



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

OSWALDO EGYDIO DE SOUSA NETO

IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

**Assis
2012**

OSWALDO EGYDIO DE SOUSA NETO

IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA/FEMA, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Administração.

Orientador: Prof.: Ms. Maurício Dorácio Mendes

Área de Concentração: _____

Assis
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

NETO, Oswaldo Egydio de Sousa

IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL / Oswaldo Egydio de Sousa Neto, Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2012.
53 f.

Orientador: Prof. Me. Maurício Dorácio Mendes

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. O devido processo legal 2. Origem histórica 3. Evoluções das constituições brasileiras 4. Definição e importância do devido processamento 5. Aplicabilidade do devido processo legal.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Oswaldo Egydio de Sousa Neto

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, Como requisito do Curso de Graduação em Direito, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof. Ms. Maurício Dorácio Mendes

Analisador (1): _____

Analisador (2): _____

Esse trabalho é dedicado sem sombra de dúvidas ao amor minha vida e para quem dedico o ar que respiro, meus esforços e com certeza a realização de mais um sonho, minha linda e maravilhosa filha Ana Luiza, além da minha esposa Liriam Moraes meu grande amor, sempre companheira e dedicada a nós, que há 6 anos está ao meu lado lutando comigo. Dedico inclusive a minha querida avó paterna Benedita Cruz, que nunca falta com suas orações, sem falar do meu amado e herói, amigo, companheiro e exemplo como homem e caráter, meu pai Antonio José Cruz de Sousa, e sem ele eu não estaria aqui, também os apoios da Márcia Rodrigues (grande amiga), Nathália (querida irmã), Estevan (cunhado), e meus queridos irmãos, João Antonio, Júnior e Matheus.

AGRADECIMENTOS

Sinceros agradecimentos ao meu orientador professor Maurício, por todo apoio, atenção e às informações dispensadas a mim, para que o presente trabalho pudesse ter sido realizado.

RESUMO

O presente trabalho aborda o princípio do *Due Process of Law* (devido processo legal).

No desenvolvimento do tema será demonstrado onde se deu a origem do princípio, bem como após algumas constituições brasileiras, a recepção do processo legal pela Constituição Federal de 1988, e por último, uma abordagem do processo legal em si, e algumas características importantes acerca do respectivo tema que é considerado pelos doutrinadores como uma super norma fundamental que norteia todo o direito processual.

Com tudo será manifestado como se segue dentre alguns âmbitos do direito, como na ação criminal, mas o foco se dá no processo cível, trazendo inclusive um caso concreto de ferimento ao princípio e sua consequência prática.

A abrangência do tema é de incontável para a importância aos futuros juristas, tal abordagem traz a realidade e necessidade de reflexão, tanto para organização do judiciário, quanto para experiência pessoal a ser aplicada em um futuro breve.

Ficará também claro que a diferença social é a que mais pesa, quando se tem menos para se socorrer, basicamente fica nulo quando depende da gratuidade dos serviços públicos oferecidos.

E o conteúdo somado a filosofia de cada cientista do direito, o qual filtrará cada qual a sua interpretação, concluirá que somente melhoraremos a condição processual que vivemos se pensarmos dentre os variados casos que teremos pela frente, deveremos usar da própria lei e suas constantes evoluções para almejarmos a verdadeira justiça em cada caso concreto.

Palavra Chave – Importância – processo legal

ABSTRACT

This paper discusses the principle of Due Process of Law (due process). In developing the theme will be demonstrated where it gave rise to the principle, as well as some Brazilian constitutions after receipt of the lawsuit by the Federal Constitution of 1988, and finally, an approach to the legal process itself, and some important features about its theme is regarded by scholars as a super basic norm that guides all the procedural law. With everything will be expressed as follows from some areas of law such as criminal in action, but the focus is given in civil proceedings, including bringing a case of injury to the principle and its practical consequences. The scope of the topic is of untold importance for the future jurists, this approach brings the reality and necessity of reflection, both for the organization of the judiciary, and to personal experience to be applied in the near future. It will also become clear that the difference is that social weighs more, when you have less to succor basically becomes null when depends on the generosity of public services offered. And the content added every scientist's philosophy of law, which filter each in its interpretation, conclude that only procedural condition will improve if we think that we live among the various cases that lie ahead, we must use the law itself and its constant evolution almejarmos for true justice in each case.

Keyword - Importance – lawsuit

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

Capítulo I

1 ORIGEM E A HISTÓRIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	13
1.1 O direito inglês.....	15
1.2 O direito americano.....	17

Capítulo II

2 A EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL ATÉ A RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	19
2.1 Constituição de 1824.....	19
2.2 Constituição de 1891.....	20
2.3 Constituição de 1934.....	21
2.4 Constituição de 1946 passando pelas de 1967 e 1969.....	21
2.5 Constituição de 1988.....	22
2.6 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).....	24

Capítulo III

3 DUE PROCESS OF LAW (DEVIDO PROCESSO LEGAL).....	27
3.1 Definição.....	27
3.2 Dualidade (sentido processual e substantiva).....	27
3.2.1 Sentido processual.....	27
3.2.2 Sentido substantivo.....	28
3.3 Recepção doutrinária e jurisprudencial.....	29
3.4 Abrangência.....	29

Capítulo IV

4	DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO.....	31
4.1	Razoabilidade da lei.....	31
4.2	Suspensão da lei (Direitos Cívicos).....	31
4.3	Direito a vida.....	32

Capítulo V

5	EFICÁCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	34
5.1	Atuação do Poder Judiciário.....	34
5.2	Interpretação da Constituição.....	35
5.3	Ministério Público.....	36
5.4	Advocacia.....	36

Capítulo VI

6	IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	38
6.1	Garantias básicas.....	38
6.2	Aplicabilidade na esfera criminal.....	41
6.6.1	Inquérito policial.....	42
6.3	Alcance recursal.....	42
6.4	Aplicabilidade na área cível.....	43
6.6.2	Caso concreto da falta do devido processo.....	44

	Conclusão.....	46
--	-----------------------	-----------

	Bibliografias.....	50
--	---------------------------	-----------

	Webgrafias.....	52
--	------------------------	-----------

Introdução

O devido processo legal teve origem na Inglaterra, logo depois passando a vigorar na Constituição americana e após séculos de atraso foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988.

O desenvolvimento dos documentos constitucionais do Brasil ocorreu de forma lenta, passando por diversas constituições até chegar a Magna Carta atual, a qual adotou expressamente o princípio do devido processo legal.

A primeira Lei Maior do território brasileiro é datada do período imperial que foi outorgada por Dom Pedro I, em 1824, porém tal documento, de uma forma muito vaga e imprecisa tomou conhecimento do processo legal apenas quando se tratava de atos ilícitos na área criminal procedimental. Posterior a Carta Política de 1824 existiram vários acontecimentos políticos e conseqüentemente surgiram novos Diplomas Constitucionais sempre com a finalidade de tentar colocar limites para o Poder do Estado, por meio de garantias fundamentais para as pessoas que estavam sujeitas as suas normas. No entanto, foi necessário um amadurecimento profundo das nossas constituições, passando por documentos que continham a finalidade de prever as mais diversas situações possíveis, elaborado com textos complexos afastando-se totalmente da compreensão das pessoas daquela época, algumas previsões normativas tinham finalidades futuras, ou seja, um determinado direito seria conquistado por meio de lei apenas no futuro, deixando de lado os acontecimentos do presente e conseqüentemente tornando-se ineficaz a aplicabilidade do mesmo. Existiu até mesmo uma constituição que nem de longe poderia prever o processo legal, pois foi imposta por meio de governo ditatorial, neste caso, afastando-se qualquer possibilidade de existir alguma norma que continham garantias fundamentais.

Como um dos objetivos na elaboração de uma nova ordem constitucional consistia em limitar o Poder do Estado, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova Constituição, essa elaborada em bases democráticas, pois continha a real participação do povo, uma vez que em um dos seus dispositivos estabelecia que o poder emana do povo que o exercerá por meio de seus representantes, afastando qualquer possibilidade de obtenção do poder que não tivesse a participação do povo.

