

## **Devido processo legal: requisito de validade processual**

### *Due process of law: requirement of process validity*

Thales Francisco Amaral Cabral<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo analisar, a partir de três acepções lógico-jurídicas sobre processo, o papel do devido processo legal como requisito de validade processual. Para isso, o conceito de processo será apreciado segundo as perspectivas da teoria normativa de Kelsen e da teoria do fato jurídico. Ademais, os variados significados atribuídos à expressão devido processo legal serão investigados, atentando-se, especialmente, para a formação da sua dimensão substancial.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo. devido processo legal. validade. direitos fundamentais

**ABSTRACT:** This paper has for objective to analyze, starting from three logical-legal meanings on the process, the role of due process of law as a requirement of process validity. For this, the concept of process will be appreciated according to the perspectives of normative theory of Kelsen's and the theory of juridic fact. Besides, the various meanings attributed to the term due process will be investigated, paying attention, especially to the formation of the substantitive due process.

**KEYWORDS:** *process. due process of law. validity. fundamental rights*

**SUMÁRIO:** 1- Introdução; 2- Processo em três acepções; 3- Devido processo legal. Inexistência de um sentido estático. Tendência de expansão; 4- As dimensões do devido processo legal; 5- A validade processual; 6- Conclusão; Referências

### **1- Introdução**

O conceito de processo desperta profundo debate na Ciência Jurídica há muito tempo, constituindo, ademais, marco fundamental para o desenvolvimento do Direito Processual, extrato daquela ciência.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela UFAL. Maceió/AL – Brasil. Email: amaralthales@yahoo.com.br.

A finalidade deste ensaio é, partindo de três acepções lógico-jurídicas sobre processo, analisar a atuação do devido processo legal como requisito de validade do processo, conformando-o aos direitos fundamentais.

Convém observar que, em nenhuma das acepções que serão utilizadas, há vinculação do processo à atividade do Poder Judiciário, estando sim, enquanto conceito lógico-jurídico, relacionado ao exercício do poder estatal em qualquer uma de suas funções ou, certas hipóteses, ao exercício do poder nas relações jurídicas entre particulares.

Deste modo, a análise, aqui, não se dirige exclusivamente ao processo jurisdicional, mas também ao processo administrativo, ao processo legislativo e ao processo negocial.

## **2- Processo em três acepções**

Na dimensão formal-normativa, o direito corresponde ao sistema de normas jurídicas positivadas em determinado Estado. Sob este prisma, muito embora necessário à convivência de qualquer sociedade, o direito tem um conteúdo diferente de acordo com o lugar e o período, isto é, de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Acontece que, mesmo diante da variação do conteúdo entre os diversos ordenamentos jurídicos, existem alguns conceitos com pretensão de “validade constante e permanente, sem vinculação com as alterações do Direito Positivo” (CARVALHO, 2007, p. 76). São os conceitos lógico-jurídicos (TERÁN, 1998, p. 79), cujo conteúdo não é modificado em função das particularidades das diversas realidades normativas vigentes.

Fundamentais à compreensão do fenômeno jurídico em qualquer lugar e qualquer tempo, os conceitos lógico-jurídicos representam verdadeira condição de possibilidade tanto do direito positivo quanto da Ciência Jurídica (VILANOVA, 2000, p. 238/239).

Quando concatenados em torno de um determinado objeto singular do fenômeno jurídico, o conjunto de conceitos lógico-jurídicos constitui a estrutura básica de um subdomínio do direito positivo, tal como o direito constitucional, ou de uma teoria geral

individual, que consiste no sistema de proposições destinadas à organização do conhecimento sobre um determinado objeto (DIDIER, 2013, p. 38).

Dentre os conceitos lógico-jurídicos que formam a base de um subdomínio do direito positivo ou de uma teoria geral individual, existe um conceito lógico-jurídico primário que se destaca, na medida em que, além de fundamentar os demais conceitos, delimita o próprio campo de atuação da ciência (VILANOVA, 2003, p. 10).

No âmbito da Ciência Processual, extrato da Ciência Jurídica, o processo representa o conceito lógico-jurídico primário a partir do qual se articulam os demais conceitos lógico-jurídicos processuais e também os conceitos jurídico-positivos, que são aqueles elaborados “após o conhecimento de um determinado Direito Positivo” (BORGES, 1999, p. 83). Daí se entrevê que a delimitação precisa da noção de processo é fundamental para o desenvolvimento da Ciência Processual.

