

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Moacir Lima Magalhães*

MAGALHÃES, M.L. O devido processo legal e os direitos fundamentais. Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. Vol. 9, n. 1, p. 179-188, jan./jun., 2006.

RESUMO: Trata-se de analisar a importância do princípio do devido processo legal, bem como sua evolução a par com a evolução do princípio da legalidade e do próprio Estado de direito. Desde sua mais antiga concepção, na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, até sua evolução ao conceito moderno de princípio, quando já se fala em legalidade substancial e devido processo legal substancial. Já tendo sido concebido como uma garantia dos nobres contra os abusos da Coroa, sustenta-se, hoje, como uma garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Impõe-se falar de seu desenvolvimento histórico, figurando na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o papel que desempenhou no Estado de Direito, sua relação com o positivismo clássico e sua presença na Constituição Federal Brasileira de 1988. Fala-se também do importante papel da Teoria Crítica do Direito na pesquisa científica pela construção do princípio da legalidade substancial, no surgimento de novas categorias de direito e na luta pela realização dos direitos fundamentais e pela efetividade do processo.

Também se aborda as relações do princípio do devido processo legal com a atual crise do Direito e do Estado Democrático de Direito. Crise produzida pelos interesses dos grupos hegemônicos em revezamento no poder, conduzindo a um confronto pela procura de legitimidade do Estado Democrático de Direito perante a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal; efetividade do processo; princípio da legalidade substancial; direitos fundamentais.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar o princípio do devido processo legal e elege como problema a sua realização prática na efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, é necessária a análise conjunta do princípio da legalidade, por ser este princípio que tradicionalmente tem orientado a atividade

* O autor é mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR.

da administração pública, dos órgãos da jurisdição e dos operadores do direito em geral.

O direito não tem um fim em si mesmo. Existe para ordenar a vida em sociedade, bem como para proporcionar segurança às relações da sociedade com o Estado e dos indivíduos entre si, sendo utilizado ora como instrumento de legitimação da ordem econômica, ora como instrumento de transformação social. Em ambos os casos a lei escrita desempenha papel fundamental na medida em que impõe aos indivíduos proibições, deveres e abstenções, como também lhes confere direitos.

O princípio da legalidade, cuja base conceitual está no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que diz: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, firmou-se através dos tempos como a base de todo ato estatal e como elemento de disciplina das relações patrimoniais e sociais em geral. Este princípio tem significado político na medida em que se revela uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite.

Ocorre, porém, que a noção de justiça possui algo de subjetivo. O justo para um pode não ser para outro. Já a noção de legalidade está condicionada à atividade hermenêutica, porque a simples consulta dos textos legais é insuficiente para traduzir toda a diversidade fática que emana da realidade concreta da vida social. Daí resulta que a legalidade levada aos seus extremos pelos institutos da dogmática jurídica, pode se distanciar do ideal de justiça. É que o excesso de formalidade gera a morosidade do processo acarretando atraso na entrega da prestação jurisdicional, a ineficiência das técnicas procedimentais e a conseqüente inefetividade do processo.

Eis a importância da atividade hermenêutica, pesquisando a conformidade da lei à realidade social concreta e dando caráter substancial ao processo, bem como ao princípio da legalidade, fazendo prevalecer os princípios de justiça e os direitos fundamentais, sustentados pelo Estado Constitucional, numa época em que a diversidade social cria novas categorias de direito e transforma o fenômeno jurídico com o surgimento de leis especiais extravagantes que assumem significância semelhante ao direito codificado.

Trata-se de tema atual em razão das recentes reformas de que tem sido objeto o Código de Processo Civil brasileiro. É também um tema relevante, pois a superação da morosidade na entrega da prestação jurisdicional se traduz na efetividade do processo, com reflexos na ordem social e econômica, propiciando ao Estado Democrático de Direito o atendimento dos direitos e das garantias fundamentais.

2. Histórico e evolução do princípio devido processo legal

As origens do princípio remontam a “Magna Charta Libertatum” de João Sem Terra, em 1215, sob a expressão “law of the land”. É que a Carta Magna era um instrumento de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, mas elaborada sob a égide de uma ideologia reacionária. Inicialmente foi concebido sob um aspecto eminentemente processual, pois significava uma garantia de natureza processual penal.

Também, a Declaração Universal dos Direitos do Homem garante, em seu artigo XI, nº 1 que: “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (GOMES, 2000, p. 361).

Este princípio foi contemplado nas constituições de alguns estados americanos antes mesmo da Constituição Federal americana de 1787.