Nesse sentido, veremos a vasta importância que despende desta garantia, com um atraso de sete séculos, pela primeira vez na história constitucional brasileira, ocorreu a previsão expressa do princípio que garante as liberdades civis: o devido processo legal (due process of law), na qual normatiza:

Art. 5º.....

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Capítulo I

1 ORIGEM E A HISTÓRIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A história do ser humano, em sua característica mais relevante, está diretamente ligada à busca de sua libertação da condição de serviçal que estava obrigado por imposição do próprio semelhante. Demonstra, acima de tudo, a luta pela contenção do poder.

Antes do seu nascimento, o homem moderno encontra-se submetido às leis do Estado, que disciplinaram os atos e suas ações externas até a morte. Ao Estado, este ente imaginário, criado pela razão, o homem – na expressão de *Rousseau*, em seu *Contrato Social* – renunciou parte de sua liberdade, transferindo a alguns, que receberam o poder de mandar, em decorrência da percepção natural da necessidade de que o interesse coletivo deve ser administrado, estando acima do interesse individual, porém sem anulá-lo ou destruí-lo. Nesse sentido ensina Rousseau:

Por esse contrato, o homem cede ao Estado parte de seus direitos naturais, criando assim uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral. Mas, dentro dessa organização, cada indivíduo possui uma parcela do poder, da soberania, e, portanto, recupera a liberdade perdida em consequência do contrato social.

Anteriormente, os seres humanos viviam em um regime tribal com plena liberdade, bem como compartilhavam o patrimônio, com algumas restrições em relação ao interesse de sobrevivência do grupo. Após a criação do Estado os anos passaram a apresentar sinais que os seres humanos perderam sua liberdade, quase que em sua totalidade, uma vez que aquele que estava no poder começou a utilizá-lo, em benefício próprio, sem atentar-se aos interesses do povo, chegando Luís XIV a dizer: O Estado sou eu.

Mesmo assim, as pessoas jamais desistiram da liberdade, uma vez que é considerado o bem mais precioso, sendo a maneira natural de manifestação da vida, de tudo aquilo que pode vir da inteligência humana, sendo assim, o crescimento econômico e o progresso, ou seja, a civilização. As pessoas nascem para serem

livres, sujeitando-se ao mínimo de restrições indispensáveis à realização do bem comum.

A história apresenta o constante embate entre a dominação das pessoas e sua luta pela liberdade. Procura-se, encontrar em ponto de equilíbrio, entre a liberdade das pessoas e a ordem social, pois se aumentando a liberdade estará ainda mais próxima da anarquia, do caos, e em sentido contrario mais se aproxima o regime ditatorial, ou até mesmo da opressão. Algumas ditaduras em nosso país, com o argumento de manter a ordem pública e a segurança nacional se valeram da selvageria, colocando o final não apenas à liberdade física, mas também da manifestação intelectual. Em algumas situações, sem nenhuma competência para administrar as forças díspares, os governantes tem se utilizado, alegando ingovernabilidade, para medidas de exceção, que sempre geram opressão ao povo.

O aprendizado adquirido com os regimes ditatoriais e imperiais que utilizaram como base ordem absoluta, característica do tirano ou do grupo dominante, contrariando a natureza das coisas, mesmo com todo o poder que detinham, entraram sempre em destruição, como ficou registrado na historia. Por outro lado, o governo democrático, que tem como base o povo com suas diferenças, conseguirá pacificamente desenvolver-se, administrando a conjuntura variável, pois, ainda que cometa erros, serão, por certo, reparáveis.

Apenas a luz da democracia deixa claro a harmonia dos interesses da maioria, sem descuidar do individuo ou até mesmo grupos minoritários, respeitando suas múltiplas tendências ideológicas, mesmo nos momentos que tais opiniões contrariarem o pensamento dominante dessa maioria. Organizando, de uma forma natural e pacífica, as muitas, às vezes, contrárias opiniões, num tempo onde se estimulam as descobertas, experiências e trocas de idéias, evita-se o rompimento social pela violência.

É com a democracia e justiça que se criam as oportunidades de ordem econômica para o povo, incentivando a riqueza individual, que terá como resultado uma melhor qualidade de vida para todos. Essa posição política, além de muito democrática, torna-se um beneficio para o rico, pois seus bens e sua vida estarão protegidos contra qualquer ameaça de rompimento do sistema econômico, por consequência do jurídico, conseqüentemente ensejando por medidas mais drásticas, pois ao contrário, não existindo a democracia, inicia-

se a ditadura, perdendo o ramo jurídico sua independência e credibilidade e, por consequência perde sua legitimidade, deixando o povo sem ninguém para recorrer.

Sabe-se, de forma racional, o quanto é necessário o governo para a imposição da ordem. No entanto, suas manifestações devem restringir ao mínimo à liberdade, que é inerente as pessoas, por meio da qual a vida se manifesta em sua plenitude. Nesse sentido Thomas Paine afirmou:

A sociedade em qualquer estado é uma bênção, enquanto o governo, mesmo no seu melhor estado, não passa de um mal necessário, sendo, no pior estado, um mal intolerável. Porque, quando sofremos ou ficamos expostos, por um governo, às mesmas misérias que poderíamos esperar em um país sem governo, a nossa calamidade aumenta pela reflexão de que nós mesmos é que fornecemos os meios pelos quais sofremos.

No desenvolvimento histórico desse embate permanente, sem limites perenes demarcados, disputado entre o homem e o Estado criado por ele mesmo, em fato notável ocorreu em época não muito distante, demonstrando como ponto de partida original, a peleja pela sua libertação, mesmo que naquele momento seus autores não percebessem a grandiosidade que ganharia a árvore da liberdade, cresceu que foi plantada no relvado de Runnymede, na Inglaterra medieval.

1.1 O direito inglês

No ano de 1066, os normandos, provenientes da França, entraram a força na Inglaterra, com um exército constituído de 5 mil cavaleiros e 6 mil soldados, o Duque William da Normandia, chamado de “O Conquistador”, destruiu o reinado dos saxões, que passou para o Harold, Conde de Essex. Mesmo com um reinado sob um regime totalmente tirano, William e seus barões franceses, e até mesmo aqueles que assumiram posteriormente o reinado, sendo Henry I e Henry II, tiveram que entregar, algumas vezes, cartas de franquias com a finalidade de evitar rebeliões.

Ricardo Coração-de-Leão, filho de Henry II, que nos anos de 1189 a 1199 teve seu reinado, esteve presente na Terceira Cruzada, lutando contra os mouros,

que foram vistos como infiéis, na Palestina. Quando estava retornando para seu reino, fora preso na Áustria e para ser solto foi solicitado certa quantia em dinheiro. Seu irmão, o príncipe John, aproveitando-se da ausência do rei, tomou o poder para si, passando a ser chamado de Sem-Terra, incentivou rebeliões no reino, afirmando que Ricardo não iria retornar jamais. Porém, Ricardo foi libertado e retornou para a Inglaterra, no entanto, não ficou em sua terra por muito tempo, vindo a morrer em decorrência de um ferimento de flechada que recebeu em uma batalha. Após assumir a coroa, John começou a exigir tributos elevados e impôs outras condições em razão

de sua tirania, o que levou os barões a se insurgirem:

Os desastres, cínicas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou.

No confronto ocorrido nos relvados de Runnymede, a 15/06/1215, John teve a obrigação de concretizar o documento que ficou conhecido como Magna Carta, ou *Great Charter*, sem do que existem quatro exemplares originais. Neste documento, o Rei John prometeu respeitar os direitos, franquias e imunidades que nela constavam, como proteção das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*).

