perdas de direito, bem como a promoção da participação e do diálogo da parte que sofreu a limitação de sua liberdade quando da elaboração da decisão, conforme destacou a Suprema Corte Norte Americana, no caso *Marshall v. Jerrico* (1980).

3.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*)

Como visto anteriormente, o primeiro momento do devido processo legal se deu através de sua aceção procedimental, pela qual, primava-se pela forma e a observância aos procedimentos preestabelecidos. Acontece, que por esta compreensão, apesar de proporcionar a conquista de algumas garantias básicas ao indivíduo, tais como a ampla defesa, o contraditório e o direito de ter uma revisão da decisão proferida pelo juízo *a quo*, não levava em consideração a natureza e a essência da norma, ainda que esta fosse extremamente desproporcional e atentatória à dignidade humana.

Cientes desta incongruência, as discussões sobre o controle da razoabilidade das leis se intensificaram no pós-guerra, ante as atrocidades cometidas pelos movimentos totalitários, uma vez que, pelas lições do devido processo legal procedimental, todos os julgamentos arbitrários e desumanos seriam legítimos, uma vez que foram analisados os procedimentos estabelecidas pelas normas vigentes no momento. Portanto, não basta só que os procedimentos estampados nas normas processuais sejam observados, mas o teor desta norma também deve atender a critérios razoáveis e não atentatórios aos direitos fundamentais já conquistados.

No entanto, mesmo as discussões sobre o controle da razoabilidade das leis se intensificando no pós-guerra, a maioria esmagadora da doutrina aponta o ano de 1856 como sendo o marco inicial para este controle, quando, segundo esta corrente, pela primeira vez um tribunal expandiu o devido processo legal para além da proteção ao procedimento. Este evento ocorreu quando um tribunal de Nova York, no caso *N.Y. v. Wynehamer*, reconheceu a invalidade de uma lei deste estado, que proibia o uso de bebida alcoólica, com base na análise apenas de sua substância, destacando que o devido processo legal também deveria alcançar o conteúdo substantivo da legislação (ABRAHAM; PERRY, 1994).

Em seguida, no ano de 1857, a Suprema Corte americana, destacou o substantivo devido processo legal no caso *Dred Scott v. Sandford*, no acórdão do *Chief Justice Taney*, evidenciando, expressamente, que o devido processo legal possuía uma aspecto substantivo, além do procedimental, cujo trecho da decisão proferida por *Taney* dispôs que "uma lei que retira do cidadão sua propriedade sobre seus escravos, simplesmente porque ele os traz a um território, é arbitrária, não razoável e, portanto, violadora do devido processo" (SHWARTZ,

1997, p. 117). Portanto, a origem do devido processo substantivo, para estes autores, acompanhados pela doutrina nacional, encontra-se no direito norte americano.

A análise do devido processo legal substantivo pelo direito norte americano, após um período de latência em razão do inusitado julgamento da questão Dred Scott (escravo que fora levado por seu senhor para residir em um lugar onde era proibido a escravidão, mas que, ao retornar ao Missouri, Scott recorreu à Justiça requerendo a sua libertação, o que foi negado pela Suprema Corte, sob o fundamento de que, ao retornar livremente para um estado cuja escravidão ainda vigorava, este havia perdido o direito de ser livre, informando ainda que seria inválida qualquer tentativa do Congresso em proibir a escravidão nos territórios, o que, inclusive, corroborou para a guerra civil do país [GRAY; HOFSTADTER, 1969, p. 71]), ganhou corpo com Thomas Cooley, quando em 1868 publicou o livro "*A treatise on the constitutional limitations, which rest upon the legislative power of the States of American Union*".

Conforme destaca Silveira (2001), Cooley tornou-se a autoridade mais frequentemente citada no direito constitucional americano, sobretudo por demonstrar aos juízes como eles poderiam se utilizar da cláusula do devido processo legal para rever a razoabilidade das leis e derrubar as que não fossem razoáveis, que, pela obra, seriam aquelas que interferissem com as operações comerciais. Com isso, as discussões sobre a existência de um devido processo legal que ultrapassasse a esfera do procedimento e alcançasse o teor da norma, foi se intensificando em inúmeros outros julgados pela Suprema Corte norte americana e os demais tribunais estaduais.

Acontece que, diversamente do que fora apontado até agora, merece destaque o posicionamento de Yoshikawa (2007), pelo qual, o controle da razoabilidade das leis não tem início no século XIX, com o direito norte americano, mas séculos atrás, no direito inglês, e através de uma figura emblemática pouco informada pelos manuais de direito constitucional brasileiros, conhecido como o maior dos juristas ingleses.

É com Sir. Edward Coke - conhecido também por ser o autor da Petição de Direitos (*Petition of Rights*), instrumento que reafirmou a Magna Carta de 1215 - que primeiro se tem notícia da existência de um controle da razoabilidade das leis, notadamente no caso *Dr. Thomas Bonham v. The College of Physicians*, popularmente conhecido como caso *Bonham* (YOSHIKAWA, 2007, 21-22), cujo teor do julgado passemos a analisar.

O caso *Bonham* foi julgado pela *Court of Common Pleas* em 1610, e assim foi resumido por Roscoe Pound *apud* Yoshikawa:

Neste caso um ato do Parlamento, confirmando a Carta do Colégio Real de Médicos, dava poderes à sociedade incorporada de médicos para multar os membros que transgredissem as regras, cabendo metade da multa à coroa e metade à sociedade. O Dr. Bonham, tendo sido preso por falta de pagamento da multa lançada de acordo com esse dispositivo, moveu ação por falsa detenção. O Tribunal do rei julgou a prisão injusta por dois motivos: (1) a carta, confirmada pelo estatuto, não amplicava a jurisdição do Colégio de Médicos aos que não clinicavam em Londres, e (2) o estatuto, que tornava o colégio, o qual recebia metade da multa, juiz da própria causa, autor, promotor e juiz, era contrário ao *common law* e à razão e, portanto, nulo (YOSHIKAWA, 2007, 87-89).

Portanto, partindo da premissa de que uma lei, legalmente aprovada pelo Parlamento, que fosse contrária ao *common law* e à razão é nula, Sir Edward Coke estabelece o controle da validade e, conseqüente, razoabilidade das leis pelos magistrados ingleses. Com este entendimento, o devido processo legal substantivo, tendo como característica principal o referido controle, encontra sua gênese, não no direito norte americano, mas no direito inglês. Além do mais, proporciona um modelo de Estado em que, assim como evidencia Yoshikawa (2007, p. 98-99) "os tribunais controlariam a validade dos atos do Rei e do Parlamento em face do *common law*, parece corresponder ao seu 'desejo' de uma 'revolução constitucional' mediada pelos juízes, capaz de restabelecer o equilíbrio entre rei, lordes e cidadãos comuns [...]".

Necessário ainda esclarecer a aplicação do devido processo legal substantivo pelo direito brasileiro, uma vez que, diversamente de sua atuação no direito inglês e norte americano, a adoção deste pelos tribunais pátrios é fato novo e que se consubstancia após a edição da Constituição Federal de 1988. Assim, sob a influência do direito norte americano, precisamente as Emendas 5^a e 14^a, a Carta Magna de 1988, de forma inédita, incorporou ao seu texto a cláusula do devido processo legal, estabelecendo, em seu artigo 5^o, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Semelhantemente ao que aconteceu nas Cortes internacionais supramencionadas, os tribunais brasileiro, inicialmente, utilizavam o devido processo legal apenas como elemento de reforço das demais garantias processuais, passando, momentos após, a utilizar-se do referido princípio como fundamento para o controle da razoabilidade das leis e atos normativos. Esta compreensão, apoiada pelos instrumentos constitucionais trazidos pela Constituição brasileira²², possibilitaram que o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestasse corriqueiramente sobre a matéria, sedimentando a acepção substancial do devido

²² Nesse sentido, as ADI's nº 855 (MC), 1063 (MC), 1158 (MC), 1407 (MC), 2019 (MC), 2290 (MC), 2623 (MC).

processo legal, inclusive, como uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal e pautada na boa-fé e na ética dos sujeitos processuais.

Sobre a temática, merece destaque o voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes no AI 529.733, realizado em 17 de outubro de 2006 e publicado no DJ em 1º de dezembro de 2006, *in verbis*:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos judiciais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos judiciais e administrativos.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato judicial, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.