Na fase inicial do Estado moderno, o chamado Estado de Polícia, que primou pelo maior controle da vida e das atividades dos cidadãos, restringiu a discricionariedade do agente público porque também se submeteu a uma vinculação à lei, posto que a administração pública devia obedecer aos limites do poder de polícia, sob a apreciação dos tribunais.

Isto representou um avanço, pois possibilitou o controle judicial de atos arbitrários e injustos por parte dos agentes do Estado, que não obstante guardem a pretensão de satisfazer o interesse público pode manifestar-se, na sua forma, por uma arbitrariedade. Mesmo assim, havia uma discricionariedade vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial.

Com o advento do Estado de Direito, “forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito” (CANOTILHO, 1999, p. 11), sobressaíram-se os princípios da legalidade, da igualdade e da separação dos poderes, ambos voltados para uma proteção dos direitos individuais, especialmente a liberdade e a propriedade. Até então predominava a idéia da vontade do rei como fonte do direito; com o Estado de Direito surge o conceito de lei como uma resultante da vontade geral e elaborada pelo parlamento.

São duas as idéias principais que servem de base para os princípios da legalidade e do devido processo legal. A primeira é a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo e a segunda é a doutrina da separação dos poderes, pela qual só o Poder Legislativo pode editar leis, sendo-lhe vedado delegar este poder, a não ser em casos excepcionais, previstos na Constituição Federal. Observe-se que aqui o devido processo legal já pauta o processo de elaboração das leis.

Já no período do Estado social de direito, sob a influência de Kelsen e do positivismo, o princípio da legalidade ganhou um sentido novo, significando que a administração só pode fazer o que a lei permite. Trata-se de uma vinculação positiva tomando o lugar da vinculação negativa anteriormente vigente.

No Estado Democrático de Direito que “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito” (CANOTILHO, 2003, p. 93), o princípio da legalidade alcança o seu apogeu, contemplado na Constituição Federal e articulando-se com a participação popular no escopo da realização do ideal de justiça material. É, então, chegado o momento em que o princípio da legalidade deve servir mais a uma ordem jurídica socialmente justa e libertadora do que a racionalidade como elemento justificador e legitimador de uma ordem jurídica sancionadora da dominação político-econômica.

3. A nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade

A sociedade de massas criou categorias econômicas e sociais diferenciadas, fazendo surgir novos direitos e a categoria das chamadas leis especiais. Também as fontes de produção do direito foram se ampliando, sendo que a doutrina e a jurisprudência passam a assumir uma importância maior. Mas a lei elaborada pelo parlamento já não é aquela entidade geral e abstrata concebida ao tempo do positivismo clássico. Hoje, ela concentra uma carga de valores e interesses resultados do embate político entre os grupos hegemônicos, o que muitas vezes a torna inapta a ser aplicada como norma geral e abstrata à maioria da população. O que se vê é que a lei já não tem aquele caráter de generalidade e imparcialidade próprio dos atos estatais. “Por conseqüência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico” (MARINONI, 2005, p. 24).

No Estado Democrático de Direito, a elaboração da lei está subordinada à Constituição Federal, mas não é só do ponto de vista do processo legislativo, ou seja, não se trata só de legalidade formal. Há também uma concepção de legalidade substancial que deve obedecer aos princípios constitucionais de justiça e de dignidade da pessoa humana, nas relações do mercado, do capital e do patrimônio com os direitos sociais e os direitos fundamentais. Assim, a subordinação material da lei à Constituição Federal “significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição” (MARINONI, 2005, p. 26).

No Estado Constitucional, compreendido como aquele em que as normas constitucionais têm plena eficácia normativa e supremacia sobre a

legislação ordinária, os princípios de justiça e os direitos fundamentais assumem um caráter normativo, resgatando a importância da atividade hermenêutica. Assim, a normatização estará cada vez menos presente nos Códigos, em razão do pluralismo da sociedade contemporânea, e cada vez mais afeta aos processos autônomos de regulação social. “O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma compreensão ou cristalização da norma adequada, que também pode ser vista como conformação da lei” (MARINONI, 2005, p. 26).

4. O devido processo legal

A legalidade, definida pela presença da lei a reger todos os atos e relações do Estado com o indivíduo e a sociedade, no processo civil se manifesta através do princípio do devido processo legal, que constitui “gênero do qual são espécies todos os outros princípios constitucionais do processo” (NERY, 1999, p. 31).

A garantia do devido processo legal, expressa no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação dos processos em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e a garantia da fundamentação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, inc. IX).

O princípio do devido processo legal manifesta-se em três sentidos: sentido genérico, sentido material e sentido processual.

Em sentido genérico tutela a vida, a liberdade e a propriedade, conforme diz a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. “A Suprema Corte americana, no julgamento de casos concretos tem considerado a extensão da privacidade ao conceito de direito de liberdade” (NERY, 1999, p. 34).