A luta para tal conquista demonstra a própria natureza da humanidade, na direção de que o homem nasceu para ser livre, com o direito indiscutível de encontrar sua felicidade individual, não existindo nada na Terra que possa afastar esse fato. Aponta também, esse importante documento, que o direito a liberdade pertence a todo o povo, dele não podendo ser excluído ninguém.

Noutro sentido, a Magna Carta (1215) evidenciou, pela primeira vez, de modo incontestável, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria cima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, como norma absoluta, a ser observada, o devido processo legal.

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos pares ou pelos costumes da terra.

Fundamenta, ainda, que o princípio do devido processo legal, que estava disciplinado no § 40 do documento histórico: “A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito a justiça.

Consagra, pela primeira vez na história, o devido processo legal, que constitui o mais importante referente a liberdade pessoal em face da lei, ao consolidar que ninguém perderá a vida ou a liberdade, ou será arrancado de seus direitos ou bens, salvo pelo julgamento de seus pares, de acordo com a lei da terra.

Certamente, a lei aqui citada é aquela, revestida de legitimidade, porque adotada pelo povo, através dos costumes e declarada pelos juízes (*common law*). No sistema da *common law*, criado pelo povo inglês, o direito nasce a partir dos fatos concretos posteriores a apreciação pelos juízes, criando, então, o precedente judiciário.

A Carta do rei John, por meio das muitas interpretações no decorrer dos séculos, transfigurou-se na referencia de liberdade sob a lei para o povo inglês, que a levou consigo por toda a parte do mundo, inclusive para as colônias dos americanos.

A historia mostra que as vitórias do homem em busca de sua libertação da tirania de seu semelhante, não são obtidas aos saltos. Constantemente, com a finalidade de conquistar outros, deverão ser lembrados os direitos já adquiridos. Foi o fato ocorrido na Inglaterra, na qual para se protegerem os direitos individuais, foi obtida do rei, a Magna Carta de 1215.

1.2 O direito americano

Por estarem em fuga, os dissidentes protestantes ingleses chegando com seus navios nas praias americanas da Virgínia, em 1607, tinham consigo os fundamentos do *common law*, sendo que nesta constavam o princípio do devido processo legal. Conseqüentemente, ao criarem as distintas 13 colônias com

constituições escritas próprias, delegaram às cortes de justiça a aplicação da lei nos termos da *common law*, que herdaram de seu país de origem.

Terminada a Guerra da Independência, na qual o combate foi contra os ingleses, em 4/7/1776, foi assinado o Tratado de Paris (1783), fazendo com que as 13 colônias tornassem Estados livres e independentes.

No desenvolvimento do conflito bélico, as 13 colônias estavam subordinadas aos denominados “Artigos da Confederação” criando uma sensível associação entre os Estados, pois gerando um poder centralizador com poderes muito limitados.

Em maio de 1787, 55 delegados, com a finalidade de remediar esse mal, foram enviados pelas colônias à Philadelphia, com a finalidade de reverem os Artigos da Confederação, no entanto foram além, e desenvolveram um novo sistema de governo, tendo como base as doutrinas *Locke e Montesquieu*.

Ao reescreverem a Constituição americana de 1787 e recriarem a república tendo como referência as cidades gregas, eles implantaram o federalismo no mundo de uma maneira equilibrada, originando um poder central forte sem necessariamente impor limites aos poderes periféricos naquilo que lhes dizia respeito.

Terminada a Guerra Civil entre 1861 a 1865, o Congresso aprovou, em 1868, após confirmada pelas legislaturas estaduais os direitos expressos no Bill of Rights, em relação as diferentes constituições dos vários Estados da União, a Emenda XIV, que, na Seção I, traz a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos estados Unidos; *nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal*; nem negará a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a igual proteção das leis.

Nesse sentido, o instituto do devido processo legal tornou-se maior para a proteção do povo, atingindo também as leis e diplomas estaduais, uma vez que nos Estados Unidos, na qual o princípio federalista tem muita força os Estados tem competência para legislar sobre o direito material.

Capítulo II

2 A EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL ATÉ A RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 Constituição de 1824

A Constituição imperial ratificada por D. Pedro I, em 1824, na qual o direito brasileiro teve conhecimento do instituto do devido processo legal, porém de forma vazia, nebulosa e, sem precisão na área criminal procedimental.

Abaixo do comando da Carta Política de 1824 – apenas com pequenas alterações, que resistiram até a proclamação da República em 1889, o Imperador, assumindo o Poder Moderador, era a base de toda estrutura política, com totais poderes, até mesmo o de demitir juízes, (art. 98 § 7º). Não existindo poder judiciário com independência, não se pode falar em garantias de direitos individuais, estando afastado a observância do princípio do devido processo legal, que nem mesmo existia de forma expressa.

Acerca da falta de aplicabilidade da Carta Política de 1824 como documento para criar uma nação livre e democrática, observaram *Paulo Bonavides e Paes de Andrade*:

Colocado ao lado de uma realidade que praticamente a ignora, pelo menos quando se trata de reger os destinos do País, a Constituição outorgada e formal de 1824 se confronta com outra lei maior subreptícia, vontade mais alta que a ofuscada por inteiro: o poder concreto e ativista do monarca. À sombra desse poder pessoal, que ignorava os cânones expressos do texto básico, medrou a originalíssima realidade de um parlamentarismo consentido, fora dos moldes constitucionais, criação do fato político, refratário e teorizações abstratas. O período constitucional do Império é portanto aquela quadrada nossa história em que o poder mais de apartou talvez da constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época. Haja vista a esse respeito que nunca ecoou na palavra dos grandes tribunos da causa abolicionista a invocação da Constituição como instrumento eficaz para solver o dissídio fundamental entre a ordem de liberdade garantida por um texto constitucional e a maldição do regime servil, que maculava todas as instituições do

País e feria de morte a legitimidade do pacto social: pacto aliás inexistente, diga-se de passagem.

2.2 Constituição de 1891

Proclamada a República a 15/11/1889, surgiu em seguida a Constituição de 1891, que também tinha o federalismo, ou seja, descentralização do poder, fazendo com que as antigas províncias se tornassem em Estados-Membros do País, uma vez que o Brasil era um único Estado.

A referência dessa carta política foi a Constituição América de 1787. No entanto, ao invés de ser um documento sintético, conteúdo escrita simples, para que pudesse ser entendido e até mesmo memorizado pelo povo, conteúdo apenas princípios fundamentais, de modo a permitir as interpretações judiciais, para estar vinculada à realidade concreta da vida, da atualidade ou até mesmo no futuro, tenha em seus textos a intenção de atingir todas as situações possíveis, prometendo até mesmo direitos a serem futuramente conferidos por lei, sendo assim, tornou-se sem nenhuma praticidade e conseqüentemente não obedecida.

Em sua formalidade, essa segunda Constituição estava totalmente fora da realidade do seu tempo, ao criar princípios ou outorgar direitos que nunca existiriam.

Nesse sentido o entendimento de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Promulgou-se a lei maior, mas não diminuiu a distância entre as regras fundamentais e o meio político e social constitutivo do País real, aquele regido por impulsos autônomos exteriores ao espaço abstrato dos mandamentos constitucionais. As forças substancialmente efetivas de um constitucionalismo sem Constituição entravam a atuar nos condutos subterrâneos da inspiração revolucionária, movendo a sociedade para os anseios de mudança e reforma.

A Magna Carta de 1891, teve uma declaração de direitos, porém não mencionou expressamente o *princípio do devido processo legal*, nem mesmo na área criminal ocorreu a menção a plena defesa com os meios essenciais recursos e até mesmo os dispositivo proibitivo da prisão sem prévia formulação de culpa.

2.3 Constituição de 1934

Depois da Revolução de 1930 Getúlio Vargas, utilizando-se da força bruta chegou ao Poder. A Constituição de 1934 teve pouca duração, uma vez que em 1937 foi aprovada uma nova Constituição para o País, por imposição da tirania decorrente do Estado Novo. É claro, não há o que se falar de liberdade civil enquanto esteve vigorando essas duas cartas políticas.