Como leciona Fredie Didier Jr.(2013, p. 63), é possível compreender o processo como “método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica”.

Na perspectiva normativa, parte-se da premissa segundo a qual o direito, além de regular a conduta das pessoas nas suas relações intersubjetivas, disciplina a produção normativa pelos órgãos competentes, os quais, por sinal, são competentes em função de outras normas (IVO, 2006, p.XXVI).

Assim, estando o ato de criação do direito regulado pelo próprio sistema jurídico, a produção de uma nova norma implica, necessariamente, na aplicação de outra norma que tenha por objeto regular o ato de criação do direito, ou seja, uma norma de estrutura (BOBBIO, 1995, p. 45).

Tal dedução, segundo Jose Souto Maior Borges, deve ser atribuída a Hans Kelsen que, por meio da Teoria Pura do Direito, introduz uma inovadora visão do processo de aplicação do Direito, afirmando que a criação e a formação são momentos de um fenômeno único e contínuo (BORGES, 1999, p. 107). De fato, afirma Hans Kelsen:

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite - a pressuposição da

norma fundamental e a execução do ato coercivo - entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior (KELSEN, 2012, p. 260/261).

E neste caminho contínuo da norma superior para a norma inferior, no qual convergem aplicação e criação, o direito é concretizado, com a paulatina redução da generalidade e abstração normativa.

A concretização do direito, por sinal, é indispensável para que conteúdo deôntico das normas gerais e abstratas seja comunicado ao destinatário final. Isso porque as normas gerais e abstratas não ferem diretamente as condutas intersubjetivas, mas apenas indiretamente através de uma norma individual e concreta (CARVALHO, 2011, p. 168). Dessarte, a norma constitucional, mesmo que dispense outra norma plasmada na legislação para surtir efeitos, dependerá de uma norma jurídica individual e concreta para regular uma conduta intersubjetiva específica.

Ainda nas sendas do pensamento kelseniano, pode-se afirmar que a concretização do direito, em linhas gerais, se inicia com a aplicação da norma fundamental que enseja a criação da Constituição; a aplicação dessa resulta na criação de normas jurídicas gerais e abstratas através da legislação; essas, por sua vez, implicam, quando aplicadas, na criação de normas jurídicas individuais consubstanciadas em decisões judiciais ou resoluções administrativas.

Daí que, nesta perspectiva normativa, o processo corresponde ao método de concretização do direito que, a partir da aplicação de uma norma de estrutura, conduz, de forma escalonada, à produção de normas jurídicas individuais que tocam diretamente uma determinada situação jurídica.

Já sob o prisma da teoria do fato jurídico, o processo pode ser compreendido tanto como espécie de ato jurídico complexo quanto como efeito jurídico.

É que, no plano da existência dos fatos jurídicos, o processo corresponde a um ato jurídico complexo (DIDIER, 2013, p. 64), eis que o cerne do seu suporte fático é composto por uma série de atos “relacionados entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinado a certo fim” (MELLO, 2013a, p. 64). No processo legislativo, por exemplo, o ato final de publicação da lei é precedido de uma série de atos necessários à existência

daquela, tais como a iniciativa, votação parlamentar, sanção do Chefe do Poder Executivo e promulgação. Ausente um desses atos componentes do suporte fático complexo, lei não há<sup>2</sup>.

De modo que, na perspectiva do plano da existência do fato jurídico, o processo tem a feição de um procedimento, ato jurídico complexo que abrange uma seqüência de atos que, coordenadamente praticados, resultam em um ato final.

Por último, mas ainda considerando a teoria do fato jurídico, porém de acordo com o plano da eficácia, o processo equivale aos efeitos produzidos pelo fato jurídico processual.

O fato jurídico processual compreende, em sentido amplo, quaisquer “manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais” (NOGUEIRA e DIDIER, 2013, p. 33). Esse conceito, portanto, se refere a cada um dos atos que compõe o ato complexo procedimento, eis que:

há o ato-complexo procedimento, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a ideia de coletividade, conjunto de atos que podem ser estudados como unidade, assim como há cada um dos atos do procedimento (petição, inicial, citação, contestação etc), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente (NOGUEIRA e DIDIER, 2013, p. 28).

