

Recebimento do artigo: 17/05/2007

Aprovado em: 17/05/2007

*Antônio Cláudio da Costa
Machado*

Resumo

As difíceis perguntas relacionadas à exata dimensão jurídica da cláusula do devido processo legal no Brasil (sob as perspectivas procedimental e substancial) são o objeto deste ensaio que se propõe a enfatizá-las com o objetivo de suscitar a reflexão.

Palavras-chave

Devido processo legal. Cláusula do devido processo. Devido processo procedimental. Devido processo substancial. Direitos fundamentais. Garantia constitucional. Estado de Direito.

Abstract

The difficult questions related to the exact legal dimension of the due process of law clause in Brazil (under the procedural and substantive perspective) are this essay's object that purpose to emphasize them in order to raise the reflexion.

Key words

Due process of law. Due process clause. Procedural due process. Substantive due process. Fundamental rights. Constitutional guarantee. Constitutional State.

A procura pela exata dimensão jurídica do princípio do devido processo legal no direito brasileiro – mormente após o advento da Constituição de 1988 que, com ineditismo, o reconheceu de forma explícita – constitui, sem dúvida, tarefa das mais difíceis, tendo em conta as enormes possibilidades interpretativas que a nova-velha cláusula oferece.

Com efeito, se, como garantia enfaticamente processual penal, ela nasceu há oitocentos anos na Inglaterra, foi nos Estados Unidos que, nos quatro séculos passados, o *due process of law* cresceu e se desenvolveu assombrosamente, alcançando rápido o processo civil para, nos últimos anos, não sem inúmeros tropeços, chegar a uma suposta maturidade normativa representada pela garantia amplíssima, quase meta jurídica, da razoabilidade das leis em todos os quadrantes da produção jurídica estadunidense. Tendo em vista de início apenas a dimensão procedimental (*procedural due process*), será que realmente podemos afirmar com suficiente fundamentação teórica a aplicação do princípio do art. 5º, inciso LIV, da Constituição, ao processo administrativo no Brasil? Ou esta possível aplicação já significaria admitir a dimensão material do princípio (*substantive due process*)? Ainda sob o prisma procedimental, poder-se-ia indagar: se a Lei Maior brasileira explicita os princípios processuais que dão corpo ao devido processo legal (juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade, inafastabilidade etc.), que razão existe para necessitarmos, sob o ponto de vista sistemático, de uma cláusula de largo espectro como a consagrada no inciso LIV, da art. 5º? Estaria aí, na ausência de autonomia normativa do *procedural due process*, a justificativa do devido processo legal substancial? Por outro lado, se quisermos enxergar a cláusula sob o ângulo estritamente material, somos necessariamente levados a ter de responder à seguinte indagação: seria próprio afirmar que o caminho exegético trilhado pelo devido processo legal em solo sistemático da *common law* pode ser repetido entre nós? Seria legítimo reconhecer que, em face de uma Constituição tão casuísta e detalhista como a nossa – em termos de direitos fundamentais – há espaço para um devido processo legal substancial como freqüentemente se tem sustentado? Em outras palavras, será que não podemos encontrar nas linhas e entrelinhas da nossa Constituição o substrato teórico dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sem termos de nos valer da cláusula do devido processo legal? Por fim, e voltando mais uma vez à dimensão processual, alguns questionamentos merecem consideração. Quem é o principal destinatário da norma segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”: o juiz ou o legislador processual? Ou ainda: violada concretamente uma regra de procedimento, num processo qualquer, estaria automaticamente afrontado o princípio constitucional do devido processo legal? Enfim, muitas são as dúvidas

que cercam a investigação de quem se propunha a dimensionar com exatidão o significado jurídico da cláusula conhecida universalmente pela locução *due process of law*.