O governo da época, ao aprovar o Diploma Constitucional de 1934, colocou um fim a mínima autonomia legislativa processual que estava disposta na Constituição de 1891 aos Estados, exterminando o critério dicotômico relacionado as leis concernentes ao processo, em que se dava autonomia aos Estados-Membros nessa área. Mas, o sistema dualista para as Justiças Federal e Estadual permaneceu (CF 37, art. 70).

Um fato importante foi a criação, pela carta de 1934, do instituto do Mandado de Segurança, para defender direitos real e incontroverso ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Como o regime democrático é totalmente inverso as ditaduras, a Carta de 1937 destituiu o instituto do júri, garantia pessoal que faz referência a Magna Carta que estava protegida pela cláusula do *devido processo legal* na esfera criminal.

2.4 Constituição de 1946 passando pelas de 1967 e 1969

Por meio da Constituição de 1946, ocorreu a redemocratização do País, colocando um fim no estado de exceção, que estava vigorando desde o golpe de estado de Getúlio Vargas em 1937. Não muito distante, mesmo adotando expressamente o federalismo como forma de Estado, permaneceu a centralização legislativa da União. Voltou-se ao sistema dual para a justiça.

Excluindo a Constituição de 1988, essa foi a única Carta Política desenvolvida em bases democráticas, com representação real do povo. A de 1891, como já mencionado, era resultante de um golpe militar. Sendo assim, apenas as constituições de 1946 e 1988 são consideradas democráticas, construídas com a participação popular.

Concernente ao judiciário, a Constituição de 1946 apresentou de forma inovadora a criação do Tribunal Federal de Recursos, sendo competente, além de outras, para manifestar-se acerca dos recursos nas demandas decididas em primeiro grau pelos juízes estaduais, quando a União fosse uma das partes, ou na prática de ato ilícito sobre bens, serviços ou qualquer interesse da União. O Capítulo II era dedicado aos direitos e garantias individuais (art. 141/4). No entanto, mesmo sendo aumentado a liberdade civil, não citou expressamente o *devido processo legal*.

Posterior ao Golpe Militar de 31/3/64, seguiu-se as constituições aprovadas de 1967 e 1969, mesmo, contudo estava descrito formalmente os direitos e garantias individuais, certamente não foram respeitados.

A Revolução, denominada de “Redentora”, tão cedo apresentaria seu lado mais obscuro. Por meio do Ato Institucional n. 5, de 13/12/68, suspensos os direitos políticos e as garantias constitucionais, excluindo do Poder Judiciário a jurisdição para analisar os atos revolucionários.

2.5 Constituição de 1988

A sociedade rejeitou ao longo do tempo o poder ditatorial, sendo que, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 17/11/85, convocou-se a Assembléia Nacional Constituinte, que, completamente representativa dos anseios do povo, promulgou a Constituição atual de 5/10/88.

O atual popular e democrático documento político apresentou muitas e expressivas inovações, em uma arriscada, mas válida demonstração de contenção a força imperial do Estado, perante as liberdades civis, que ficou marcando por meio de um título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de encontrar grau pelo qual se mede a ordem e a liberdade.

Lançou como objetivos fundamentais, entre outros, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º). Enfatizou, também, pela primeira vez, o princípio da igualdade, pelo qual todos são iguais perante a lei. (art. 5º, caput)

Objetivando o final dos sucessivos golpes militares que estão a sombra da nossa história constitucional, fixou claramente que todo poder emana do povo, que o pratica através de representantes eleitos ou diretamente por ele próprio. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, por meio do voto direto e secreto, com

valoração de igualdade para todos e projetos de lei de iniciativa popular, do referendo e do plebiscito (CF, arts. 1º e 14º).

Dessa forma, não autorizou qualquer outra maneira de se exercitar o poder. Isso quer dizer, seja qual for a manifestação de poder que não esteja contido na Carta Política, demonstra-se sem legitimidade. Com a finalidade de ter seus dispositivos respeitados, declarou ela que configura delito inafiançável e imprescritível a ação de grupos civis ou militares portando armas, que estejam contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV).

Procurou a Carta Magna, com isso, manter a democracia como uma forma de convivência social em que o poder emana do povo e por ele há de ser exercido, mesmo que indiretamente, mas em seu único proveito. Essa forma baseia-se em três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o da igualdade e o da liberdade. Porém esses princípios podem se tornar apenas um na lição de Aristóteles, qual seja, a igualdade que representa o fundamento e fim da democracia, que tanto mais será repetida quanto mais se avança na igualdade. Mas enfatiza-se que a alma da democracia descansa na liberdade, sendo todos iguais. Não manifestação de Rousseau, a igualdade é o modo de ser para a existência da liberdade.

A Magna Carta de 1988, em seu art. 5º, aumentou significativamente a relação dos direitos fundamentais, evidenciando que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Explicou também, as regras que definem os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

Dentre os novos instrumentos, disponibilizados para garantir os direitos fundamentais, criou ainda os instrumentos do *habeas data*, e do mandado de injunção e até mesmo do mandado de segurança coletivo (art. 5º, incisos LXX, LXXI e LXXII).

Na história constitucional brasileira, pela primeira vez, previu, expressamente como princípio garantidor das liberdades civis, o devido processo legal (*due process of law*), ao dizer:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (Grifei)

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

A mesma garantia foi ampliada, a seguir, pelo inciso LV, que tem a seguinte ordem:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A Constituição federal de 1988, incorporou o princípio de *devido processo legal*, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que:

todo homem acusado 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.

2.6 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devidamente ratificada pelo Brasil, foi integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992. a partir daí, e nos estritos termos do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, os direitos e garantias processuais nela inseridos

passaram a ter índole e nível constitucionais, complementando a Lei Maior e especificando ainda mais as regras do *devido processo legal*.

O art. 8º da Convenção está assim redigido:

Art. 8º. Garantias judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão do acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido por lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunha ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Um grande número das garantias supracitadas estão contidas em nossa Constituição. Certos dispositivos, a Magna Carta dá maior garantia do que a

Convenção. Noutros, a Convenção deixa ainda mais claro e desdobra as garantias constitucionais brasileiras.

Nesse sentido, mesmo com sete séculos de atraso, transformou-se em direito constitucional positivo o *devido processo legal*, uma das colunas da liberdade humana, conquistado pelos barões, das mãos do Rei João Sem Terra, no relvado de Runnymede, Inglaterra, em 15/6/1215.

Capítulo III

3 DUE PROCESS OF LAW (DEVIDO PROCESSO LEGAL)

3.1 Definição

Seja qual for a idéia de definir o devido processo legal, terá de ser considerado a sua origem, ou seja, ao passado, aos reinados de Henry I (1100/1135) e Henry II (1154/1189), culminando com a outorga da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra (Jonh Lackland 1199/1216), que sucedeu seu irmão Ricardo Coração de Leão the Lion Heart (1189/1199).

Originariamente, o *devido processo legal* confundiu-se com a própria *common law*. A definição desenvolveu-se como uma forma de contenção do chefe de governo, objetivando evitar as arbitrariedades, como excluir do membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Após o decorrer dos anos, atingiu os departamentos subalternos do governo.

3.2 Dualidade (sentido processual e substantiva)

3.2.1 Sentido processual

Em sentido processual, a expressão alcança outro significado, mais restrito, como é curial. No direito processual americano, a cláusula (*procedural due process*) significa o dever de propiciar-se 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 prova ao juiz;
- e) a chance de perguntar 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 no que consta nos autos.

E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal”, como se pode verificar, da enumeração que se fez das garantias dela oriundas *verbis*:

- a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação;
- b) direito a um rápido e público julgamento;
- c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais;
- d) direito ao procedimento contraditório;
- e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegadas infração às leis *ex post facto*;
- f) direito a plena igualdade entre acusação e defesa;
- g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão;
- h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas;
- i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita;
- j) privilégio contra a auto-incriminação.

