

# JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

Nº 83 JUNHO

Edição 83 - Junho de 2007

98713071779001

0 0083

R\$ 16,90

ISSN 1807-279X

# 8

# anos

## EM DEFESA DAS INSTITUIÇÕES

# DEVIDO PROCESSO LEGAL: A INSERÇÃO NO BRASIL

Roberto Rosas

Professor de Direito da UNB

“DESDE 1824, TODAS AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS OCUPARAM-SE COM AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIIS, MAS SEM ÊNFASES ÀS GARANTIAS CIVIS.”

Celso Bastos foi um grande sistematizador do Direito Constitucional Brasileiro. Sua obra é densa e incomparável desde seus cursos até os Comentários à Constituição de 1988, passando pelos inúmeros pareceres – sempre pautou-se em linguagem objetiva e moderna – na demonstração de um direito brasileiro para os brasileiros, e não simplesmente preocupado com o direito estrangeiro, como amparo às regras brasileiras. A criação e manutenção do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, fundado em 1979, e sua Revista. Como seu Presidente, durante dez anos, acompanhei amplamente sua atuação como Diretor Geral, com o total comando das atividades administrativas, financeiras e culturais, e na realização de 23 Congressos Brasileiros de Direito Constitucional.

Notabilizou-se nos direitos e garantias, com ênfase ao devido processo legal, por isso, esta memória histórica de lembrança dos primórdios e pioneiros introdutores dessa cláusula no direito brasileiro.

A partir da Constituição de 1988, surgiram as aplicações do devido processo legal por força do dispositivo constitucional (art. 5º, LIV) tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e até na legislação (Estatuto da Criança). Entretanto, é importante olhar os passos anteriores na falta de norma constitucional específica sobre o assunto.

A Constituição de 1824 apenas tracejou o devido processo legal quando assegurou as garantias no processo (art. 179), aliás asseguradas sempre até a Constituição de 1988, ainda que a V

Emenda à Constituição americana (1791) já existisse quando promulgada a nossa imperial. Explica-se tal ausência, porque o direito imperial sempre foi forte com a influência francesa, somente abrandada na Constituição de 1891, com a busca do estado federativo e o modelo judicial americano. Na Carta de 1891, assegurava-se a plena defesa, no processo criminal, com recursos e meios essenciais a ela, e proibição de prisão sem prévia formação de culpa (art. 72, § 14). Vítor Nunes Leal traz apropriada explicação: “nunca incorporamos à nossa doutrina e à nossa jurisprudência as conseqüências que a *construction* da Corte Suprema tem extraído da larguíssima cláusula *due process of law*. Sempre fomos menos judiciaristas no tocante à atividade da administração pública, como se pode ver, entre muitos exemplos, da inteligência restritiva que nossos tribunais costumam dar...” (Problemas de Direito Público, pg. 290).

A partir da criação do Estado brasileiro, formalmente com a Constituição de 1824, esta não serve de exemplo para a pesquisa de avultado instituto como o devido processo legal, mesmo porque nem nos Estados Unidos, o direito e a jurisprudência tratavam do tema, ênfase dada já ao início do século XX. A Carta de 1824 padecia da estrutura peculiar concentradora do poder do monarca, no exercício absoluto do Poder Moderado. Como observa Paulo Bonavides, esse poder pessoal ignorava os cânones expressos do texto básico (História Constitucional do Brasil, 1989, pg. 7).

Na doutrina tradicional, João Mendes Júnior aproximou-se do devido processo legal, para quem o processo era meio

para a segurança constitucional dos direitos, marcado de forma adequada para não haver ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos. Essa orientação era feita segundo princípios filosóficos, concretizados no processo pleno ou ordinário, com atos imprescindíveis ao procedimento ordinário, chegando-se à efetiva segurança constitucional dos direitos (João Mendes Júnior – Direito Judiciário Brasileiro, 4ª ed., 1954, pg. 197).

Desde 1824, todas as Constituições brasileiras ocuparam-se com as garantias processuais penais, mas sem ênfases às garantias civis.