Pelo julgado acima, percebe-se claramente a compreensão do devido processo legal no Brasil, visto que, baseia-se em uma compreensão além da simples observância das regras procedimentais, mas confere ao indivíduo uma garantia de proteção de seus direitos individuais, não apenas restrita aos órgãos judiciais, mas em face de todos entes que possuem uma responsabilidade constitucional com a Justiça, inclusive o legislador, quando da elaboração das espécies normativas.

Destaque-se ainda que, no Brasil, à exemplo do direito norte americano, o controle da razoabilidade das leis mediante o devido processo legal substantivo, nunca se deu com fundamento na cláusula dos direitos não enumerados na Constituição, mas que, desde a Constituição de 1891, era reconhecida em nosso país. Portanto, assim como informa Maciel (1997, p. 229), "mesmo se a cláusula do 'devido processo legal' não estivesse contemplada expressamente no texto constitucional, como está, ela poderia entrar pela porte ampla do §2º do art. 5º da Constituição".

Assim, mediante as conquistas sociais sobre a matéria, esta, ainda que não fosse positivada de forma expressa pela atual Constituição, era possível a sua aplicação como

princípio constitucional implícito. Caso contrário, a sua não aplicação pelo simples fato de não haver uma cláusula expressa do devido processo legal, representaria um retrocesso social, assim como aconteceu até a edição da Constituição de 1988, onde não se discutia o controle da razoabilidade das leis, como decorrência do devido processo legal.

Percebe-se que, com o passar dos tempos e mediante a evolução social com o agrupamento de outras conquistas fundamentais que, conseqüentemente, aos poucos, vão sendo incorporadas a seara constitucional, o princípio do devido processo legal vai se amoldando e evoluindo com esta, de modo que sua aplicação não é realizada de forma estática, mediante um processo mecânico de subsunção ao caso concreto, das mesmas concepções que ensejaram o seu início, seja no direito norte americano ou no direito inglês. É com esta afirmativa, que passa-se a analisar, no capítulo que segue, uma possível evolução deste princípio, através da qual, a aplicação do devido processo legal não paralisou com a sua utilização para realizar o controle da razoabilidade das leis, mas se expandiu, ao ponto de conferir ao cidadão um direito à tutela efetiva do Estado.

Pela breve digressão histórica acima evidenciada restou claro que o devido processo legal, por ser um princípio constitucional, não se encontra limitado à uma interpretação restritiva realizada no momento de sua consolidação. Pelo contrário, conforme os anseios sociais assim o exigirem, e em razão da busca de elementos dentro da própria ordem jurídica que viabilizem a construção de garantias fundamentais ao indivíduo, contra os pretensos abusos estatais, o seu campo de atuação deve ser ampliado, para que assim, possa este cumprir com seus objetivos.

Nesse sentido, vislumbra-se a passagem do devido processo legal procedimental para o devido processo legal substantivo, de modo que, mesmo aquele proporcionando meios garantidores dos direitos fundamentais, que até os dias modernos ainda vigoram, não poderia se limitar à esta concepção, sob pena de, ao invés de representar um avanço da sociedade, aprisioná-la aos seus próprios ideais.

CAPÍTULO 4 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEU PAPEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 AS MODIFICAÇÕES SOCIAIS E A ESTREITA LIGAÇÃO ENTRE EFETIVIDADE E PROCESSO DEVIDO

O Devido Processo Legal apresentou diversas modificações, com o passar dos anos, relacionadas a sua compreensão dentro do Direito. Esta informação corrobora com o entendimento de que os princípios jurídicos constitucionais não possuem uma natureza estática, em que as interpretações que lhes são conferidas no momento de sua consolidação no mundo jurídico seriam aplicadas de forma indistinta e sem qualquer variação ao longo da história. Em verdade, a sociedade encontra-se em constante modificação e já não somos os mesmos de momentos atrás, nos pensamentos de Heráclito de Éfeso "tudo flui como um rio"²³, de modo que todos os seres mortais e tudo o que deriva destes sofrem modificações em razão dos conflitos vivenciados (NIETZSCHE, 1973).

Sendo os princípios jurídicos parte integrante da ciência jurídica e partindo da premissa que esta é fruto da expressão social, no momento em que a sociedade se modifica de maneira a refletir seu comportamento no mundo do Direito este, com todos os seus institutos, também estão fadados à modificação, sob pena de não acompanhar a evolução social e deixar de cumprir com seus objetivos primordiais, dentre os quais, possibilitar a boa interação entre os sujeitos. Em razão do devido processo legal, em sua origem, mesmo proporcionando a conquista de algumas garantias fundamentais, não poderia se limitar a concepção procedimental, acarretando a sua rediscussão e o consequente controle da razoabilidade das leis com fundamento na vertente substantiva do referido princípio.

O conceito do que seria um processo devido, inicialmente, se desenvolveu em razão da elevada superposição do Poder Executivo em detrimento dos demais poderes, uma vez que, o Soberano, sobretudo nos Estados absolutistas, detinha uma atribuição que, pautado em sua autoridade real, poderia agir de forma contrária ao que era imposto pelo Parlamento bem

²³ Na versão original "*Panta rei os potamós*", expressão explicativa do pensamento de Heráclito em seus fragmentos "Sobre a Natureza" (fragmento 91 - "Não se pode entrar duas vezes no mesmo rio. Dispersa-se, reúne-se; avança e se retira") utilizada pela primeira vez por seu discípulo Crátilo.

como, modificar ou, até mesmo, extinguir o cumprimento de uma sentença imposta pelas autoridades judiciárias. Como resposta a esta insegurança jurídica e social, aproveitando-se da fragilidade econômica da monarquia, os grupos que detinham força suficiente para provocar e lutar por mudanças, assim o fizeram, estabelecendo limites e exigindo do Estado a observância de garantias inerentes a convivência harmoniosa entre este e os seus subordinados.

A aplicação procedimental do devido processo legal, como visto, trouxe concretização aos direitos fundamentais à ampla defesa, contraditório e, mais a frente, o direito de recorrer da primeira decisão a uma instância superior. Assim, efetivando-se os referidos direitos fundamentais, bem como sendo observado todos procedimentos preestabelecidos pelas normas processuais, o devido processo legal encontrava-se satisfeito. Porém, o seu fim precípuo não era a concretização dos direitos tutelados, bastando o seu reconhecimento e a simples observância dos preceitos em destaque, para que a sua finalidade fosse satisfeita.

Em um segundo momento, as constantes mudanças sociais e o elevado poder conferido aos órgãos legislativos (em decorrência da supervalorização do procedimento abriram margens para que este, impulsionado por fatores que colocaram a norma como centro das discussões jurídicas, tais como o liberalismo e o positivismo jurídico) contribuíram para que este editasse normas sem qualquer correspondência com a realidade social e sem um mínimo parâmetro de razoabilidade e justiça. Além do mais, não bastassem os problemas com o conteúdo das normas, estas passaram a ser utilizadas como instrumento de manipulação das massas, sendo amoldadas em virtude das concepções ideológicas dos detentores do Poder, ainda que estas fossem atentatórias à dignidade humana.

A sociedade encontrava-se presa ao que dispunha a legislação, afinal de contas, a lei editada por representantes do povo e a sua observância na sociedade moderna representava o ápice de um Estado de Direito conquistado à duras penas pelos movimentos revolucionários do século XVIII. O Direito era a lei, de modo que a ordem social só se completava com a sua aplicação indiscriminada e sem possibilidade de discussão quanto a sua validade, baseado apenas em seu conteúdo, visto que tendo sido legalmente aprovada pelos representantes do povo, cabia ao magistrado apenas a sua aplicação.

Baseado neste pensamento, o precursor da tripartição dos poderes chegou a afirmar que "se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em uma sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos" (MONTESQUIEU, 2000, p. 170). Portanto, o juiz nada mais era que um reproduzidor da letra

fria da lei, não podem atribuir à esta qualquer juízo de valor, menos ainda, aplicar o seu pensamento ao caso concreto o que, diga-se de passagem, constitui-se em tarefa impossível, ante o mito da imparcialidade.