A dificuldade de que cogitamos é ainda mais flagrante, na medida em que se tenha em conta que, a par das muitas vicissitudes históricas que marcaram o surgimento e o desenvolvimento da cláusula, o devido processo legal, enquanto elemento normativo, assegurado de um processo “adequado e justo”, só vai alcançar o *status* de verdadeira garantia que possui hoje (arma de defesa do cidadão contra o Estado) no momento em que o Judiciário se torna autônomo e independente, o que só ocorre a partir da Revolução Francesa. Sim, porque sem Judiciário independente, não há processo, (por mais intrinsecamente justo que seja) que defenda alguém contra o arbítrio dos poderosos. Perceba-se que somente com o estabelecimento do Estado de Direito, e o equilíbrio das relações de poder que se verifica em seu interior, é que o devido processo legal alcança sua efetiva dimensão política e a condição de princípio inerente do próprio Estado Constitucional.

Não é sem razão, portanto, que ressaltamos a dificuldade para se alcançar compreensão mais precisa da dimensão jurídica de cláusula ou princípio que ao mesmo tempo em que representa no plano político uma das vigas-mestras do Estado de Direito – “Estado Democrático de Direito” entre nós – assume no plano estritamente jurídico a condição de preceito orientador fundamental de toda a construção legislativa do processo brasileiro. Talvez não pareça, mas está justamente nesta dupla ênfase (política e jurídica) o epicentro da dificuldade apontada, porquanto se é correta a visualização política do princípio, no sentido da sua imprescindibilidade para a configuração do Estado de Direito, perfeitamente justificada se encontra, então, a tendência de deslocar a aplicação da cláusula do *due process* para outras searas, além da exclusivamente processual. Em primeiro lugar, porque não é difícil dar interpretação mais ampla à locução “devido processo” no sentido de enxergar “processo” como “procedimento”, aproveitando a distinção que tão bem fazem os processualistas. Afinal de contas, a palavra “processo” não é propriedade exclusiva do direito processual civil, penal ou trabalhista, de sorte que sua aproximação semântica de “procedimento” a todos satisfaz e aproveita e ninguém pode mesmo negar que a exigência de preparação de qualquer ato estatal decisório pela via da prática de vários atos, anteriores e “preparatórios” (“processo” em sentido *lato*), sempre torna mais legítimo o exercício do poder, o que explica a importância de um “devido processo” mais amplo. Em segundo lugar, porque é a própria Constituição que, empregando o termo “processo” em sentido mais abrangente (como no inciso LV, do art. 5º, que fala de “processo judicial ou administrativo”), abre espaço à interpretação mais larga ainda de “processo” e, por

170 conseqüente, de “devido processo legal”, a figura prevista justamente no inciso anterior. E, em terceiro lugar, porque os norte-americanos já vêm fazendo esta mesma ampliação há quase duzentos anos ...

Realmente, não é fácil suportar a tentação – para muitos irresistível – de levar o devido processo legal para além de suas fronteiras naturais, posto que a significação política da cláusula, no Estado contemporâneo, é muito intensa, sua história bastante sugestiva e sua prática atual nos Estados Unidos, inequivocamente, está voltada à superação dos limites do direito processual. Entretanto, e apesar de tudo isto, as perguntas que lançamos linhas atrás permanecem sem resposta, porque todas elas se fundam, na verdade, num único e basilar questionamento: podemos admitir, fora do sistema da *common law*, e particularmente no direito brasileiro onde a Constituição define detalhadamente os direitos fundamentais – e acrescentaríamos agora, onde a Lei Maior estabelece explicitamente todos ou quase todos os princípios que dão os contornos políticos e jurídicos ao novo “Estado Democrático de Direito” – uma interpretação tão aberta do devido processo legal a ponto de se chegar à idéia de razoabilidade das leis? A mesma indagação, talhada em termos políticos, talvez possa ser assim explicitada: podemos admitir no Brasil a significação política que os americanos dão ao *due process of law*, transformando a Suprema Corte em instância governamental? Será que o art. 5º, inciso LIV, da Constituição, outorga ao Supremo Tribunal Federal poder para reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei pelo simples fato de ela não ser razoável, o que, talvez, signifique o mesmo que ser apenas injusta? Veja-se que as dificuldades para dimensionar juridicamente a cláusula apenas começam no plano político – a maior dimensão política da cláusula se identifica com o *substantive due process*; a menor dimensão com o *procedural due process* – mas se estendem e se acentuam no nível jurídico, ainda que se rejeite a aplicabilidade do devido processo substancial, uma vez que, mesmo à luz da vertente processual ou procedimental, seus limites normativos não são claros, como já deixamos antever. Seria possível, por exemplo, sustentar uma interpretação, quem sabe, eclética para a cláusula, no sentido de que a exigência de procedimento, como pressuposto da tomada de decisões estatais jurisdicionais, administrativas ou legislativas, significaria expressão disciplinar do devido processo legal procedimental, e não substancial? Afinal, se “processo”, nesta perspectiva hipotética, é a ferramenta utilizável por todo órgão detentor de soberania, o “devido processo” remanesce como garantia (direito-meio, mero instrumento) e jamais como direito fundamental material, (direito fim ou um fim em si mesmo). Talvez, apenas sob esta ótica um pouco mais larga de instrumento, possamos aproximar os conceitos de processo judicial, processo administrativo e processo legislativo para colocá-los todos sob o manto inspirador do devido processo legal (ou “devido procedimento