No que diz respeito apenas ao processo civil, já se confirmou ser manifestação do *devido processo legal*:

- a) a igualdade das partes;
- b) garantia do jus actionis;
- c) respeito do direito de defesa;
- d) contraditório.

Resumidamente o que foi falado acerca desse importante princípio, observa-se que a cláusula processual do devido processo legal, é a possibilidade real de a parte ter acesso a justiça, inferir pretensão e defender-se do modo mais amplo possível.

3.2.2 Sentido substantivo

O devido processo legal se apresenta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. O direito administrativo, em relação ao princípio da legalidade nada mais que a manifestação da cláusula *substantive due process*. Os doutrinadores administrativistas verificam o fenômeno do *due process*, mesmo sendo de outra forma, em determinado momento como garantia da legalidade e dos administrados, ou verificando nele o postulado da legalidade. Já se constatou a garantia dos cidadãos contra abusos do poder governamental, no que diz respeito ao poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal.

Em relação ao direito privado predomina o princípio da autonomia da vontade com a conseqüente liberdade de contratar, de fazer negócios e praticar atos jurídicos. Podem ser realizados quaisquer atos, mesmo não

existindo previsão legal, uma vez que não contrariem as normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido. É a denominação de princípio da *atipicidade* dos negócios jurídicos privados. Quanto ao direito administrativo, isto não se pode verificar: a administração somente pode agir *secundum legem*, ou seja, não pode praticar atos nem celebrar negócios atípicos: somente o que é permitido pela lei pode ser objeto da atividade administrativa.

O surgimento do *substantive due process* tem seu lugar ao lado com a análise da questão do limite do poder governamental, foi sujeitado à apreciação da Suprema Corte americana no final do século XVIII. Origina-se daí a necessidade de o legislador produzir leis que satisfaçam o interesse público, esclarecendo que se trata do *princípio da razoabilidade das leis*.

3.3 Recepção doutrinária e jurisprudencial

A cláusula do devido processo legal, só foi positivada na Constituição brasileira de 1988, os militantes do direito, ainda não compreenderam sua exata extensão, nem mesmo a importância da diferencia conceitual do devido processo, entre substantivo e procedimental.

Observa-se a manifestação de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci:

O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável.

Nesse sentido, a orientação pretoriana, no que diz respeito a aplicação da cláusula do devido processo legal, manteve-se na direção processual original do princípio, reafirmando a observância, nos processos judiciais e procedimentos administrativos, da ampla defesa e do contraditório.

3.4 Abrangência

O Diploma Constitucional brasileiro menciona sistematicamente só em liberdade e propriedade (art. 5º, inciso LIV):

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Estudando a norma constitucional, Luiz Airton de Carvalho esclarece:

O devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo – liberdade de expressão, liberdade de ir-e-vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei –, e os bens, também, em amplo sentido – bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal, etc.)

Mesmo não se reportando a vida, a Lei Maior também a enumerou entre os direitos e garantias fundamentais protegidos, uma vez que garante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida...” (art. 5º, caput).

Atinge a saúde como direito de todos e obrigação do Estado, garantido por políticas sociais e econômicas que tenham como finalidade à diminuição da possibilidade de doenças (CF, art. 196), também aí está se resguardando a vida, sendo nula as normas em sentido contrário (substantivo devido processo).

No mesmo entendimento da jurisprudência americana, por meio da doutrina de incorporação, aumentou o campo de aplicação da cláusula do devido processo a todas as liberdades e direitos civis, indo além das garantias básicas de proteção a vida, à liberdade e os bens, o próprio texto constitucional brasileiro autoriza idêntico entendimento, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou até mesmo dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Capítulo IV

4 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

4.1 Razoabilidade da lei

No Brasil, por ocorrência dos desencontros históricos do direito a propriedade, estas sempre estiveram concentrados nas mãos de poucos, fazendo com que a maior parcela da população fosse tratada de forma marginal. Isso desde os tempos das Capitânicas Hereditárias, passando pelo coronelismo regional, até os dias atuais, pois, esta mesma elite permanece encastelada no Poder, fazendo leis, em sua maioria, em seu próprio interesse, a lei que controla a área econômica, exclusivamente a que trata acerca das licitações com empreiteiras, bancos, subsídios industriais e rurais, até mesmo sobre a propriedade rural, deve ser tida como suspeita e deve-se ter muita atenção quanto a constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, debaixo da cláusula do substantivo processo legal.

O Poder Judiciário não pode ficar mais parado em relação aos problemas sociais, que causa angustia aos denominados sem terra. Agora o direito a propriedade não é totalmente pleno se o mesmo não cumprir com a sua finalidade social, ou seja, a propriedade deve ser totalmente explorada e, além disso, produtiva, conforme o disciplinado pela Constituição Federal. É o que de forma expressa afirma o Diploma Constitucional em seu art. 170:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III – função social da propriedade;”

4.2 Suspensão da lei (Direitos Civis)

Uma vez que a lei é emanada da maioria representada no Congresso, é normal que possa sofrer com um processo na qual falte alguma coisa, passando-se a ser antidemocrática, se não busca uma forma que previne e guarda também as minorias. A manifestação do Judiciário, como corpo constitucional não eleito, resolve a espinha da dificuldade, utilizando-se o substantivo devido processo legal, contra a maioria, na proteção dos interesses indispensáveis da minoria. Por fim, uma

democracia pressupõe, também, diversas minorias insulares, na qual os interesses não podem ser simplesmente desprezados ao até mesmo ignorados pela maioria.

De outra forma não poderia ser, numa democracia, em relação a elaboração das leis, deve-se estar acima de tudo o interesse da maioria, sem que possa prejudicar os direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição a todos, inclusive às minorias, a serem resguardadas pelo Poder Judiciário.

Desponta, assim, o duplo padrão, ou seja, as leis relativas a área econômica será presumida constitucional, até que se prove o contrário pela parte interessada (não razoabilidade da lei); não obstante, no campo dos direitos e liberdades civis, a legislação é observada como suspeita de invadir as garantias constitucionais, devendo o Estado demonstrar um grande interesse para agir.

4.3 Direito a vida

Ao remeter-se a história verifica-se que indiscutivelmente há um direito a vida.

A vida humana é tão significativa que constou da Declaração da Independência, redigida em 4/7/1776 por Jefferson:

Temos como verdades evidentes por si, que todo homem foi criado igual e dotado pelo Criador com certos e inalienáveis direitos, entre os quais a Vida, Liberdade e a Busca de Felicidade.

Tais princípios foram recepcionados pela nossa Constituição Federal, que, na Introdução do art. 5º, diz:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Conforme José Afonso da Silva,

vida, no texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção

biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Traz a lume, logo a seguir, o pensamento de *Ortega Y Gasset*, que anuncia que a “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo”. Por isso acrescenta:

È que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

De nada adianta a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigir-se a vida humana nem desses direitos.

Capítulo V

5 EFICÁCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.1 Atuação do Poder Judiciário

Para realizar a transformação do país, buscando construir uma nação desenvolvida, livre e democrática, dando vitalidade a Constituição Federal, para dar ao povo garantias fundamentais relativas ao devido processo legal depende exclusivamente da atuação do Poder Judiciário. O futuro dessa garantia está em suas mãos.

Jamais pode ficar no esquecimento que vivemos em uma república democrática federalista, na qual a atuação dos governantes é limitada, tanto em sua duração, bem como pela separação de poderes por órgãos diferentes.

Ao Judiciário cabe, com exclusividade, dizer o que a lei é. Não se pode esquecer a advertência de Marshall (*Marbury v. Madison*, em 1803), no sentido de que:

é enfaticamente área de atuação e dever do departamento judiciário dizer o que a lei é [...]. Se duas leis conflitam entre elas, as cortes devem decidir o caso conforme as leis, desprezando a Constituição, ou conforme a Constituição, desprezando a lei; a Corte deve determinar qual dessas regras conflitantes devem governar o caso. Isso é da própria essência do dever judicial.