Assim como sucede no processo judicial, os processos legislativo e administrativo também são compostos por uma série de fatos jurídicos processuais que, isoladamente, podem irradiar efeitos jurídicos e não se confundem com o ato complexo consubstanciado no procedimento.

O principal efeito decorrente de um fato jurídico processual é o surgimento de relações jurídicas processuais. Como espécie do gênero relação jurídica, aquelas relações são regidas por três princípios essenciais (MELLO, 2013b, p. 190): princípio da intersubjetividade, de modo que somente se estabelecem entre, no mínimo, dois sujeitos de direito; princípio da essencialidade do objeto, eis que é indispensável algo para lhe dar sentido e realidade; e, por último, o princípio da correspectividade de direito e dever, pretensão e

---

<sup>2</sup> Excepcionalmente, a norma de estrutura da produção legislativa pode dispensar alguns dos atos condicionantes à existência da lei. À guisa de exemplo, a Constituição Federal de 1988 não exige sanção presidencial na Emendas à Constituição (artigo 60, §3º)

obrigação, ação e situação de acionado e exceção e situação de excetuado. Sobre esse último princípio essencial, forçoso trazer a lição do mestre Marcos Bernardes de Melo:

havendo relação jurídica, há, no mínimo, direito e dever correlatos, uma vez que ninguém pode ser credor (sentido de sujeito ativo) sem que haja um devedor (sentido de sujeito passivo), como é inadmissível alguém ser devedor de ninguém. É preciso que haja um crédito (no sentido de poder jurídico) para que haja um débito (sentido de submissão), portanto, um credor e um devedor. O mesmo se aplica, necessariamente, às demais categorias eficaciais (MELLO, 2013b, p. 199)

Convém advertir que, muito embora as relações jurídicas decorram de fatos jurídicos processuais, é possível atribuir o conjunto dessas relações ao próprio processo, como elucidada Fredie Didier Júnior:

Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica, que também se chamaria processo. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica complexa. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse prisma, um conjunto(feixe) de relações jurídicas (DIDIER, 2013, p. 66)

70

Ainda que sob um paradigma teórico dissociado do fato jurídico processual, a ideia de que, subjacente ao processo, existe uma relação jurídica foi fundamental para a própria autonomia do processo em relação ao direito material (MARINONI, 2012, p. 399).

Com efeito, destaca-se, na conquista da autonomia do direito processual, o livro Teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais escrita em 1868 por Oskar Bülow, posto que, assentando o processo consiste em uma relação jurídica pública, o processualista alemão fez ver a diferença do processo para direito material.

As três acepções de processo (método de produção normativa, ato jurídico complexo e relações jurídicas processuais) são plenamente compatíveis, uma vez que se referem a diferentes aspectos de um mesmo conceito:

os três conceitos apresentados relevam o que é (ato jurídico complexo), o que gera (relações jurídicas entre os sujeitos processuais) e para quê serve (produção de norma jurídica) o processo (DIDIER, 2013, p. 67)

Desta feita, estão contemplados, além da perspectiva normativa do fenômeno jurídico, o plano do ser e o plano dos efeitos, dois dos três planos que dividem o mundo jurídico.

Não havendo conflito entre esses diferentes aspectos processuais, é possível enfeixá-los em uma definição única, que pode ser assim enunciada: processo é o ato jurídico complexo que, destinado a produção normativa, gera um conjunto de relações entre os sujeitos processuais.

Perceba-se, contudo, que esta definição de processo permite que seja criada qualquer norma independentemente do seu conteúdo, posto que não estabelece qualquer requisito de validade processual. Claramente, a definição carece de um predicado de validade que lhe preencha substancialmente, no que desponta o devido processo legal como elemento indispensável à conformação do resultado do processo aos direitos fundamentais.

### **3. Devido processo legal. Inexistência de um sentido estático. Tendência de expansão.**

A origem do devido processo legal é historicamente relacionada a Magna Carta inglesa de 1215. De fato, ao estabelecer “condições formais para a intrusão nas esferas de vida, propriedade e liberdade dos súditos” (MARTEL, 2005, p. 06/07), a Magna Carta impôs limites ao poder estatal pelo Rei João Sem Terra, submetendo-o, com ineditismo, aos ditames da lei.