Serviu de consolo aos juristas a observação sempre constante e sintetizada por Castro Nunes da falta do princípio do devido processo legal, mas atendido por outros princípios constitucionais inseridos já na Constituição de 1891 (art. 72): direito à vida (abolida a pena de morte), à liberdade, à propriedade, e especialmente o art. 78 (1891) – “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.” Aí arrematou Castro Nunes – equivalem, por construção jurisprudencial, à cláusula americana *due process of law* (Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, pg. 617, nota 21).

Lúcio Bittencourt afirmou a presença do *due process of law* no direito brasileiro. Se o regime constitucional brasileiro buscou, no americano, sua diretriz, e a incorporação de garantias fundamentais, elas estão protegidas no direito brasileiro segundo o devido processo legal. (C.A. Lúcio Bittencourt – O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 1997, pg. 90).

José Frederico Marques provou a vigência do *due process of law* no direito brasileiro, segundo dispositivo constitucional da época, e, portanto, ninguém seria privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal. (José Frederico Marques – A garantia do *due process of law* no direito tributário – Revista de Direito Público, nº 5, pg. 28, 1968).

Com a Constituição de 1946, surgiu nova esperança democrática e abertura após significativo período dilatório. Refletiu-se, então, nessa carta de grande projeção política e institucional, enfeixada já no art. 141, § 4º, a tutela do direito ao processo, o Juiz natural para a garantia da reparação

da lesão sem qualquer diminuição ou subtração do seu acesso. Tal direito à tutela jurisdicional foi repetido nas cartas posteriores (1967 – art. 150, § 4º e 1969 – art. 153, § 4º).

Como a Carta de 1946 foi a luz institucional depois das trevas ditatoriais, a Carta de 1967 teve o mesmo destino, como representação de mais uma abertura, mas continuam a tutela jurisdicional penal sem grandes esforços com a tutela civil, pelo menos expressamente, apenas o princípio do juiz natural, e do direito de ação faltando o princípio da legalidade. No entanto, como herança de 1891, acertava-se a inserção de outros direitos e garantias além daqueles nominados na Carta inerentes do regime democrático e dentre eles está o princípio da legalidade. Portanto, enfeixaram-se os grandes princípios formadores do devido processo legal.

Assinale-se o pioneirismo dos doutrinadores após 1967 e 1969.





Santiago Dantas elaborou profundo estudo sobre a aproximação do *due process of law* entre sistema americano e brasileiro, especialmente na aplicação da isonomia, segundo a lei (F.C. de San Tiago Dantas – Igualdade perante a lei e *due process of law* – Problemas de Direito Positivo, Forense, 1953, pg. 35). Após acentuação, a característica do império da lei, afirma: “O Poder Legislativo, em tal regime, não escapa à limitação constitucional, e os atos que pratica, embora tenham sempre forma de lei, nem sempre são leis, por lhes faltarem requisitos substanciais, deduzidos da própria Constituição. Esses requisitos se deduzem de um princípio, que é o centro fiscal do regime jurídico político: o princípio da igualdade. Graças a ele, podemos atingir, no direito constitucional brasileiro, nos Estados Unidos, a Corte Suprema construiu, partindo do *due process of law* (Santiago, pg. 63).”

Em 1986, Antônio Roberto Sampaio Dória tratou da aplicação do *due process of law* no Direito Tributário, indicando postulados cardiais da tributação (limitação da competência tributária, igualdade perante os tributos, vedação de tributos impeditivos de atividades lícitas, proibição de tributos confiscatórios) (A.R. Sampaio Dória – Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*, Forense, 1986). Destaque-se a aplicação do devido processual substancial.

Em 1973, Ada Pellegrini Grinover publicou importante trabalho sobre o devido processo legal, com ênfase no processual. (As garantias constitucionais de direito de ação, RT).