Na realidade, Marshall estava colocando em prática o pensamento de *Hamilton* a respeito da atuação judiciária, como se vê no n. 78, do *The Federalist Papers*, verbis:

A interpretação da lei é província própria e particular dos tribunais. A Constituição é, na verdade, e deve ser, considerada pelos juizes como lei fundamental. Deve-lhe pertencer, portanto, dizer seu sentido, bem como de qualquer ato particular proveniente do corpo legislativo. Se acontecer de haver uma inconciliável divergência entre ambos, a que tem obrigatoriedade e validade superior deve prevalecer: em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei; a intenção do povo à intenção dos seus agentes. Essa conclusão não significa superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Apenas supõe que o poder do povo é superior a ambos e se a vontade do legislador, declarada na lei, estiver em oposição à do povo, declarada na Constituição, os juizes devem-se governar pela última em vez da primeira. Eles devem amparar suas decisões pelas leis fundamentais e não pelas que não o são.

Dessa forma, é competência exclusiva do Poder Judiciário realizar os preceitos contidos em nossa Constituição, de uma maneira que tenham existência e substância. Apenas ele detém tal poder, que é intransferível. Não podendo tem qualquer receio de ter e exercer o Poder. É sua obrigação e dever dar vida aos dispositivos constitucionais, mesmo sem a existência previa de lei, ou mesmo à revelia, ou inversamente a esta, caso não exista harmonia com o espírito do Texto Magno, que é a sua origem de validade.

E partindo do princípio de que todos devem ter acesso a justiça, dentre essa faculdade, mais importante se torna outro princípios como da ampla defesa e contraditório, mais o decido processo legal.

Além de dar o acesso a justiça, tal feito tem que vir munido da responsabilidade de ser justa, pois de nada adianta o acesso ao judiciário senão for justo e buscar a legalidade, e a justiça verdadeira, ao contrário entendemos que é melhor não ter o acesso garantido do que uma justiça falha que traz injustiça, na qual prejudica ainda mais.

5.2 Interpretação da Constituição

O Judiciário, ao interpretar a Constituição, não está condicionado a regras que condicionam a exeqüibilidade do dispositivo à edição de leis comuns que até mesmo complementares futuras. Se ocorrer o contrário, seu poder de interpretar a Constituição seria submisso ao Legislativo, o que é, doutrinariamente inadmissível.

Na realidade, não existe norma constitucional que não tenha eficácia plena e aplicação imediata. É encargo prioritário e dever indeclinável do Judiciário dar eficácia a norma. Até aquelas normas que tenham referência condicionante nos termos da lei, podem e devem ter eficácia imediata por decisão do Judiciário, que agira como órgão regulador a espécie, até a edição de lei que regule tal assunto, na qual deverá, obrigatoriamente, como observado nos exemplos dos tribunais americanos, adequando-se ao enunciado pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão.

5.3 Ministério Público

O devido processo legal é constantemente observado na América em sua história. Jamais outro princípio constitucional foi colocado em prática com tanta propriedade, sempre com a finalidade de traçar o limite de confronto entre a garantia dos direitos individuais e a defesa dos direitos coletivos da sociedade, exclusivamente a área criminal.

A Constituição deixa de forma expressa que cabe ao órgão do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (CF, art. 129, II).

Nossa Lei Maior exige do Ministério Público uma nova e não usual postura. Tal órgão deve adotar uma postura de um constante combatente. Deve atender aos chamados da comunidade, tendo a iniciativa da ação protetora, seja através do inquérito civil, seja através da ação penal, na qual é o detentor privado e absoluto, ou pelo exercício da ação civil pública.

5.4 Advocacia

A Carta Magna de 1988 colocou em plano superior o exercício a advocacia como uma das funções fundamentais da Justiça, contemplando o advogado “indispensável à administração da Justiça” (art. 133). A importância de sua função social encontra-se registrada na Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Na verdade, o advogado é o personagem principal na defesa da aplicação da cláusula do devido processo legal, devendo se insurgir, por meio dos recursos próprios, contra qualquer violação aos direitos ligados ao princípio.

O advogado deve ser um personagem com muita coragem, para todas as vezes que for necessário acionar o judiciário, até mesmo nas condições mais graves, quando as instituições ou os direitos fundamentais estiverem na eminência de perigo, com a finalidade que ele exerça com toda a sua plenitude seu dever constitucional.

Portanto, é de competência do advogado, como um dos personagens principal à administração da justiça, ao lado do Ministério Público, a tranquila e firme manutenção desse Poder, não deixando que seja controlado e limitado pelos outros

dois, pois o judiciário, em último estudo, é a exclusiva garantia democrática que está à disposição do povo contra o governo tirano, o arbítrio e o despotismo. Protegendo o Judiciário, até mesmo identificando erros e defeitos, para que seja reparados e corrigidos, o advogado estará defendendo a permanência de um povo livre, participativo, salvo de dominações.

Capítulo VI

6 IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

6.1 Garantia básicas

O devido processo como procedimento é, sem nenhuma dúvida, o de maior utilização pelos advogados em defesas sejam elas de âmbitos cíveis ou quando tratam das liberdades básicas de seus clientes, mesmo nos Estados Unidos da América.

No momento em que o princípio do devido processo legal foi positivado na Magna Carta, e posteriormente na constituição americana, tal princípio utilizado como instrumento que viabiliza as liberdades civis e os devidos processamentos, sejam elas peças por peças, onde, até 1856 o aspecto procedimental era a única concepção que surgia da cláusula encravada pelos barões na Magna Carta e, passados alguns anos, pelos elaboradores da Constituição americana de 1787.

Da Constituição Federal de 1988, pode se extrair, por exemplo, algumas garantias básicas, asseguradas pelo devido processo legal, sem qualquer prejuízo de outras decorrentes de princípios já adotados.

- a) decorrentes do direito à vida ou à liberdade (art. 5º);
 - 1 proibição de tortura ou tratamento desumano (III);
 - 2 inviolabilidade da residência, exceto em caso de flagrante delito ou desastre, ou, durante o dia, mediante ordem judicial (XI);
 - 3 inviolabilidade de correspondência ou comunicações telefônicas e dados, salvo por ordem judicial (XII);
 - 4 proibição de prisão civil por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da de depositário infiel (LXVII);
 - 5 proibição de lei penal retroativa (XL);
 - 6 individualização e proporcionalidade da pena: não atingirá terceiros, nem poderá deixar de levar em consideração a gravidade do delito (XLV e XLVI);
 - 7 publicidade dos atos processuais, estipulada no art.5º., n. LX, e art. 93, n. IX.

8 a sentença transitada em julgado não será rescindida senão pelas causas e no prazo já estipulado em lei, lei nova não poderá modificá-la (XXXVI).

a) oriundas do direito de propriedade:

1 indenização previa, em dinheiro, no caso de desapropriação (CF arts. 5º, XXIV e 182, § 3º) exceto do imóvel rural improdutivo para fins de reforma agrária (CF, art. 184);

2 garantia da manutenção de bens e direitos patrimoniais já incorporados na esfera de disponibilidade do indivíduo (direito adquirido);

3 a lei não violará o ato jurídico perfeito (contrato).

Inseparavelmente vinculado ao devido processo legal, sendo assim, meio próprio para sua verificação, encontra-se a obrigação de toda autoridade (militar, policial, civil, administrativa ou judicial) de fundamentar suas decisões, tendo como finalidade não apenas a sua legalidade estrita, mas também implicitamente aderido a justiça e moralidade do ato.

Todos os artigos supramencionados estão presentes na nossa Constituição Federal, como forma de evolução, seja ela material, seja ela do próprio intelecto moral formado para a presente melhora do nosso procedimento processual.

O topo do nosso ordenamento jurídico brasileiro, começa tratando no seu art. 5º., dos direitos indisponíveis, onde a vida é tratada como irrenunciável, seja ela pela própria pessoa.