Em sentido material ou substancial, tutela os direitos materiais por meio de processo judicial ou administrativo com todas as garantias constitucionais e impõe limites ao poder de polícia da administração e o controle de seus atos. Dele decorre a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se esta tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Neste sentido material, manifesta-se também o direito administrativo, onde a administração só pode agir positivamente, isto é, quando lhe é permitido por lei. Os limites do poder de polícia da administração também são controlados pelo devido processo legal. Ainda, com a evolução da sociedade e do direito, a

doutrina e a jurisprudência ampliaram, através dos tempos, o conceito do devido processo legal substancial, dando-lhe uma interpretação mais elástica, para prover maior garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em sentido processual tem por escopo garantir o efetivo acesso à justiça e assegurar a manifestação da igualdade das partes, a garantia do direito de ação, o direito de defesa e contraditório. “A Suprema Corte americana considera como justificadores da cláusula constitucional do devido processo legal, os princípios fundamentais de liberdade e justiça” (NERY, 1999. p. 40).

Modernamente a idéia do devido processo legal está associada à idéia de um processo justo. Daí a razão de a Constituição Federal estabelecer os princípios e as garantias acima referidos para assegurar a observância do devido processo legal. Mas as classes dominantes não têm interesse numa reforma processual que modifique os privilégios, a relação entre capital e trabalho e que modifique as regras e os institutos processuais referentes ao patrimônio em geral e ao direito de propriedade. Isso interfere na efetividade do processo, pois ora dificulta, ora impede o uso e gozo de direitos subjetivos por parte daquele imenso contingente populacional que não detêm poder econômico. Sob este aspecto, a Teoria Crítica do Direito adverte que “um estudo mais minudente dos pressupostos ideológicos da dogmática processual revela que a instituição que recebe o “nomen juris” de processo é na verdade um instrumento a mais de dominação” (COELHO, 2003, p. 545).

O processo civil, na ótica da teoria crítica do direito é uma “relação jurídico-social, envolvendo pessoas de diferentes classes sociais e origens, cuja função é promover a circulação e distribuição de rendas e bens de consumo” (PAULA, 1999, p. 104). Daí decorre que o devido processo legal substancial se realiza na medida em que a efetividade do processo, propicia a concretização dos direitos materiais e sociais sob o referencial dos direitos e garantias fundamentais propostos pela Constituição Federal.

5. A efetividade do processo

Sabe-se que em determinado momento histórico o Estado tomou para si o monopólio da força e da jurisdição, em substituição a autotutela que era o sistema primitivo de solução de conflitos. Sabe-se, também, que o processo passou por formas arcaicas de atividade instrutória como foram as ordálias e formas autoritárias como foram os tribunais da inquisição.

Mas os direitos fundamentais floresceram. E com eles, a principiologia processual constitucional. De tal maneira que hoje, com o aparato dos códigos e das leis esparsas, bem como a estrutura do poder judiciário, não pode o Estado

se desvencilhar do dever de responder em tempo hábil à demanda pela prestação jurisdicional.

A sociedade urbana de massas, a tecnologia e o ritmo de vida moderna podem ser elementos complicadores da atividade jurisdicional. Mas nem por isso pode o Estado negligenciar o dever de acompanhar a evolução da sociedade na prestação dos seus serviços, especialmente quando se trata da distribuição da justiça. Trata-se de exigência adequada porque, para estes fins, o Estado tributa e desenvolve ação política e ideológica de manutenção de sua legitimidade. Neste sentido, “a jurisdição apresenta-se como serviço público prestado pelo Estado à sociedade, e como tal, deve permanecer a cargo do Estado” (PAULA, 1999, p. 190).

O Estado Democrático de Direito “consiste na criação de um conceito novo, que leva em conta Estado de Direito e Democracia, mas o supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do “status quo” em que o elemento “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica” (SILVA, 2001, p. 123).

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, adotado no artigo 1º e regido pelos objetivos do artigo 3º da Constituição Federal, se depara com grande questão política, pois enquanto a ordem jurídica privilegiar o capital em detrimento do trabalho, as fórmulas processuais estarão sempre a permitir uma válvula de escape em favor do capital, o que agrava a crise de legitimidade do Estado por não ser capaz de atender às exigências do pacto social, já que o povo, detentor do poder soberano, está excluído do acesso à justiça. Tal fato ocorre em razão da dominação que exercem os grupos hegemônicos, com maior poder de barganha sobre o resto da sociedade.