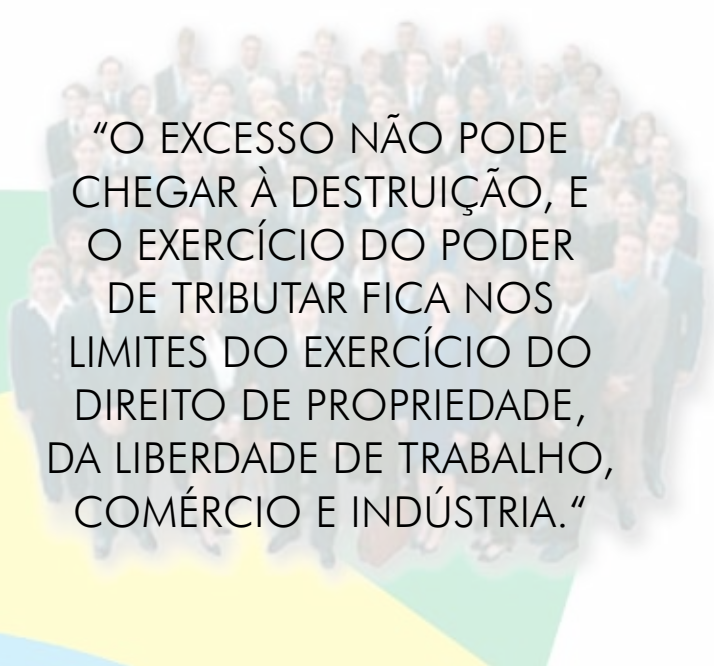
Também de assinalar-se o estudo de Humberto Theodoro Jr. (1987) – A execução de sentença e a garantia do devido processo legal (Ed. AIDE).

A jurisprudência enunciou expressamente o devido processo legal antes de 1988. Como se vê em acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos. (AMS 78673 – Rel. Min. Carlos Velloso – Rev. TFR 56/218; Ag. MS 87679 – D.J. 25.6.1981, pg. 6264).

Na Constituinte de 1987, o devido processo legal veio forte por sugestão do então Ministro do TFR Carlos Mário Velloso ao Deputado Michel Temer, que levou ao debate, passando pelas várias fases legislativas e redacionais até se converter no texto do art. 5º, LIV – “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Carlos Roberto de Siqueira Castro – O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil – Forense, 1989, pg. 376).

O exame histórico anterior a 1988 tem grande significado, porque se a Suprema Corte americana, desde o início do século XX, debateu o *due process of law*, não só o processual, mas, principalmente, o substancial, explica-se o grande silêncio introdutório do instituto no Brasil. Ainda que a Carta de 1891 fosse fundada no direito constitucional americano, os doutrinadores não tinham interesse no direito americano, e sim no direito francês e italiano, à exceção de Rui Barbosa, grande iniciador da temática americana jurídica no Brasil, principalmente a doutrina de John Marshall.

Na jurisprudência clássica sobre o poder de tributar, há famoso acórdão do STF, relatado por Orosimbo Nonato,



“O EXCESSO NÃO PODE CHEGAR À DESTRUIÇÃO, E O EXERCÍCIO DO PODER DE TRIBUTAR FICA NOS LIMITES DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, DA LIBERDADE DE TRABALHO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA.”

onde se entrevê o devido processo legal (substancial) na aplicação da proporcionalidade em relação à tributação. O excesso não pode chegar à destruição, e o exercício do poder de tributar fica nos limites do exercício do direito de propriedade, da liberdade de trabalho, comércio e indústria. No caso concreto, a municipalidade aumentou tributo desmesuradamente, tornando impossível a utilização de um serviço (RE 18331, julgado em 1951 – RF 145/164), o que levou a Corte Suprema a considerar: “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornou compatível com a liberdade de trabalho, do comércio e de indústria e com o direito de propriedade”.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal (1968) considerou sem proporcionalidade a suspensão do exercício da profissão àquele que preso em flagrante delito ou com denúncia recebida, em razão de enquadramento na Lei de Segurança Nacional (HC 45232).

Ao julgar a constitucionalidade de lei que exigia requisitos para o exercício de uma profissão para a qual não há capacidade técnica, e estabelecia o registro em conselho de classe (corretor de imóveis), considerou a falta de razoabilidade: “A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de política” (Voto do Min. Rodrigues Alckimin, Repres. n.º 930 (1976)).

Ao tratar da elevação de taxa judiciária, o Supremo Tribunal considerou o excessivo aumento como não proporcional ao serviço oferecido (Repres. 1077 (1984)).

Aqui estão lembranças dos períodos anteriores à Constituição de 1988, porque esta deu importância ao devido processo legal e, a partir dali, consagrou-se não somente o processual mas também o devido processo substancial, fundo na proporcionalidade e razoabilidade.