É repreendido também, como inviolável a liberdade, é mais completa, quando coloca no mesmo plano de direito e garante a igualdade das pessoas, a proibição de tortura, tratamento desumano, é mais abrangente quando cita as inviolabilidades da residências, correspondências, prisão civil por dívida, onde houve ainda um mudança retirando a prisão por depositário infiel, havendo hoje apenas a possibilidade de prisão neste âmbito somente em casos de inadimplemento dos alimentos,

Temos também, como amparo constitucional, a impossibilidade da lei penal retrativa, nos casos em que prejudicar a liberdade ou processamento do réu, ainda, a individualização e proporção da pena para não atingir terceiros, garantia inclusive dos atos processuais não sendo possível restringir sua publicidade assunto tratado.

A sentença transitada em julgado tem garantida sua eficácia constitucionalmente, salvo quando estipulada por lei, em casos de exceção talvez como de revisão processual, quando garantida por lei.

Estamos amparados inclusive quando ao direito de propriedade, direito do contrato quando fala que “a lei não violará o ato jurídico perfeito”, que já se refere ou se aproxima mais do direito privado, direito que estão inclusive o direito empresarial ou comercial, direito de família garantido pela nossa Constituição, assim como dignidade da pessoa, crença, direito de “ir e vir”, entre outros.

Todos os direitos previstos, como garantidos nos é trazido para que haja maior verificação, quando da aplicação dos códigos de processos, momentos de cada ato processual, cada um que manusear os autos, sejam eles para tratarem de processos crimes, ou cível.

Cada ato do processo tem a sua significância, obviamente observamos isso quando somos partes interessadas, ou simplesmente tenha um repercussão social, trazido pela mídia.

Tratamos diferentes os processos onde deveriam ter os mesmos procedimentos, isso ocorre, quase sempre, por um exemplo, há um famoso como parte e a mídia expandi para todos, inclusive faz um pré julgamento para condenar de plano aquele caso.

Mas verificamos que não ocorre quando o mesmo crime é praticado por um desconhecido, por um motivo ou outro, mesmo os casos idênticos são processados diferentes um do outro, e o que mais é revoltante, que por vezes não é observado o devido processo legal, ou quando a parte é pobre, ignorante ao entendimento e não tem as condições de contratar um defensor a altura, e lhe é concedido um gratuito pago pelo Estado (sabido que quase na maioria dos casos ganha pouco e não “tem” o estipulo de fazer o mesmo trabalho que faria se fosse contratado por particular), aí não faz garantir um justo processamento.

O importante é ressaltar que sem a observância deste princípio o processo ao contrário de trazer as partes uma decisão justa, por vezes piora a situação de que necessita a justiça, e geralmente que mais precisa desta justiça são os mais prejudicados.

Não há como não passar despercebido que a necessidade de se ter uma justiça mais célere, sem deixar de lado o devido processamento, com a ampla defesa garantida, só assim teríamos uma justiça mais justa, posto a demora do

alcance dela fere também o devido processo legal, uma vez que todos os atos possuem prazos e ainda, existe a razoabilidade para os cumprimentos destes prazos. E muitas vezes quando chegam ao trânsito do processo, já é tarde, o que muito ocorre é em caso de ações previdenciárias e precatórios em face ao Estado.

6.2 Aplicabilidade na esfera criminal

Na esfera criminal, a Constituição cuidou se especificar, com a maior amplitude, as garantias fundamentais do individuo, vez que, constatou-se através da história que sempre ocorreram violações.

Foi aceito pelo constituinte, ao determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

Isso muito se deve pelos passos dados lá trás, e a consciência formada pelos legisladores, através de experiências tiradas de insucessos, e costumeiras injustiças, inclusive e principalmente depois do regime militar que tivemos em nosso próprio país, que hoje é um Estado democrático de direito.

Hoje, temos cada vez mais, evolução e a ocorrência de crimes bárbaros, como por exemplo, inúmeros casos espalhados todos os dias nos programas sensacionalistas televisivos, onde pai mata filho, e ao contrario também, casos de estupros entres pais e filhos menores, incontáveis crimes por dependência química e diversos outros.

Neste passo, apesar de haver evolução no âmbito legislativo, e do judiciário, no sentido de prevenir ou tratar nos casos concretos, isso ocorre muito vagorosamente, propiciando elevada evolução das infrações e diante a lacuna no cumprimento das normas, e assim, não sendo possível a atualização das leis na mesma medida, isso gera, enormes consequências sociais.

Assim, diante do sobrepeso dos processos, o devido processamento legal é prejudicado, parte se tem, pois, os casos acertadamente são tratados por unidade (cada caso é diferente do outro, seja ele o mesmo tipo penal ou não), e com milhares de processo e falta de funcionamento, por motivos vários, acarretam em má prestação na hora de julgar.

Ocorrem, também em outras esfera do judiciário, mas, aqui é muito prejudicial, pois, tratamos de vidas, e liberdades, garantia constitucional, assim, encontramos hoje, milhares de pessoas presas por anos, muitas vezes sem terem

sidias julgadas ainda, ou quando não, presas mesmo quando já cumpriram suas penas, pelo simples fato de não ter havido um processamento devido.

6.6.1 Inquérito policial

O direito de punir pertence ao Estado. Este, contudo, não pode auto-executá-lo. Imposições constitucionais impedem-no. Assim, coarctado na sua liberdade de auto-executar o *jus puniendi*, em face dos limites constitucionais, o Estado, para fazer valer o seu direito de punir, quando há transgressão da norma penal, deve, tal qual o particular, dirigir-se ao Estado-Juiz e dele reclamar a aplicação da *sanctio juris*. Antes de se dirigir ao Juiz, através de órgão próprio, que é o Ministério Público, deve o Estado desenvolver intensa atividade, logo após a prática da infração penal, colhendo informações sobre o fato típico e quem tenha sido o seu autor. Tais informações, que constituem no inquérito, têm por finalidade fornecer ao titular da ação penal, seja o Ministério Público, nos crimes de ação pública, seja o particular, nos delitos de alçada privada, elementos idôneos que o autorizam a ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, iniciando-se, desde modo, o processo. O inquérito, pois, nada mais é do que um conjunto de informações sobre a prática da infração, isto é, sobre a fato infringente da norma e da respectiva autoria.¹⁹

Assim, para obter um devido processamento na esfera penal, deve ser observado e colhidas informações e provas no momento do inquérito, que seja utilizada quando das instrução penal, e sendo prejudicada a instauração do inquérito, isso torna-se prejudicial ao futuro do processo, havendo aí, lacuna no momento oportuno de averiguação dos próprios policiais, prejudica no processamento no judiciário para aquele delito, possivelmente faltará elementos para aquele que busque o convencimento do juiz, então é indispensável o devido proceder no inquérito policial.

6.3 Alcance recursal

Na Constituição do Império (1824), já dispunha em seu art. 158, sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, mas as seguintes constituições, se limitaram a menção dos Tribunais, bem como, implicitamente havia a previsão para existência de recurso, mas não era garantido absoluto o duplo grau de jurisdição.

A norma do devido processo legal procedimental garante ao sucumbente o direito de recorrer para a segunda instância, que revisará, tendo como referencia fundamentais as provas, bem como o direito, ou até mesmo quando não é processado e julgado corretamente por cada ato do processo (como veremos no caso trazido com o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo), a reforma da decisão proferida pelo juiz de primeira instância. É o que se chama de duplo grau de jurisdição.

Cabe ressaltar que o nobre legislador Nelson Nery Júnior, cita:

“Estabelecer restrição ao cabimento dos recursos extraordinários e especial não é matéria de organização judiciária, mas de direito processual mesmo, onde a iniciativa da lei é o Poder Legislativo”.

(pág.170/171, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 6ª. Edição).

Dando solidez ao princípio, afirma a Carta Política (CF, art.5º, inciso LV):

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos e ale inerentes”.