A democracia pressupõe uma igualdade maior em que o acesso à justiça e a efetividade do processo sejam iguais para todas as classes sociais, independente do poder aquisitivo. O Estado deve contar com juízes em quantidade suficiente para atender à demanda pela prestação jurisdicional, bem como prover a melhor sistematização dos institutos processuais adaptando-os à evolução da sociedade. Isso, porém não tem sido feito. É por isso que “a necessidade de tutelas rápidas e imediatas apareceu, com certeza, para remediar a ineficiência do procedimento ordinário e da própria administração da justiça” (MARINONI, 1994, p. 66).

A Constituição Federal já lança as bases de uma reformulação democrática e popular do sistema processual e de outros setores, como o caso dos direitos sociais, sendo complementada pela legislação esparsa. Basta que se abandone a postura comodista e formalista para induzir-se a realização material das normas constitucionais, especialmente o artigo 1º, inciso III, que consagra a

“dignidade da pessoa humana” o artigo 3º, inciso I, onde se pretende “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, o artigo 4º, inciso II, onde fala da “prevalência dos direitos humanos e o artigo 5º, que estabelece os mandamentos substanciais dos direitos fundamentais e garantias individuais, bem como os direitos sociais presentes em todo o texto constitucional e inspirando a sua principiologia”.

6. Conclusão

Com a utilização do método histórico, desenvolveu-se o estudo do surgimento e evolução do princípio do devido processo legal ao lado do princípio da legalidade e com o desenvolvimento do Estado através dos tempos. Relatou-se o histórico normativo referente a estes dois princípios.

Viu-se a importância dos diplomas internacionais dos direitos humanos na gestação dos direitos do réu e seu reflexo na construção dos sistemas processuais contemporâneos, traduzindo e redesenhando sempre a perspectiva do devido processo legal.

Viu-se que com o desenvolvimento do aparato do Estado moderno e com a evolução da sociedade e da política, os grupos hegemônicos tomaram conta do poder político, cultivando modelos econômicos excludentes, sancionados por uma ordem jurídica que afastou o povo dos centros de decisões políticas e do acesso à justiça, gerando uma crise de legitimidade de Estado. Nesta crise de legitimidade a efetividade do processo naufragou e o devido processo legal não pôde se realizar plenamente. Então a efetividade do processo tornou-se uma questão social.

Neste contexto, é de se posicionar favoravelmente às idéias inovadoras da Teoria Crítica do Direito, especialmente no que diz respeito à nova natureza do processo civil como relação jurídico-social, ao devido processo legal substancial, ao novo conceito de legalidade, especialmente no que diz respeito ao controle da lei, sob a primazia dos princípios de justiça, e à concretização dos direitos fundamentais, seguindo-se os mandamentos constitucionais.

Finalmente, foi dito que cumpre ao Estado Democrático de Direito, erigir-se como tal e recuperar-se da crise de legitimidade, fazendo valer o pacto social, através da realização político-social dos mandamentos constitucionais, com reflexos em todos os setores da vida nacional, especialmente no direito de ação e na efetividade processual, com vistas a resgatar o papel social da jurisdição.

7. Referências

- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COELHO, L. F. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2003.
- GOMES, L. F.; PIOVESAN, F. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, L. G. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.
- _____. **A jurisdição no estado contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NERY, N. J. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PAULA, J. L. M. de. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED, 1999.
- SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUE PROCESS OF LAW AND THE HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The works analyzes the importance of the principle of due process of law as well its evolution together with the evolution of legality principle and the principle of the State of Right. Since its most ancient conception, in the Magna Carta of John without Land, in 1215, until its evolution to modern concept of principle, when it already speaks about substantial legality and substantial due process of law. Being already conceived like a guarantee of nobles against the abuses of crown, it is nowadays a guarantee of the fundamental rights of the citizens. The work imposes to talk about its historical development appeared in the Universal Declaration of citizens' rights, the function that this principle had been realized in the State of Right, its relation with classic positivism and its presence in the Brazilian Constitution of 1988. It speaks as well about the important function of the Critic Theory of Right in the scientific research for the construction of the substantial legality principle, in the new categories of rights appearance and in the struggle for the accomplishment of the fundamental rights and for the effectiveness of the process. It also approaches the relationship of the principle of due process of law with the present crisis of Right and the Democratic State of Right. Crisis produced by the interest of hegemonic groups

taking turns in the power, conducting to the confront for the search for legitimacy of Democratic State of Right towards to society.

KEY WORDS: Due process of law. Effectiveness of the Process. Principle of legality. Fundamental rights.

Artigo recebido para publicação: 17/02/2006
Received for publication on February 17 2006
Artigo aceito para publicação: 28/05/2006
Accepted for publication on May 28 2006