De fato, a legislação não pode ser aplicada baseada em opiniões particulares. No entanto, não se pode olvidar da falibilidade técnica dos legisladores bem como das mudanças sociais já expostas, que exigem do julgador uma interpretação da lei, no sentido de amoldá-la às novas realidades sociais.

Em consequência disso, em um contexto de superposição do legislativo em detrimento dos demais poderes, o devido processo legal substantivo inicia o seu processo germinativo conferindo ao judiciário um poder nunca antes por ele experimentado. Assim, a análise do que se encontrava disposto na norma, sobretudo em relação aos parâmetros do que o magistrado entendia ser razoável, com base em conceitos socialmente aceitáveis de justiça e igualdade, passou a ser função legítima do judiciário de modo à exercer um controle extraparlamentar do teor das legislações e demais atos normativos.

Os direitos fundamentais nesta segunda fase do devido processo legal evoluiu em relação à não obrigatoriedade de se cumprir uma lei que atente contra a realidade social, conferindo ao indivíduo o poder de buscar no judiciário a interpretação razoável da norma. Destaque-se, que nos casos onde não seja possível conferir a legislação uma interpretação plausível com a realidade jurídica e social, o juiz poderá decretar a nulidade da respectiva lei ou ato normativo inclusive, declarando a sua inconstitucionalidade quando afrontar preceitos constitucionais.

O controle da razoabilidade representou um marco contra o uso arbitrário da legislação e que se desenvolveu em razão dos conflitos entre esta e os verdadeiros anseios sociais. Portanto, o processo seria devido quando, além da observância das regras procedimentais, a própria norma estabelece imposições razoáveis e que corroborem para o bem social, possuindo uma razão lógica para se subsistir.

Quando o devido processo legal se desenvolveu ao ponto de autorizar o judiciário a exercer um controle legislativo conferiu também ao referido órgão a possibilidade de atribuir a esta a interpretação que melhor se aproxime das finalidades sociais e menos atentatória aos direitos fundamentais. Porém, limitou a concepção de processo devido à isto, não evoluindo ao ponto de transcender as fases processuais, uma vez que, findando-se o processo e decidindo o magistrado pela aplicação ou não de determinada lei ao caso concreto, valendo-se também da concepção procedimental do devido processo legal, a satisfação ou não do direito

tutelado não mais se encontrava na seara da aplicação do devido processo legal, tendo sido este observado em todas as fases processuais e quando da interpretação judicial.

Percebe-se que cada fase do devido processo legal conferiu a humanidade uma categoria de direitos fundamentais específicos, todos direcionados às relações jurídicas existentes no interior dos processos judiciais e administrativos. Faz-se necessário discutir se o referido princípio encontrou o seu estado perfeito no mundo do Direito, não necessitando de maiores evoluções, como as que ocorreram na passagem da acepção procedimental para a substantiva.

Acontece, que pelas constantes e inevitáveis mudanças sociais, afirmar que determinado instituto dentro das ciências sociais encontra-se acabado seria dizer que toda a sociedade, incluindo os entes estatais, estariam revestidos de perfeição e imutabilidade. Porém, o Devido Processo Legal, além de ser um princípio constitucional, também é uma garantia fundamental do indivíduo, razão pela qual, sempre que os conflitos sociais ocasionarem uma mudança que reflita no princípio em evidência será exigido deste uma rediscussão no sentido de estender as garantias por ele impostas.

Na atualidade, a discussão sobre a efetivação dos direitos tem se intensificado cada vez mais. Os motivos são os mais variáveis, mas sobretudo estão baseados na insatisfação popular para com a atuação dos poderes públicos nas situações em que, mesmo tendo o seu direito reconhecido, estes não possuem condições técnicas e econômicas de concretizá-los. O mesmo ocorre com alguns direitos fundamentais elencados na Lei Maior, tais como o direito a uma educação pública de qualidade, cujo texto constitucional não possui correspondência com a realidade social.

A concepção até agora desenvolvida do devido processo legal, conforme destaca Barroso (2008) funda-se na ideia de procedimento adequado e de razoabilidade substantiva, informando ainda que, tais características ampliam a discricionariedade do intérprete que, inevitavelmente deve adicionar um componente substantivo que resulta de sua própria valoração com o objetivo de integrar o sentido dos comandos constitucionais. Por esta compreensão, ao menos se vislumbra a possibilidade de ampliação do campo de atuação do referido princípio, em razão de uma interpretação judicial.

Como exposto no início deste trabalho, os princípios constitucionais são verdadeiras normas que fazem parte do corpo da Constituição e possuem todas as prerrogativas à estas inerentes, inclusive, quanto aos métodos de interpretação e integração constitucionais. Dentre estes métodos, interessante destacar sobre a interpretação histórica que busca compreender as

razões do constituinte no momento da edição do texto constitucional analisando-se os precedentes legislativos, os ensinamentos jurídicos e a *occasio legis*.

Por este método interpretativo, através de uma análise pura e simples, deveríamos aplicar às gerações futuras o sentido de devido processo legal vigente no pensamento do legislador originário quando da edição da Constituição de 1988. No entanto, conforme destaca John Hart Ely *apud* Barroso, em crítica ao "originalismo" vigente na interpretação histórica, este método de interpretação não é compatível com os princípios democráticos, tendo em vista que "a defesa da ideia de subordinação de todas as gerações futuras à vontade que aprovou a Constituição contrasta com a ideias de Jefferson, generalizadamente aceita, de que a Constituição deve ser reafirmada a cada geração" (BARROSO, 2008, p. 135).

Assim, sendo a Constituição um "patrimônio dos vivos", nos dizeres de Tomas Jefferson, não pode se limitar as interpretações à esta conferidas no momento de sua edição. Por este entendimento a Constituição estabeleceu os próprios mecanismos de alteração de seus textos, visto que, modificando a sociedade, inevitável também, o acréscimo ou supressão de alguns textos da Lei Maior, sobretudo pela prolixidade da nossa Constituição. No entanto, outro mecanismo de alteração da Constituição, que não pela supressão ou acréscimo dos textos constitucionais, é reconhecido atualmente, qual seja, o fenômeno da mutação constitucional.

O conceito do que seria o fenômeno da mutação constitucional é muito bem apresentado por José Afonso da Silva, ao destacar que:

[...] consiste num *processo não formal de mudança* das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado (SILVA, 2005, p. 61).

A primeira característica evidenciada pelo autor é que este método de alteração da Constituição se caracteriza por ser "não formal", ou seja, não se encontra disposto dentre os métodos formais dispostos no art. 60 da Constituição Federal de 1988. Além disso, inexistente alteração do texto em si da Constituição, sendo uma mudança interpretativa, ou seja, a norma constitucional é alterada, enquanto que o dispositivo ou texto constitucional permanece o mesmo. Os outros elementos apontados são de maior relevância para o nosso estudo, visto que são as causas que ensejam a referida alteração, dentre as quais se destacam as alterações empíricas e sociológicas.

Portanto, baseado nestas alterações sociais decorrentes das experiências não tão agradáveis vividas pela população nos últimos anos e agravadas pelo elevado número de conflitos sendo judicializados faz-se necessário uma nova interpretação à cláusula do devido

processo legal, alargando a sua atuação no sentido de conferir a sociedade um novo mecanismo para exigir do Estado a efetivação dos direitos tutelados. Assim, deixa o devido processo legal de ser uma simples garantia de procedimento adequado e de uma razoabilidade substantiva, para ser um verdadeiro instrumento de efetivação dos direitos requeridos em juízo, notadamente os fundamentais.

Nesse norte, sabe-se que o ponto de partida para a interpretação constitucional são os princípios constitucionais, não se esquecendo do caráter normativo destes e que refletem os postulados fundamentais da Constituição. Desse modo, identificado o princípio jurídico aplicado, este deve ser o início da interpretação e aplicação da Constituição aos casos concretos. Portanto, "os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema jurídico. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos" (BARROSO, 2008, p. 153).