É bem verdade que a Magna Carta não foi fruto da defesa da democracia e dos direitos fundamentais, mas resultado da vontade dos barões ingleses de recuperar o poder, a riqueza e os privilégios feudais perdidos com a ascensão do tirano João Sem Terra (MARTEL, 2005, p.04). Isso, entretanto, não retira o seu valor histórico como antecedente mais longínquo da cláusula do devido processo legal.

Até meados do século XIX, o devido processo legal manteve um caráter exclusivamente formal, de sorte que o cumprimento de certos ritos era suficiente para que os Tribunais não o considerassem violado.

Mesmo sem alterar-se essa concepção estritamente procedimental, o raio de atuação do devido processo legal foi progressivamente sendo ampliado.

No *Dr. Bonham's Case* em 1610, o devido processo legal, de modo inédito, limitou a atuação do parlamento inglês. Nesse julgamento, a Corte de *Common Pleas*, liderada pelo *Chief Justice* Sir Edward Coke, julgou nula a lei que atribuía à Academia Real de Medicina competência averiguar, julgar e impor sanções, entre as quais multa e aprisionamento, pelo exercício irregular da medicina (MARTEL, 2005, p.23). Nada obstante a Corte inglesa tenha se afastado dessa orientação posteriormente, o *Dr. Bonham's Case*, para Mauro Cappelletti, é o precursor do controle de constitucionalidade de leis – *Judicial Review* (CAPPELLETTI, 1992, p. 58).

Ademais, o raio de atuação do devido processo legal também aumentou no aspecto territorial. Afinal, com a colonização inglesa na América do Norte, seguiu a noção de correção procedimental plasmada no devido processo legal.

E, finalmente, com a independência dos Estados Unidos da América, a própria concepção exclusivamente formal sobre o devido processo legal foi paulatinamente se modificando sobretudo em função da atuação da Suprema Corte Americana, no que resultou na demarcação de uma feição substancial.

A feição substantiva do devido processo legal (*substantive due process of law*), de forma distinta do caráter exclusivamente formal até então reconhecido, avança sobre o próprio mérito da decisão, isto é, da norma jurídica final produzida por conduto do processo.

Nada obstante essa dimensão substantiva do devido processo legal esteja diretamente ligada aos direitos fundamentais, uma das decisões que inauguraram essa tendência na Suprema Corte estadunidense, paradoxalmente, constitui evidente atentado aos mais comezinhos direitos fundamentais: vida, liberdade e igualdade.

No caso *Dred Scott VS. Stanford* julgado em 1857, em que um escravo afirmava ter alcançado a liberdade porque residira em unidade federativa onde a escravidão era proibida por lei estadual e também porque, após ter sido adquirido, a escravidão também fora proibida na unidade federativa onde realizada a avença, a decisão da Corte Americana pode ser assim sumariada:

a lei do Congresso que proibia a escravidão nos territórios foi declarada inconstitucional e um dos fundamentos foi o *due process of law*, em sua faceta substantiva, pois um ato do Congresso que priva um cidadão (o senhor) de sua propriedade (Dred Scott) por levá-lo consigo pelo território nacional não pode ser digno do nome devido processo legal (MARTEL, 2005, p.82)



Com efeito, no caso mencionado, a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional a lei que privou o senhor do seu escravo por violação ao devido processo legal “em bases substantivas, com apoio no direito natural” (MARTEL, 2005, p.83).

No ano seguinte à terrível decisão no caso *Dred Scott VS. Stanford*, veio a lume a décima quarta emenda à Constituição americana que confirma a transformação do conceito de devido processo legal, atribuindo-lhe, de vez, uma dimensão substantiva.

Como se vê, o sentido atribuído à expressão devido processo legal não é estático, variando no decorrer da história em razão, sobretudo, da tradição jurídica adotada no país e das vicissitudes do direito positivo então vigente.