legal”). São considerações que merecem reflexões, mas, de qualquer forma, reflexões sempre difíceis.

E quanto à autonomia regulamentar da cláusula numa perspectiva estritamente processual, vale dizer, normatividade que paire acima dos princípios constitucionais do processo explicitamente reconhecidos? Existe tal autonomia à luz da premissa de que há um devido processo legal substancial? E se se partir da premissa de que não há devido processo substancial? Eis aí uma pequena mostra das dificuldades com que se depara o investigador da dimensão jurídica do devido processo legal no Brasil.

Um outro aspecto importante que merece consideração no que diz respeito à dúvida sobre a aplicabilidade do princípio do *due process of law*, na sua dimensão substancial, repousa no fato de que poucas são as constituições estrangeiras que prevêm de forma expressa a garantia, limitando-se a maioria delas a estabelecer normas fundamentais de caráter estritamente processual, nas quais a doutrina acaba vislumbrando a configuração do devido processo legal procedimental. Por outro lado, algumas constituições, hoje, prevêm explicitamente a garantia, mas nem por isso a cláusula é interpretada sob o ângulo substancial, como fazem os norte-americanos. A pergunta que, então, permanece no ar, em face de um quadro assim desenhado pelas muitas constituições que se dispuseram a reconhecer o devido processo legal ao redor do mundo, é esta: cabe realmente sustentar diante da nossa Constituição brasileira, tão rica, minuciosa e detalhista em termos de direitos fundamentais, diante do sistema da *civil law* no qual nos encontramos imersos, a existência de um devido processo legal substancial com a dimensão que lhe é dada pela Suprema Corte norte-americana? Não deveríamos buscar no devido processo legal apenas a garantia do procedimento como elemento indispensável à legitimação do exercício da soberania estatal e como elemento indissociável do próprio Estado de Direito? Nesta perspectiva, não seria mais exato abandonarmos a idéia de “razoabilidade das leis” para concebermos um *procedural due process* que se expande e alcança os domínios do direito administrativo, sob a forma da exigência permanente do devido processo administrativo, mas sem o colorido metajurídico da razoabilidade que faz ou pode fazer do Judiciário mais uma instância de governo? Não estariam certos os alemães que reconhecem o devido processo legal apenas na dimensão procedimental e que encontram a razoabilidade e a proporcionalidade (como princípios de interpretação para as hipóteses de colisão de direitos fundamentais), nos meandros normativos dos próprios textos constitucionais? Não deveríamos nós nos ocupar da vertente processual do princípio, para compreendê-lo com profundidade em seus múltiplos aspectos e facetas, ao invés de ficarmos forçando uma interpretação substancial que não cabe? Não poderíamos construir,

172 com uma visão de base adequada ao sistema da *civil law*, uma interpretação formal, compreendida a palavra “processo” (do inciso LIV, do art. 5º) num sentido mais amplo para abarcar o “processo administrativo” *lato sensu* ou mesmo o “processo legislativo”, mas sempre numa perspectiva procedimental e não substancial? Será que a razoabilidade não é apenas mais um aspecto normativo do *procedural due process* voltado à construção de procedimentos administrativos e legislativos intrinsecamente razoáveis, sem qualquer conotação material?

Eis o vasto campo de investigação que se coloca frente aos olhos dos constitucionalistas, processualistas e dos teóricos do Direito.