O Devido Processo Legal enquanto mandamento nuclear do sistema jurídico, na condição de princípio constitucional, legitima o julgador a aplicá-lo de modo a extrair a sua máxima eficácia dentro de determinado contexto social. Portanto, as mudanças sociais do início do século XIII e que se intensificaram ao longo dos anos, corroborou para uma aceção de processo devido que acarretou a concepção e aplicação procedimental deste princípio pelas cortes judiciais. Em um momento seguinte, em decorrência dos males da supervalorização legislativa em detrimento dos demais poderes e o uso arbitrário da Lei exigiram uma evolução do referido princípio de modo a alterar a concepção do que entendia por processo devido na tentativa de tornar eficaz a sua aplicação surgindo, nesse contexto, o devido processo legal substantivo.

Porém, o conceito do que seria um processo devido vem sofrendo algumas modificações no atual contexto jurídico. As discussões pela busca de tornar a Constituição eficaz, no sentido de que os seus dispositivos encontrem correspondência no mundo social ganham força conforme a insatisfação popular aumenta. Não se pode olvidar que a insatisfação social sempre foi um fator predominante nas rediscussões do devido processo legal, portanto, conforme diminui a credibilidade da população em relação ao sistema jurídico vigente, de maneira inversamente proporcional, cresce a necessidade de buscar mecanismos dentro do direito que viabilizem a satisfação social.

A existência de normas constitucionais que não possuem qualquer ligação com o contexto social vivido é bem evidenciada por Loewenstein (1970) ao classificar as Constituições em "semântica", "nominal" e "normativa", de forma as Constituições "semânticas" são utilizadas apenas em benefício dos detentores do poder, dissimulando as

suas verdadeiras intenções. A Constituição "nominal" não possui ligação com a realidade social tendo em vista que não há uma correspondência entre a dinâmica do processo político e as normas por ela elencadas. Em contrapartida, a Constituição "normativa" encontra-se efetivamente integrada na sociedade.

Hodiernamente é inconcebível a ideia de processo devido e conseqüente satisfação integral do princípio constitucional que o preconiza sem a existência de efetivação dos direitos fundamentais que o cercam, principalmente a necessidade de concretizar os direitos tutelados em juízo. Fundamentando esta compreensão, passemos a analisar algumas situações judiciais em que, claramente se percebe a aplicação do devido processo legal em suas primeiras concepções (procedimental e substantiva), mas que, por ineficiência técnica do Estado não podemos crer que houve a aplicação integral do referido princípio. Nesse sentido, vislumbramos a insatisfação social em relação ao judiciário mediante duas situações distintas analisadas a seguir.

A primeira delas encontra-se no decurso dos trâmites processuais. Quando, em razão do elevado número de recursos, incidentes processuais e os fatores técnicos, tais como a insuficiência de material humano, este se procrastina ao ponto de o direito inicialmente tutelado perder a sua razão de existir, ante a morosidade, fazendo com que, de alguma forma, ou o reconhecimento do direito se torne irrelevante para parte, tendo em vista que necessitava deste dentro de um certo lapso temporal ou, até mesmo, quando uma das partes já não mais possui condições de usufruir do direito reconhecido ou de cumprir a decisão judicial existente, seja pela morte ou qualquer outra impossibilidade material.

Suponhamos a seguinte situação: determinada gestante ajuíza com seu esposo uma ação cominatória de obrigação de não fazer com pedido liminar de antecipação de tutela *inaudita altera pars* em face de um armazém de materiais de construção, aparentemente clandestino, que se estabeleceu no prédio vizinho ao seu imóvel. Argumenta os autores que o armazém em evidência encontra-se situado em zona tipicamente urbana e que, não bastasse se utilizar da calçada dos imóveis vizinhos como extensão do armazém, utilizam várias empilhadeiras durante todo o dia que provocam um barulho ensurdecedor. Os fundamentos jurídicos utilizados foram o uso nocivo da propriedade, com fulcro no art. 1.277²⁴ do Código

²⁴ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Civil brasileiro de 2002. Faz juntada ainda de atestados médicos comprovando as interferências que determinada conduta vem provocando na gestação, debilitando a saúde física e psicológica da mãe e do bebê. O juiz, após dois meses com o processo concluso para despacho se reserva em apreciar o pedido de tutela antecipada após a contestação da parte contrária. Entre a citação efetiva e a apresentação da Contestação passaram-se mais quatro meses. Após a apresentação da Contestação o juiz, após mais um mês concluso para despacho, ordena a intimação da parte autora para que impugne a defesa apresentada, sem se pronunciar sobre o pedido de antecipação de tutela, o que expressamente requerido em sede de impugnação. Acontece que, quando o magistrado decide deferir a antecipação de tutela, determinando a paralisação do uso de empilhadeiras de modo nocivo à saúde da vizinhança, a autora já havia adquirido sérias complicações em sua gestação, de modo que o bebê nasceu com inúmeros problemas de saúde.

Percebam, que pelo caso prático supramencionado, o magistrado atuou em conformidade com o devido processo legal procedimental, bem como considerou razoável a legislação civil, no sentido de determinar a paralisação das atividades do armazém demandado. No entanto, a procrastinação até o deferimento da tutela antecipada fez com que o objetivo principal da ação, qual seja, manter a integridade física e psicológica da autora e de seu filho, perdeu-se no tempo. Situações como estas, tão frequentes em nosso cotidiano jurídico, nos fazem refletir sobre se podemos considerar um processo com estas peculiaridades como sendo devido, apenas por atender as regras processuais preestabelecidas e aplicar, ao caso concreto, uma norma socialmente reconhecida como razoável.

As modificações e o clamor social nos fazem crer que, nestas condições, ainda que o direito tutelado seja reconhecido ao final da demanda, a decisão proferida não representará uma conquista para a parte que o pleiteou, de modo que o Estado Juiz não conseguiu atender a finalidade social para o qual foi investido. Não podemos dizer que houve um processo devido, apenas pelo preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo devido processo legal procedimental e substantivo. É necessário uma efetivação do direito tutelado, não no sentido do seu simples reconhecimento, mas na satisfação e cumprimento da finalidade da ação, possibilitando ao indivíduo a materialização dos direitos que assiste.

Do mesmo modo, a segunda hipótese que aflige a sociedade e acarreta nesta um descrédito para com o Poder Judiciário e os Poderes Públicos em geral acontece não pela morosidade em cumprir determinada decisão durante os trâmites processuais, mas após a conclusão destes. Assim, com a decisão final do magistrado e o reconhecimento do direito tutelado e iniciando-se a fase de cumprimento de sentença (tomando como exemplo os

processos cíveis), o indivíduo por diversas vezes se depara com outros obstáculos que inviabilizam a concretização do direito invocado, mesmo havendo um reconhecimento estatal nesse sentido.

Tomemos como exemplo os famosos casos onde os litígios se dão em face de algum dos órgãos da administração pública. Nestes casos, quando a condenação é em patamares que excedem ao considerado por lei como sendo de pequeno valor (trinta salários mínimos para os débitos municipais, quarenta salários mínimos para os débitos estaduais e do distrito federal e sessenta salários mínimos para os débitos de natureza federal, conforme lições do art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do art. 17, §1º da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001) o pagamento é obrigatoriamente realizado por um sistema diferenciado de pagamentos denominado de Precatórios.

Acontece que os referidos pagamentos são realizados de acordo com a disponibilidade econômica dos respectivo ente e são sempre realizados obedecendo a uma ordem cronológica, nos moldes do art. 100, *caput* da Constituição Federal, tendo como prioritários apenas os pagamentos das dívidas tidas como alimentícias e quando forem pagos em benefício das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadoras de doença grave nos termos da lei, assim como estabelece os §§1º e 2º do art. 100 da Constituição Federal.

Inúmeros são os casos de pessoas que falecem e não conseguem receber os seus valores pelas vias regulares, sendo, em algumas situações, obrigados a realizarem um acordo completamente desvantajoso com a administração pública para que, ao menos de forma parcial, possam usufruir de seus direitos conquistados. Nestes casos, apesar da legislação ser tida como razoável e em conformidade com outros princípios que regem a administração pública, tais como o da reserva do possível (que nas diretrizes de Streck entendemos não ser um verdadeiro princípio e sim um "álíbe" que integra o rol da chamada teoria do pamprincipiologismo jurídico exposta em capítulo antecedente) e da supremacia do interesse público, o certo é que, não vislumbrados um processo devido nestas circunstâncias.