Não havendo um conteúdo fixo e absolutamente pré-definido sobre o devido processo legal, resta definir o seu significado a partir do uso concreto, considerando como já declinado, além das circunstâncias fáticas em derredor da situação concreta, a tradição jurídica adotada no país e as peculiaridades do próprio direito positivo. Nesse sentido,

Sobre a dificuldade de conceituar o devido processo legal, Uadi Lâmmego Bulos assevera:

os estudiosos são unânimes em destacar a dificuldade de definir o que seja devido processo legal, sob pena de se restringir a pujança do seu alcance. O mais apropriado seria extrair o significado da cláusula a partir do seu uso. Foi o que fizeram os autores americanos, motivo pelo qual não encontramos um esquema definitivo de todas as suas potencialidades nos manuais estadunidenses sobre a matéria (BULOS, 2008, p. 526)

Nada obstante a dificuldade em defini-lo, há de se reconhecer, considerando a origem e a trajetória histórica, uma estreita relação do devido processo legal com a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que lhes atribui um conjunto de garantias inibidoras do exercício arbitrário das funções estatais

Com efeito, o devido processo legal surgiu como uma garantia voltada exclusivamente à regularidade do processo penal, com o intuito de adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puidendi* do Estado (CASTRO, 2006, p. 32). Após assentar-se a autonomia do direito processual, é que se admitiu a aplicação do devido processo legal no campo processual civil, estendendo-se, posteriormente, à processualidade desenvolvida no âmbito administrativo.

Daí se infere a tendência contínua em direção à ampliação das garantias asseguradas pelo devido processo legal. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior assinala que “doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir uma interpretação mais elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão” (NERY JR., 2013, p. 96).

Não se questiona, atualmente, que o exercício do poder estatal em todos os seus blocos orgânicos (legislativo, judiciário e executivo) é limitado pelo devido processo legal, chegando-se, sim, a cogitar da sua aplicação nas relações jurídica entre particulares (BRAGA, 2008, p. 84 *et passim*), sobretudo quando, ao invés da natural autonomia da vontade, prevaleça a vontade unilateral de uma das partes sobre a(s) outra(s).

Como se vê, o potencial de aplicação da cláusula de devido processo legal é deveras largo não apenas em razão da sua indeterminação semântico-pragmática, mas também por conta da vasta gama de relações jurídicas que abrange, algumas inclusive sem a participação do Estado.

É preciso, contudo, demarcar, pelo menos, os contornos básicos das dimensões procedimental e substancial do devido processo legal.

#### **4. As dimensões do devido processo legal.**

Como assinalado, a partir do julgamento do caso *Dred Scott VS. Stanford* pela Suprema Corte Americana, passou-se a vislumbrar uma nova feição do devido processo legal, a dimensão substancial (*substantive due process of law*). Até aquele momento, apenas se concebia a dimensão procedimental do devido processo legal (*procedural due process of law*).

Em sua origem, o devido processo legal foi concebido como uma garantia procedimental, estando relacionado apenas a exigências de cunho formal. Como declinado alhures, a cláusula *law of the land* inserta na Magna Carta inglesa de 1215 estabelecia “condições formais para a intrusão nas esferas de vida, propriedade e liberdade dos súditos” (MARTEL, 2005, p. 06/07).

Nos Estados Unidos da América, a cláusula do devido processo legal na vertente procedimental, segundo Nelson Nery Júnior (2013, p. 99), importa no dever de

assegurar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base nos autos.

No Brasil, embora não exista consenso na doutrina sobre todas as garantias processuais decorrentes do devido processo legal, algumas delas se repetem na grande maioria nas enumerações, quase se chegando a um consenso.

Para Fredie Didier Jr. (2013, p. 48), o contraditório e a ampla defesa, o tratamento paritário às partes do processo, a proibição de provas ilícitas, a publicidade processual, as garantias do juiz natural e motivação das decisões, a duração razoável e o direito fundamental à jurisdição são normas – sejam princípios sejam regras - componentes do conteúdo mínimo do devido processo legal.

De fato, com exceção da duração razoável, as demais garantias citadas pelo jurista baiano constam no rol de garantias associadas ao devido processo legal por diversos autores nacionais (NERY JR, 2013, p. 111; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2009, p. 89/91; MITIDIERO, 2005, p. 255 *et passim*).