Outra situação ocorre com frequência nos tribunais do país. Alguns casos judiciais, quando ocorre a confirmação do direito tutelado, a parte adversa já se encontra em um estado de insolvência tamanho que já não possui meios de quitar o débito para o qual foi demandado de modo que, ainda que penhorados os bens legalmente autorizados, estes não possuem o condão de satisfazer a dívida em sua integralidade. Com isso, alguns dos devedores, ainda que dotados de uma decisão judicial informando que possuem o direito de receber determinados valores, após longos anos de batalha judicial, passando por um moroso processo de

conhecimento e uma fase de cumprimento de sentença com todos os embargos à esta inerentes, não conseguem indicar bens passíveis de constrição.

Estes são alguns casos em que, mesmo as concepções vigentes do devido processo legal sendo aplicadas, uma vez que todas as regras procedimentais previamente estabelecidas foram rigorosamente cumpridas, bem como a essência da lei não se mostra desarrazoada pelo entendimento judicial predominante, não se pode afirmar houve a aplicação integral do que se esperado devido processo legal. Com estas afirmativas o referido princípio surge como um instrumento a ser utilizado em face do Estado para exigir deste a máxima concretização dos direitos tutelados.

Através desta análise sendo reconhecida a expansão do Devido Processo Legal para atuar além da simples técnica procedimental e da razoabilidade substantiva abarcando também a efetivação dos direitos fundamentais esboçados pela Constituição, sobretudo o direito de ação, distinguindo-se esta da simples possibilidade de peticionar em juízo, mas de obter uma resposta do Estado Juiz dentro da ordem jurídica e em seguida a sua concretização, necessário se faz tecer algumas considerações sobre o que isto representa em termos práticos ante a posição de norma Constitucional que o princípio em evidência possui dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Importante característica das normas constitucionais encontra-se em sua supremacia em face das demais disposições normativas de um Estado. Esta supremacia, conforme destaca Barroso (2008) é reputada, no plano dogmático e positivo, como uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal evidencia a Constituição como fonte primária da produção normativa, guiando toda a produção normativa de acordo com as competências e procedimentos por ela estabelecidos. Ao passo que a superlegalidade material estabelece que o conteúdo de toda a atividade normativa do Estado deve estar em conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Aplicando estes conceitos à concepção que defendemos do devido processo legal, pelas características acima expostas, a atividade normativa do Estado deve tomar como parâmetro o referido princípio para que, ao realizar a elaboração de qualquer das espécies normativas autorizadas pela Constituição, quando estas se relacionarem direta ou indiretamente ao exercício do Devido Processo Legal, devem trazer em seu conteúdo mecanismos que busquem ao máximo torná-lo exercitável pelos seus destinatários. Portanto, se porventura a Congresso Nacional resolver editar uma norma processual, esta deve trazer em seu conteúdo elementos que melhorem o cenário jurídico da efetivação dos direitos tutelados, sob pena privar do indivíduo o direito de usufruir de um processo devido.

Ressalve-se que "a inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, e batizado entre nós de 'controle de constitucionalidade'" (BARROSO, 2008, p. 164). Assim, qualquer legislação editada cujo conteúdo diminua da sociedade a possibilidade de efetivação do direito tutelado estar-se-ia afrontando diretamente o princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, deverá ser extirpada do ordenamento jurídico pela via do controle de constitucionalidade.

Sobre a matéria, cite-se como exemplo o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) de nº 4357 e 4425 quando em sessão plenária do dia 14 de março de 2013, em que o Pretório Excelso entendeu ser inconstitucional algumas disposições da Emenda Constitucional de nº 62/2009, conhecida como Emenda dos Precatórios e apelada por alguns de "Emenda do Calote", ante as várias garantias estabelecidas para a Fazenda Pública em detrimento do particular.

Dentre os artigos considerados inconstitucionais acrescidos pela referida Emenda Constitucional encontra-se o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que estabelece o regime especial de pagamento, possibilitando o parcelamento pelo prazo de quinze anos para a concretização do pagamento. Percebe-se que o referido dispositivo tornava quase que impossível a efetivação do direito tutelado de modo que, mesmo após os anos de espera para que houvesse um reconhecimento judicial da dívida, o credor ainda, por este regime especial, teria que aguardar mais quinze anos para o adimplemento integral do débito.

O dispositivo em comento afronta o devido processo legal não só pelo fato de ser desproporcional em face do credor, mas por dificultar a concretização do direito constitucional à tutela efetiva do Estado. Assim, de modo bastante tímido, mas utilizando este princípio como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade do regime especial para o pagamento dos precatórios, merece destaque trecho do voto do Ministro Relator Ayres Brito, que assim evidenciou:

44. Pois bem, arguem os autores que a possibilidade de o Poder Público **estender por quinze anos a completa execução das sentenças judiciais** transitadas em julgado **significaria desrespeito às garantias** do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF); **do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF)**; da razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º do CF), além de afrontar a autoridade das decisões judiciais. (ADI 4.357/2009, Min. Rel. Ayres Brito, voto proferido em 16 de junho de 2011, grifo nosso).

Percebe-se, pela decisão acima epigrafada, o Devido Processo Legal sendo utilizado como fundamento para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional que minimizou a possibilidade de efetivação do direito ao adimplemento do débito em um período que viabilize a sua satisfação. Portanto, o prazo de quinze anos inviabilizaria a utilização dos valores recebidos de forma concreta e justa. Sendo assim, em razão do longo período de anos para que o credor obtivesse do Estado a íntegra dos valores requeridos, o referido processo de forma alguma poderia ser tido como devido.

Neste novo cenário o Poder Judiciário exerce papel crucial na aplicação do Devido Processo Legal no sentido de possibilitar a sociedade as garantias que lhe são inerentes. Valendo-se desta premissa, Silveira (2001) expõe de forma precisa sobre a importância e a valorização deste órgão para a sociedade contemporânea, assim obtemperando:

Transformar o país, constituir uma grande nação livre e democrática, dar vida à Constituição e franquear ao povo as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal depende, basicamente, da atuação do Poder Judiciário. A chave que abre a porta do futuro está em suas mãos (SILVEIRA, 2001, p. 635).

Portanto, o momento atual na seara jurídica confere ao Judiciário uma valorização nunca antes presente, requerendo deste uma atuação mais vívida e compromissada com a efetivação dos direitos esboçados pela Constituição, inclusive, quando necessário, alterando interpretações que lhe foram conferidas em outro cenário jurídico, mas que não mais se subsiste na atualidade, no sentido de expandir os direitos e garantias fundamentais em oposição às constantes arbitrariedade dos demais Poderes. Foi assim que a concepção substantiva do Devido Processo Legal se originou, uma vez que as mudanças sociais e o legalismo exacerbado impulsionaram o judiciário a conferir nova interpretação deste princípio, possibilitando-o a controlar a substância da norma.

Assim, se o Judiciário deixar de exercer o controle dos atos dos demais Poderes, sobretudo limitando-os e exercendo o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, este perde a sua função legitimadora (SILVEIRA, 2001). Portanto, o exercício de suas funções, no sentido de controlar a atuação dos demais poderes dentro dos limites estabelecidos pela Constituição não é uma faculdade apresentada ao judiciário, mas sua própria razão de ser.

A omissão do Poder Judiciário quanto ao referido controle pode acarretar severas consequências para a sociedade. Esta experiência já foi vivenciada no Brasil durante os períodos de ditadura militar, em que se vislumbrou a ineficiência do Judiciário brasileiro em sua atuação constitucional. Nas diretrizes de Silveira (2001) o povo aceitou essa agressão à

Constituição por dois motivos principais: a ausência de lideranças autênticas no poder Judiciário e a ausência de participação do povo nesse poder formal, visto que ao distanciar-se do povo, enclausurou-se o judiciário ao ponto de viver e pronunciar julgamentos sem preocupação com a justiça.

Destaque-se que historicamente os primeiros atos de todos os golpes militares, utilizando-se do fundamento de necessidade de ordem e da ingovernabilidade, forma retirar do Poder Judiciário a autoridade de rever os atos dos demais poderes, sobretudo do Executivo, conforme se verifica pela Emenda Constitucional de 1926, a Constituição Federal de 1937 e o Ato Institucional de nº 5 de 1968. Tais atitudes demonstram a fragilidade do Poder Judiciário no Brasil, mas também corrobora com o entendimento de que a sua função jurisdicional e o seu poder de rever os atos administrativos possui uma importância significativa para manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A atuação do Poder Judiciário, além de ser limitadora dos demais Poderes, assim como estabelece a Constituição, não pode se distanciar dos anseios sociais. Este pensamento fundamenta o controle de constitucionalidade das leis, visto que existindo divergência entre a vontade do legislador declarada na lei e a vontade do povo declarada na Constituição, esta deve prevalecer. Desse modo, a cláusula do Devido Processo Legal, além de sempre buscar uma renovação dentro dos novos parâmetros sociais, deve ser utilizada como fundamento de controle da atuação dos Poderes Públicos, de modo que estes não podem privar o indivíduo em ter o direito tutelado efetivamente concretizado.

4.2 *EFFECTIVE DUE PROCESS OF LAW?* POR UMA CONCEPÇÃO ALÉM DA RAZOABILIDADE

Como exposto em tópico anterior, o Devido Processo Legal caminha e evolui pari passu com a sociedade, de maneira que as mudanças sociais refletem sobre si exigindo deste uma reconstrução da maneira como o compreendemos. Apenas assim é possível manter viva e atual as garantias esboçadas pela nossa Lei Maior. Essa rediscussão e a sua aplicação de modo a extrair do princípio em evidência o máximo de efetividade em prol dos direitos tutelados necessita de uma atuação forte do Poder Judiciário, expressando a constante elevação deste Poder nos últimos anos, não no sentido de se tornar superior aos demais, mas conquistando

um espaço isonômico entre estes no sentido de evitar os males anteriormente vividos quando o Executivo ou o Legislativo se sobrepôs em detrimento das liberdades individuais.

As conquistas sociais que ensejaram a constituição do devido processo legal procedimental e substantivo representaram um marco para a gênese e defesa de algumas garantias hoje tidas como fundamentais e indissociáveis de um verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito. Sendo corolário das duas primeiras fases deste princípio direitos como o de ser ouvido antes de qualquer decisão expropriatória de seus bens ou de sua liberdade, o da ampla defesa, o direito a uma reanálise da decisão proferida em primeiro grau, a necessidade do Estado observar, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, as regras procedimentais preexistentes ao fato, assim como o dever do Judiciário em realizar o controle da razoabilidade das leis inclusive declarando-as inconstitucionais quando disporem em contrário.

No entanto, os anseios sociais na atualidade caminham para uma nova fase do Devido Processo Legal, onde o simples controle da razoabilidade das leis não mais extrai o máximo que este princípio constitucional pode proporcionar para a sociedade. Portanto, as necessidades hodiernas e a insatisfação popular para com o descaso dos Poderes públicos em possibilitarem ao indivíduo garantias de que os direitos por eles invocados e reconhecidos pelo Estado Juiz ganhará correspondência lógica no mundo dos fatos, de modo a satisfazer as razões que ensejaram a sua propositura.

Esta preocupação é bem conhecida do Estado brasileiro ensejando, inclusive, a criação de algumas medidas no sentido de minimizar a insatisfação social. Dentre estas podemos destacar a reforma do Poder Judiciário através da Emenda Constitucional de nº 45/2004 que, visando proporcionar um Judiciário mais célere e eficaz à população brasileira, reestruturou as competências desta esfera do Poder e criou novos institutos visando a otimização dos serviços judiciários.

Uma das principais inovações desta Emenda Constitucional foi a criação da Súmula Vinculante, acrescentando a Constituição Federal o art. 103-A, que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal (STF), nas matérias constitucionais, após reiteradas decisões e mediante a aprovação de dois terços dos seus membros aprovar súmulas com caráter vinculante a todos os demais Tribunais e Juízes de primeiro grau, reduzindo assim o número de processos que se prolongaria até as instâncias superiores.

Nesse mesmo sentido foi a necessidade de repercussão geral das matérias como pressuposto objetivo de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, também com o objetivo de reduzir o número dos recursos julgados pelo STF e minimizar o tempo entre o

ajuizamento da ação e o seu trânsito em julgado. Além do mais, a criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário (art. 92, inciso I-A da Constituição Federal/1988) e a federalização do julgamento das matérias que envolverem grave violação dos direitos humanos, mediante requerimento do Procurador Geral da República (art. 109, inciso V-A e §5º da Constituição Federal/1988) ratificaram a preocupação com a necessidade de um Judiciário forte e livre dos males da corrupção, bem como a importância da afirmação e consolidação dos direitos humanos no Estado brasileiro.

Acompanhando as inovações constitucionais, mediante a preocupação do Estado em reduzir de maneira significativa os instrumentos processuais meramente protelatórios, os diplomas legais infraconstitucionais passaram a se amoldar às preocupações hodiernas. Uma das medidas foi a edição da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 que reestruturou o Código de Processo Civil, especificamente reformando os dispositivos que versavam sobre o antigo processo de execução.

Antes da edição da Lei supramencionada, com a constituição do título executivo judicial após um moroso processo de conhecimento, o portador deste deveria ingressar novamente em juízo com uma ação autônoma de execução de título judicial, através da qual requeria a execução deste, o que procrastinava ainda mais a satisfação do crédito. Com a reforma, o credor, após o trânsito em julgado da sentença de procedência da ação, através de uma petição simples nos autos do mesmo processo de conhecimento, além de poder gozar dos benefícios da penhora *on-line* reduzindo significativamente o tempo e a burocracia desnecessária para a concretização da tutela jurisdicional.

Outra medida, não tão recente quanto a edição da Lei 11.382/2006, mas que foi implementada com o objetivo de desafogar o judiciário e tornar mais célere alguns processos específicos com o objetivo de possibilitar uma melhor prestação jurisdicional foi a criação dos juizados especiais cíveis e criminais estaduais, através da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 e dos juizados especiais federais, através da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.

A criação dos Juizados Especiais, em que pese a situação caótica de alguns atualmente, sobretudo dos juizados estaduais, refletem a necessidade do Estado em conceder uma resposta célere aos litigantes, principalmente pelo fato de as matérias por estes apreciadas são de menor complexidade, o que, em tese, representa uma menor necessidade de tempo para apreciá-las.

Atualmente, as discussões giram em torno da criação de um novo Código de Processo Civil, cuja preocupação central é reduzir o tempo necessário para que o judiciário resolva em definitivo as questões à ele apresentadas. Desta feita, alguns recursos judiciais estão sendo

objeto de críticas e que, possivelmente serão extirpados do mundo jurídico, tais como os Embargos Infringentes. Outros tornar-se-ão cada vez mais difíceis de serem opostos, notadamente os destinados aos Tribunais Superiores, devendo atender uma série de requisitos preestabelecidos em lei, além dos que já existentes. Além disso, estabelece também o Projeto de Lei 8.046/2010 severas multas quando o juiz verificar que o recurso foi interposto com fins meramente protelatórios, tentando inibir a procrastinação desmotivada do processo.

Percebe-se que o contexto social vivido é de completa preocupação com a eficiência da prestação jurisdicional, no sentido de tornar cada vez mais efetivo os processos judiciais, ante o crescente descrédito para com os Poderes Públicos. É neste cenário que o Devido Processo Legal ganha nova roupagem, sendo mais um instrumento em benefício da sociedade no sentido de exigir do Estado a criação de elementos que viabilizem a efetiva tutela dos direitos, bem como se abstenha de editar normas cujo conteúdo dificultem a sua satisfação.

Portanto, duas são as imposições modernas estabelecidas pelo Devido Processo Legal, em uma acepção que transcende o simples controle de razoabilidade das leis, uma de natureza negativa e outra positiva. A primeira delas impõe ao Estado, com fundamento no referido princípio, o dever de, além de não privar o indivíduo de seus bens e de suas liberdade sem a observância de um processo devido e não editar normas desarrazoáveis e desproporcionais, não editar leis ou atos normativos que reduzam a possibilidade de efetivação dos direitos tutelados.