Entrementes, não há como conceber o devido processo legal apartado das garantias processuais do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões, da proibição de provas ilícitas, do acesso à justiça (direito fundamental à jurisdição), da publicidade e isonomia processuais, sendo dado concluir que elas realmente representam elementos inerentes ao devido processo legal.

Convém assinalar que essas garantias processuais básicas do devido processo legal não exigem previsão expressa em texto normativo a partir do qual possa ser construída a respectiva norma jurídica. Elas decorrem diretamente da previsão do devido processo legal, daí porque Nelson Nery Júnior, tratando da atual constituição brasileira, assevera que bastaria a enunciação do devido processo legal para que o *caput e* boa parte dos incisos do artigo 5º tornassem dispensáveis, sendo, contudo, louvável que tenham sido explicitados para, com isso, enfatizar a importâncias dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário a aplicá-las sem maiores questionamentos (NERY JR, 2013, p. 100).

As garantias processuais componentes do devido processo legal na vertente procedimental designam, de um lado, as próprias normas jurídicas em que estão consagradas (enfoque objetivo) e, de outro, os direitos subjetivos dos cidadãos e os correspondentes deveres dos agentes públicos (enfoque subjetivo). De maneira que a expressão ‘garantias processuais’ refere-se, ao mesmo tempo, à norma jurídica em sua integralidade e ao preceito, parte da norma jurídica em que estão previstos os efeitos atribuídos ao fato jurídico.

Como se vê, o devido do processo legal na vertente procedimental, muito embora seja composto de garantias processuais essenciais à defesa dos direitos dos cidadãos, não tem o condão de limitar a substância dos atos do Poder Público, vez que não adentra no mérito deles.

No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em consonância com o sentimento jurídico norte-americano que repele a onipotência e arbitrariedade legislativa (CASTRO, 2006, p. 43), iniciou a construção da feição substancial do devido processo legal.

Com efeito, após o malfadado caso *Dred Scott VS. Stanford*, a cláusula do *due process of law* serviu para patrocinar a expansão da *judicial review* levada a cabo pela Suprema Corte estadunidense, que passou a apreciar a ‘razoabilidade’ e a ‘racionalidade’ das leis e atos de governo em geral (CASTRO, 2006, p. 46).

Deste modo, a dimensão substantiva do devido processo legal (*substantive due process of law*) vai além das exigências relacionadas ao modo de produção do ato do Poder Público, avançando sobre o próprio mérito da norma jurídica final produzida por conduto do processo.

No Brasil, o devido processo legal substantivo também se conecta com as idéias de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro, ao tratar do devido processo legal na Constituição Federal de 88, assevera:

(...) acolheu-se no elenco dos direitos fundamentais a garantia mais abrangente e magnânima de todas as suas congêneres – a cláusula *due process of law*, onde se inclui não só os princípios da ‘razoabilidade’ e da ‘proporcionalidade’, como ainda a exigência de ‘motivação’ dos atos estatais, além de todo e qualquer requisito de legalidade e de justiça que o sentimento constitucional de novo povo e de nossas instituições, em sua escalada civilizatória e humanística, entenda necessário ao aperfeiçoamento do convívio democrático e à concretização do ideal permanente de justiça (CASTRO, 2006, p. 410)

A Constituição Federal de 1988, por sinal, foi a primeira a prever, no Brasil, o devido processo legal, fazendo-o por conduto do artigo 5º, LIV. Antes dele, já havia, além de manifestações doutrinárias (BITTENCOURT, 1968. p. 67), decisões judiciais (BRASIL, 1981) com esteio no devido processo legal. Fato, porém, é que somente com a Constituição Federal de 1988, especificamente através no artigo 5º, inciso LIV, restou constitucionalmente assegurado que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O artigo 5º, LIV, da Constituição é considerado uma cláusula geral, isto é, “espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado” (DIDIER, 2013, p. 36). Não poderia ser diferente, eis que, como demarcado alhures, o sentido atribuído ao devido processo legal é dinâmico, variando especialmente em função da tradição jurídica adotada no país, das vicissitudes do direito positivo e, por fim, das circunstâncias fáticas em derredor da situação concreta.

Nada obstante, ao ser enfim expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988, a expressão “devido processo legal” decerto incorporou ao seu significado, além das garantias processuais, a feição substancial delineada no século anterior.

Em virtude desta convergência de limitações processuais e materiais, o devido processo legal emerge como verdadeiro requisito de validade processual.

## **5- A validade processual**

Em acepção ampla e dissociada de qualquer ordenamento jurídico específico, definiu-se processo como o ato jurídico complexo que, destinado a produção normativa, gera um conjunto de relações entre os seus partícipes.

Contempla-se, com tal conceito, a perspectiva normativa do fenômeno jurídico (método de produção normativa) e a análise sob o prisma dos planos da existência (ato jurídico complexo) e eficácia (relações jurídicas processuais) da teoria do fato jurídico.

Logo, o plano da validade, um dos três que dividem o mundo jurídico, não foi tomado em consideração na definição, malgrado o processo necessariamente tenha que

atravessá-lo porque, como ato jurídico que é, o cerne do seu suporte fático é composto por uma exteriorização consciente de vontade (MELLO, 2013a, p. 186).

Ocorre que, sem o estabelecimento de qualquer requisito de validade, não há limites efetivos para a produção normativa. Por conseguinte, é possível ser criada qualquer norma independentemente do seu conteúdo ou do respeito às etapas preparatórias indispensáveis a sua produção.

É justamente o devido processo legal que preenche essa lacuna, estabelecendo requisitos formais indispensáveis à produção normativa e trazendo as noções de razoabilidade/proporcionalidade para a definição de processo. Daí se vislumbra a conformação do procedimento (ato jurídico complexo) e da decisão final (norma produzida) aos direitos fundamentais.

A observância do devido processo legal desponta, assim, como requisito de validade processual, de modo que se tem um processo (ato jurídico complexo) inválido e também uma norma produzida (decisão judicial, lei e demais atos normativos, decisão administrativa) inválida quando descumprido o devido processo legal.

Enquanto ato jurídico complexo que é, o processo é suscetível de invalidação por violação ao devido processo legal procedimental, daí que as garantias processuais componentes do devido processo legal funcionam como requisitos específicos de validade.

Por outro lado, é cabível se falar em invalidação por violação ao devido processo legal substantivo. Nesse diapasão, em conexão direta com os direitos fundamentais, as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade atuam como parâmetros de validade do conteúdo das normas jurídicas (sentença, resolução administrativa, lei e demais atos normativos).

Com efeito, a partir da inserção do devido processo legal como requisito de validade do processo, os direitos fundamentais são salvaguardados seja na dimensão procedimental, sobretudo através das garantias do contraditório, da ampla defesa, da vedação às provas ilícitas, do juiz natural, direito fundamental à jurisdição, e da motivação das decisões, seja na dimensão substantiva, na medida em que impede a produção de normas despidas de razoabilidade e proporcionalidade.

Não é ocioso registrar que a invalidade do ato jurídico processo prejudica a perfeição do seu produto final (FAZZALARI, 2006, p. 116). De modo que, violado o devido

processo legal, requisito de validade do ato jurídico processo, a norma a partir dele produzida (decisão judicial, lei e demais atos normativos, decisão administrativa) está, de forma inexorável, eivada de defeito invalidante.

Diferentemente, no que pertine aos efeitos jurídicos decorrentes do ato jurídico processo, não há que se cogitar da invalidação deles em função da imperfeição do processo. Os efeitos jurídicos existem ou não (NOGUEIRA e DIDIER, 2013, p.72), daí porque eventuais efeitos jurídicos gerados no curso do processo inválido não são passíveis de invalidação.

É bem verdade que a invalidade do processo em regra impede a produção dos efeitos processuais típicos em se tratando de vício insuscetível de convalidação ou, caso possível a sanação processual, os efeitos são interimísticos, isto é, são provisórios, mas com possibilidade de se tornarem definitivos (MELLO, 2013b, p. 275).

Doutro giro, o devido processo legal, na condição de requisito de validade do processo, conduz a um conjunto de efeitos mínimos, de modo que os sujeitos das relações processuais têm binômios compostos por categorias eficaciais correlatas (direitos subjetivos ↔ deveres; pretensões ↔ obrigações; ações ↔ situações jurídica de acionado) ínsitos a qualquer processo como consectário daquele requisito.