A natureza positiva estabelece o dever estatal de criar mecanismos que possibilitem uma resposta satisfatória dentro do direito e em tempo adequado, à depender das peculiaridades de cada caso concreto, para as partes, sob pena deste processo não se amoldar ao Devido Processo Legal e mitigar das partes o direito constitucional a uma prestação efetiva do Estado. Portanto, sabendo-se que a efetividade das normas em geral, sobretudo as constitucionais, encontra-se vinculada a sua aplicação em concreto na sociedade, possuindo correspondência com esta, sem simplesmente expressar uma realidade distinta da vivenciada pela população, quando o Estado, mesmo inquirido judicialmente, não consegue promover esta efetivação, o Devido Processo Legal não foi observado na íntegra.

Com isso, supera-se as duas fases iniciais do Devido Processo Legal e inaugura-se uma nova faceta deste princípio que, em paródia ao direito inglês e norte americano, berço do referido princípio, podemos chamar de *effective due process of law*, pela necessidade de efetivação dos direitos tutelados em observância a este princípio constitucional. Isto não significa que as conquistas incorporadas ao Direito pelo devido processo legal procedimental e substantivo devem deixar de ser aplicadas, pelo contrário, não existe uma força anulatória

entre as várias fases vivenciadas pelos princípios, de modo que cada dimensão acrescenta certas garantias que vão sendo absorvidas pela ordem jurídica constitucional, no sentido de possibilitar a sociedade o máximo possível de sua aplicação.

A sua aplicação depende de alguns fatores basilares que assim como vivenciado nas demais fases, devem se fazer presentes que o *effective due process of law* possa ser aplicado com força vinculante e em sua inteireza. Estes elementos podem ser elencados basicamente em quatro: a) Insatisfação social com a atual realidade; b) Aceitabilidade social da medida à ser aplicada; c) Possibilidade formal e material de aplicação da medida pelos Poderes Públicos; e d) A vontade dos detentores do Poder de aplicar a medida e solucionar o conflito. Analisemos cada um de forma detalhada.

O primeiro fator, qual seja, a insatisfação social com a atual realidade vivenciada, não de difícil caracterização ante as problemáticas encontradas pela sociedade brasileira, notadamente pelo descrédito da população com a inércia do Estado em tornar efetiva inúmeras medidas legal e constitucionalmente previstas e torná-las palpáveis à população em geral. Algumas das razões que ensejaram este descrédito foram elencadas em momento anterior neste trabalho, tais como a procrastinação desnecessária dos trâmites processuais e a impossibilidade material do cumprimento da decisão judicial em razão de problemas com o teor do próprio dispositivo legal e/ou pela ausência de elementos técnicos necessários à efetivação da medida.

O segundo fator é a aceitabilidade social da medida que irá ser aplicada, de modo que não adianta a criação de mecanismos que não agradem a sociedade e demonstre à esta capacidade suficiente de modificação do atual cenário. Esta aceitabilidade encontra-se diretamente ligada à solução ou minimização do problema que ocasionou a insatisfação social. Dessa forma, a experiência de um processo cuja aplicação do *due process* esteja vinculada a concepção de efetivação do direito tutelado, além de procedimento adequado e de razoabilidade substantiva, parece não ser problema quanto a este elemento, contanto que, de fato, haja a sua aplicação por parte dos Poderes Públicos, o que depende dos dois últimos elementos a seguir analisados.

Como terceiro fator apontamos a possibilidade formal e material de aplicação do *effective due process*. A possibilidade formal encontra-se na viabilidade procedimental para aplicação deste princípio através da legislação vigente, ou seja, a inexistência de empecilhos para a elaboração de leis ou atos normativos que corroborem com a aplicação da medida. Caso contrário, frustrada está a possibilidade de sua aplicação através da legislação pátria. Esta possibilidade formal, quando observada, legitima o Devido Processo Legal, de modo a

conferir à esta aplicação compulsória. Sua observância já foi incrementada ao Estado brasileiro com o reconhecimento constitucional do referido princípio, fazendo com que este seja necessariamente observado quando da elaboração da legislação pátria.

A possibilidade material encontra-se na viabilidade do Estado em, através de seu aparato técnico administrativo, fazer cumprir a medida com precisão. Este desdobramento do terceiro elemento é crucial para que a medida não esteja adstrita ao plano teórico, mas, de fato, ganhe correspondência prática com a sociedade. Além disso, reflete também no conteúdo das normas que buscam trazer efetividade à medida, no sentido de que estas devem preservar a essência do *effective due process*, nunca inviabilizando o seu cumprimento, sob pena de serem reputadas como inconstitucionais.

Por fim, fator crucial para a aplicação do *effective due process* encontra-se na vontade dos detentores do Poder de aplicar a medida e solucionar o conflito. Este fator se mostra como uma imposição para as três esferas do Poder e representa um elemento volitivo indispensável para qualquer ato governamental em benefício da sociedade que envolva alterações no ordenamento jurídico.

Este fator depende do interesse do Poder Legislativo no sentido de viabilizar a edição de leis que possibilitem a efetivação dos direitos tutelados e este desejo torna-se um tanto quanto complexo tendo em vista que para que isso ocorra é necessário o interesse das classes dominantes. Esta afirmativa torna-se clara quando entendemos a natureza da Lei do ponto de vista proposto por Laurence Friedman *apud* Belz (1998), ao evidenciar que esta é composta de uma natureza instrumental, uma vez que representa o monopólio da força e uma natureza de ordem simbólica que expressa a vontade da elite, ou seja, de quem possui os elementos dominantes política e economicamente. Portanto, a elaboração de uma legislação que contribua para a aplicação de uma devido processo legal efetivo que vele pela concretização dos direitos não sendo do interesse de quem detém o monopólio da força e a hegemonia moral torna-se impossível a sua implantação de forma concreta.

A atuação do Poder Executivo também exerce grande importância na aplicação do quarto fator, sobretudo com a criação de políticas públicas que viabilizem a efetividade da lei. Além disso, no cumprimento das determinações judiciais quando estas, reconhecendo a inércia dos demais órgãos, determinam a prática de uma série de atos direcionados no sentido de conferir ao direito tutelado e reconhecido pelo Estado Juiz um *status* que transcenda as folhas dos autos. Sabe-se que cabendo à este Poder a função de administrar o Estado, a sua força decisiva em querer solucionar o problema representa um grande avanço para a

sociedade como um todo, havendo grandes possibilidades dos demais Poderes acompanharem as mudanças desenvolvidas.

O Poder Judiciário, cuja ordem na explicação não representa seu grau de importância no processo de aplicação do *effective due process*, merece destaque no desenvolvimento deste princípio constitucional. Inicialmente atua na criação desta vertente do Devido Processo Legal através de uma interpretação extensiva da cláusula da *law of the land*. Esta interpretação não enseja a mudança textual da referida cláusula, mas altera o campo de abrangência até então desenvolvido pela lei e pelos tribunais. Ocorre, por conseguinte, o fenômeno outrora destacado da mutação constitucional, que só pode ser desenvolvido por esta esfera do Poder apoiado nas mudanças sociais ocorridas entre a confecção e interpretação originárias do texto e o novo modelo adotado.

Contribui também o Poder Judiciário para a consolidação de um devido processo legal efetivo, através do controle dos atos dos demais Poderes. Este controle deve ocorrer dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e representa um instrumento contra os atos arbitrários do Executivo, que historicamente sempre representou um perigo às liberdades individuais neste país, e do Legislativo, exercendo um juízo sobre o teor das leis e demais atos normativos. Portanto, no momento em que o Poder Executivo atuar de forma a coibir o livre exercício deste princípio ou quando o Legislativo editar alguma lei que desvirtue as finalidades impostas pelo Devido Processo Legal, deve o Judiciário, fazendo jus às prerrogativas que lhe são inerentes para o livre exercício de suas funções, declarar a ilegalidade e inconstitucionalidade destes atos.

Além disso, as decisões judiciais no sentido de determinar aos demais Poderes que cumpram as medidas adotadas com a finalidade de efetivar o direito das partes são contributos diretos para o desenvolvimento desta nova vertente do Devido Processo Legal. Com isso, fecha-se o ciclo do quarto e decisivo fator que integra os elementos necessários para a consolidação do *effective due process of law*.

Portanto, presentes os quatro fatores apresentados acima passa-se a aplicar integralmente e com eficiência o Devido Processo Legal como instrumento de efetivação dos direitos tutelados, estendendo-o para uma concepção além do simples controle da razoabilidade das leis e da observância às normas processuais preestabelecidas. Com isso, passa-se a utilizar o Devido Processo Legal em conformidade com os anseios sociais modernos, não o limitando as interpretações clássicas que lhes foi conferido séculos atrás, tendo em vista que outra é a sociedade, outros são os problemas, de maneira que fluem as águas do rio e já não são mais as mesmas de outrora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, o estudo dos princípios jurídicos ganhou relevância entre os teóricos do Direito, confirmando a autonomia que estes obtiveram dentro do campo das ciências jurídicas. Questionamentos cruciais foram apontados, tais como a distinção entre estes e as demais normas jurídicas, de maneira que os conflitos sociais passaram a ser solucionados através com a sua aplicação e as decisões judiciais começaram a utilizá-los como fundamento. Desse modo, destaca-se uma categoria especial de princípios jurídicos que passaram a incorporar a Constituição, assumindo um grau hierárquico diferenciado dentro dos sistemas jurídicos.

É evidente a importância dos princípios jurídicos constitucionais, sobretudo nos ordenamentos fundados em uma Constituição democrática e que origina um Estado Democrático de Direito. Sua relevância é tamanha que são reputados como normas constitucionais, cuja aplicação possui um grau maior de abstração das demais regras, mas que vinculam o legislador e toda a ordem constitucional, de modo que os atos e disposições legais que contrariarem estes podem ser banidos do ordenamento jurídico sob o fundamento de serem inconstitucionais.

Alguns destes princípios foram desenvolvidos séculos atrás e sofreram diversas modificações com o passar dos anos. Estas mudanças agregaram conquistas basilares para a humanidade e possibilitaram à sociedade a vivência em harmonia com os detentores do Poder, limitando a sua atuação e inviabilizando as arbitrariedades outrora cometidas. Dentre estes merece destaque o Devido Processo Legal, sendo um dos primeiros princípios processuais que passou a ser incorporado às Constituições e se tornou uma verdadeira conquista social.

O Devido Processo Legal proporcionou à humanidade o desenvolvimento de inúmeras garantias fundamentais em um contexto de privação de direitos e supressão das liberdade individuais, de modo que a primeira fase deste princípio desencadeou a importância do indivíduo ser ouvido antes de qualquer ação expropriatória por parte do Estado, além de impor ao Estado a obrigação de observar as normas procedimentais, por ele mesmo criadas, que legitimam os atos judiciais.

Em um segundo momento o Devido Processo Legal assume uma nova forma em decorrências das modificações sociais e da supervalorização da Lei sem a análise substancial de seu conteúdo. Assim, o devido processo legal substantivo conferiu ao Poder Judiciário a liberdade de realizar o controle da substância das leis, determinando se o seu teor possui ou

não razoabilidade e possibilidade de vigorar dentro de dado contexto histórico e social. Esta nova faceta do Devido Processo Legal significou uma ascensão do Judiciário, tendo em vista que viabilizou um amplo exame de mérito dos atos dos demais órgãos integrantes do Poder Público acarretando, inclusive, a criação do controle de Constitucionalidade das leis, cuja origem remonta ao direito norte-americano.

Acontece que as constantes modificações sociais impulsionaram este princípio a ampliar o seu campo de atuação de modo a garantir ao indivíduo a atuação eficaz do Estado no sentido de viabilizar a efetivação dos direitos tutelados. A necessidade da ampliação do Devido Processo Legal para um contexto até então não abarcado por este teve como escopo a insatisfação social para com a incapacidade dos entes que compõem o Poder Público de promover esta efetivação.

As principais razões que ensejaram o descrédito social em face do Estado, notadamente para com o Poder Judiciário encontra-se na impossibilidade material de, em alguns casos, promover o cumprimento das decisões judiciais e com a procrastinação desnecessária dos trâmites processuais, fazendo com que aos litigantes não seja concretizado o direito à tutela jurisdicional efetiva do Estado. Portanto, sendo o Direito fruto da sociedade e suas alterações condicionadas às modificações desta, torna-se essencial para a sua sobrevivência acompanhar os seus anseios e necessidades.

Nesse sentido, o Devido Processo Legal encontra nova fase cuja preocupação central se encontra na obrigatoriedade dos Poderes Públicos de desenvolverem mecanismos que possibilitem a solução dos problemas acima apontados, uma vez que, as duas primeiras concepções deste princípio, em que pese terem proporcionado conquistas fundamentais que hoje são indissociáveis de um Estado Democrático de Direito, deixaram à desejar em relação à efetivação dos direitos, preocupando-se apenas com o *iter* processual e a concepção de razoabilidade substantiva.

A importância do Poder Judiciário para a consolidação deste princípio, sobretudo aplicando a proposta desenvolvida neste trabalho é inequívoca, conferindo nova interpretação à cláusula do Devido Processo Legal estampada no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal brasileira de 1988. Portanto, deve o Supremo Tribunal Federal (STF), em sua honrosa função de conferir à Constituição a interpretação que será aplicada pelos demais tribunais e órgãos integrantes do Estado, acompanhando os anseios da população atentar para este instrumento que serviu durante séculos à sociedade e que ainda possui elementos de grande valia para a efetivação dos direitos fundamentais.

No entanto, para que o *effective due process of law* possa ser aplicado em sua integralidade, a necessidade da participação dos Poderes Executivo e Legislativo são imprescindíveis, tendo em vista que o simples reconhecimento do Judiciário da extensão da cláusula do Devido Processo Legal, por si só, não possui o condão de viabilizar o seu cumprimento, sendo apenas mais um fator que corrobora para a sua consolidação. Sendo assim, a atuação em conjunto das três vias do Poder é crucial na resolução dos conflitos aqui apontados utilizando-se do princípio constitucional em evidência, na perspectiva aqui desenvolvida, como instrumento social que vincula o Estado.

Assim os fatores da insatisfação social com a atual realidade; da aceitabilidade social da medida à ser aplicada; da possibilidade formal e material de aplicação da medida pelos Poderes Públicos; e da vontade dos detentores do Poder de aplicar a medida e solucionar o conflito, apontados como essenciais para a eficaz aplicação do *effective due process*, ao menos no plano teórico encontram-se perfeitamente aplicáveis à este, de modo que se os interesses sociais prevalecerem em detrimento dos interesses da elite, a consolidação da extensão deste princípio é inevitável.

Os reflexos sociais que isto acarretaria poderiam ser resumidos na seguinte proposição: quando qualquer dos entes integrantes dos Poderes Públicos criassem mecanismos que dificultassem a efetivação dos direitos tutelados ou quando se omitirem em realizar atos que viabilizem a referida efetivação, estes atos estariam eivados de inconstitucionalidade, com fundamento da cláusula do Devido Processo Legal. Portanto, dentre os deveres que se impõem ao Estado, um destes está em, não só promover a possibilidade de ingressar em Juízo, mas de fornecer elementos suficientes para que a tutela prestada seja, de fato, concretizada.

Destarte, a busca por elementos que possibilitem a sociedade de concretizar seus anseios, bem como se insurgir contra as arbitrariedade do Estado encontra-se cada vez mais frequente, sobretudo pelo fato de inúmeros dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos não passarem de simples afirmações sem correspondência no mundo prático, ainda que judicialmente reconhecidos. Dessa forma, o Devido Processo Legal apresenta-se como meio eficaz a ser utilizado pela sociedade e aplicado pelo Poder Judiciário de exigir um maior comprometimento dos entes estatais na criação de medidas eficazes para a satisfação das necessidades sociais. Porém, apenas com o comprometimento do Estado e com a mobilização social será possível a aplicação deste princípio na concepção desenvolvida neste trabalho, contribuindo de maneira significativa para a materialização dos direitos invocados em Juízo, sobretudo os fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Barbara A. **Freedom and the court**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BELZ, Herman. **A Living Constitution or Fundamental Law?** Rowman & Littlefield, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 15 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosh, 1961.
- FARIAS, Edmilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988. **RePro**, São Paulo, n. 85, p. 175-180, jan./mar., 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Filosofia na Época Trágica dos Gregos**. trad. Rubens Torres Filho, in: Os Pensadores. vol. Os Pré-Socráticos. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHWARTZ, Bernard. **A Book of Legal Lists**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**: *due process of law*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e Evolução do Devido Processo Legal Substantivo**: o controle da razoabilidade das leis do século XVII ao XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2007.