De qualquer modo, é dado concluir, que o processo, enquanto ato jurídico complexo que é, sujeita-se à invalidação por violação ao devido processo legal, daí que o conjunto de garantias processuais inerentes àquele e as máximas da razoabilidade e proporcionalidade funcionam como requisitos básicos para a sua validade.

## **6- Conclusão**

A partir da perspectiva normativa do direito e da teoria do fato jurídico, pode-se conceituar processo como o ato jurídico complexo que, destinado a produção normativa, gera um conjunto de relações jurídicas entre os sujeitos processuais.

Essa definição, contudo, é incompleta, pois carece de um requisito de validade que impeça a criação de qualquer norma através do processo, no que desponta o devido

processo legal como elemento indispensável à conformação do desenvolvimento e do resultado do processo aos direitos fundamentais.

O sentido atribuído à expressão devido processo legal não é estático, variando no decorrer da história em razão, sobretudo, da tradição jurídica adotada no país e das vicissitudes do direito positivo então vigente.

Em sua origem, o devido processo legal foi concebido como uma garantia procedimental. As garantias do contraditório, da ampla defesa, da vedação à provas ilícitas, da publicidade e da motivação das decisões, elementos essenciais ao devido processo legal, decorrem da sua dimensão procedimental (*procedural due process of law*).

A feição substancial do devido processo legal só começou a ser delineada no século XIX, sobretudo em função da atuação da Suprema Corte Americana. Extravasando os limites da correção procedimental, a dimensão substantiva do devido processo legal (*substantive due process of law*) avança sobre o próprio mérito da decisão, limitando-o através das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Brasil, o devido processo legal foi explicitamente previsto em um texto constitucional pela primeira vez apenas em 1988, no do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Atuando como requisito de validade processual, o devido processo legal preenche a lacuna na definição de processo acima lançada, trazendo a correção procedimental e as noções de razoabilidade/proporcionalidade para o conceito de processo. Daí se tem a conformação do procedimento (ato jurídico complexo) e da decisão final (norma produzida) aos direitos fundamentais.

Descumprido o devido processo legal, portanto, tem-se um processo (ato jurídico complexo) inválido e também uma norma produzida (decisão judicial, lei e demais atos normativos, decisão administrativa) inválida.

Com efeito, o processo, enquanto ato jurídico complexo que é, pode ensejar invalidação por violação ao devido processo legal procedimental, daí que as garantias do contraditório, da ampla defesa, da vedação à provas ilícitas, da publicidade e da motivação das decisões funcionam como requisitos básicos para a sua validade.



Por outro lado, no que tange ao produto do processo, isto é, as normas jurídicas que dele resultam, é possível se falar em invalidação por violação ao devido processo legal substantivo. Assim, em conexão direta com os direitos fundamentais, as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade atuam como parâmetros de validade do conteúdo das normas jurídicas.

### **REFERÊNCIAS:**

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 91.246**. Mandado de segurança. Litisconsórcio passivo necessário. Se o ato impugnado conferiu direito subjetivo em favor de terceiro, este há de ser citado para integrar a lide, como parte passiva, pois a decisão a ser proferida diz diretamente com sua situação jurídica, e assim, não é lícito impedir participe o terceiro do devido processo legal, omitindo seu chamamento a juízo, a fim de se defender. Inteligência do art.19 da Lei n. 1.533, de 31.12.51., com a redação da lei n. 6.071, de 3.7.74, e do art. 47 do CPC. Precedentes do STF. Conhecimento e parcial provimento do recurso. Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, julgado em 03/11/1981, DJ 18-12-1981 PP-12941 .

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. 2ª Edição. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5ª. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2ª Edição, ver., amp. e atual. Salvador: Juspodivm. 2013.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2006

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6ª Edição. rev.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. Editora Saraiva. 19ª Edição. São Paulo. 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo e Constituição: as Possíveis Relações entre o Processo Civil e o Direito Constitucional no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. IV, p. 251-284, 2005.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER Jr., Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía Del Derecho**. 14ª Edição. Cidade do México: Editorial Porrúa.. 1998.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4º Edição ver., atual. e amp.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito do Direito. Escritos jurídicos e filosóficos**. v.1. Brasília: axis Mvndi/IBET, 2003.

Data de submissão: 22/10/2014

**83**

Data de aprovação: 21/01/2015.