6.4 Aplicabilidade na área cível

Na área cível, ocorre em maior número a utilização e conseqüente aplicação da cláusula do devido processo legal no que esta relacionado ao direito à ampla defesa e ao contraditório, na maioria das vezes banido pelas autoridades administrativas.

A regra contida na Constituição, com a finalidade de que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal, esta vigorando como garantia nas situações na qual o direito já foi outorgado regularmente, não mais podendo, de maneira arbitrária, ser retirado ou extinto, sem a utilização do critério positivado na Carta Política, quer dizer, a existência de um processo, com ampla oportunidade defesa e o seu devido processamento.

Como é mais volumoso em números de processos, os cíveis, aparentemente tem menos importância em detrimento a esfera criminal, no tocante ao devido processamento dos casos, por não tratarem de liberdades.

Podemos constatar da supra importância que está área do direito nos propõe, posto que a todo momento contratamos, nos casamos, nos divorciamos, acidentamos e até mesmo para garantir nossos direitos básicos nos socorremos do direito cível.

Talvez em um proporção de números, os cíveis são mais que o dobro dos criminais, imaginemos que se não há os devidos processamentos desses processos, que tratam de cobranças de alugueres, reivindicações de alimentos para subsistências das pessoas, investigações de paternidades entre muitos e muitos outros, viraria uma bagunça.

A garantia do devido processamento tem suma importância no desenvolvimento social, desenvolvimento para as famílias, negócios, abrange como um todo o dia a dia das pessoas, que se socorrem ao judiciário, por terem confiança de que já que no meio sem o auxílio da justiça eu não consegui, que ela me ajude através das suas formas, procedimento, e muitas vezes, força coercitiva de garantir um direito.

6.6.2 Caso concreto da falta do devido processamento e a averiguação com a garantia do duplo grau de jurisdição

O caso trazido em pauta, para exemplificarmos que há efetivamente um procedimento a seguir, no sentido de ter o devido processamento legal, com cada fase respeitando seu tempo e seus respectivos cumprimentos.

No caso, o autor da ação interpôs uma ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, o magistrado de primeiro grau, julgou a lide antecipadamente, nos termos do art. 285-A, do CPC, por considerar que a matéria controvertida é unicamente de direito.

Em sede de recurso, reivindicou o autor em preliminar a impossibilidade da aplicação do art. 285-A do CPC ao caso. No mérito do alegado, pugnava-se na declaração de nulidade de cláusulas e a conseguinte declaração da abusiva cobrança de despesas com emissão de carnê, bem como as decorrentes de abertura de cadastro, serviços prestados por terceiros e outras, por corresponder ao ônus inerente a atividade econômica do requerido.

No Acórdão, o Nobre Relator, especificou que são pressupostos para que se profira o juízo negativo de que trata o art. 285-A do CPC, a matéria controvertida

unicamente de direito, sentença anteriormente proferidas de total improcedência em casos idênticos, e reprodução dessas sentenças como paradigmas protoladas pelo mesmo juiz para servir como base para rejeição liminar.

Assim, deu provimento à apelação para anular a sentença de primeiro grau, considerando que faltam pressupostos para que se proferisse sentença com base no art. 285-A do CPC, no qual apenas mencionou que “o entendimento que este juízo adota já se encontra expresso e consolidado em casos idênticos, não tendo o requerente invocado argumento inovador em seu pleito (...)” (fls.), e não reproduziu o teor de sentenças de improcedência anteriormente proferidas em casos idênticos, sequer em que processos foram proferidas, de rigor sua anulação, para que o feito tenha regular processamento como de direito.

Em um nítido e convincente caso de garantia do direito do devido processamento, quando se verifica como no caso, a falta de pressupostos para julgar conforme o procedimento adequado, e, mesmo em se tratando de um magistrado, e todas as suas prerrogativas de poder direcionar o processo da maneira que achar devido, ficou clara que também sofre e está alienado ao rigor da lei e dos procedimentos, e desta está amparado no devido processo legal.

Na questão, o caso em tela em paralelo com todo o já mencionado, o artigo 285-A do CPC, como visto, não nos fazendo juízo de valores ao mérito constitucional, apenas para que tenhamos um processo justo e amparado devidamente ao seu correto procedimento, não há como abrir mão de tal garantia, que terá que ter efetivamente todos os prazos e possibilidades de todas as peças, sejam elas de defesa ou de autoria.

Conclusão

Os barões obtiveram das mãos do Rei João Sem Terra, no relvado de Runnymede, Inglaterra, em 15/06/1215, uma das maiores conquistas da humanidade: o devido processo legal.

O poder é sempre acompanhado de uma característica peculiar: os abusos. Sendo assim, para aqueles que estão sujeitos a simplesmente obedecer, resta garantir que tal obediência não se transforme em servidão, ou até mesmo escravidão. Isso foi o que ocorreu na Inglaterra, em 1215, no reinado de João Sem Terra, quando este detinha para si todo o poder de império e se achava no direito de utilizá-lo da forma mais conveniente aos seus interesses, desrespeitando totalmente os direitos dos demais, ou seja, daqueles que estavam sujeitos as suas imposições.

As revoluções têm a sua frente grandes líderes, porém isso não foi o que ocorreu em Runnymede, uma vez que os abusos do rei João despertaram, instintivamente no povo daquela época um sentimento muito profundo de garantir suas liberdades, e tal atitude veio a ratificar que a “liberdade é inerente a existência humana”, e nenhum poder tem o direito de tirar a liberdade das pessoas de forma arbitrária, sem motivos fundamentados, pois a liberdade é a mais pura manifestação da vida, da criatividade, do desenvolvimento e do crescimento de toda a nação.

O rei João percebendo que não havia possibilidades de resistir a essa força de libertação, pois se tentasse poderia colocar em risco todo o seu reinado teve que, a contragosto, conceder algumas exigências ao povo para que pudesse permanecer no poder.

Afastando possíveis abusos do rei, com a conquista de algumas liberdades, tal conquista veio a se tornar um dos princípios basilares do direito processual denominado de o “devido processo legal”. Nesse sentido ensina o professor Humberto Theotônio Junior:

“...o due process of law, entre outras, tem a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade* e *razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Portanto, na luta contra os abusos daqueles que detenham o poder, nasceu instintivamente a vontade de libertação, confirmando que a liberdade é inerente a

existência humana e ela não pode ser retirada, tão pouco os bens de uma pessoa de forma arbitrária, senão por meio do “Devido Processo Legal”.

Levando em conta toda a parte da evolução histórica já estudada, bem com a sua verdadeira importância, em conjunto a passagem do nosso período da ditadura militar, repressões e matanças indiscriminadas sofridas pelo povo, sem nem mesmo ter para onde socorrer-se, nos fez entender que um processo limpo na busca da real verdade não existe se não tivermos a garantia e o respeito de todos os direitos dentro do processamento, seja ele de qualquer área do nosso direito.

Neste caminho, entendemos que para haver o devido processo legal tem que ser observado sem exceção, seus prazos, o direito da ampla defesa e do contraditório em todo o feito até o trânsito em julgado, princípio do duplo grau de jurisdição, e não havendo essas observações, não sendo cumprido devidamente cada uma delas, como no caso apresentado onde através do socorro amparado pelo princípio de reanálise da decisão proferida a partir do princípios do duplo grau de jurisdição, obtivemos anulação da sentença.

A garantia básica do devido processo legal, veio nos alcançando em seus variados campos, temos como obrigação a fundamentação de decisões, para sua própria validade, ou então, a observação da garantia da sua legalidade e conseguinte a justa e clara licitude do ato, seja ela no âmbito administrativo, mas principalmente no judicial como um todo.

Neste sentido, há em um patamar elevado de importância, nos casos de insucesso principalmente na via judicial, o importantíssimo socorro do duplo grau de jurisdição, que traz uma revisão da análise feita em primeiro grau, na forma de garantia da ampla defesa e do princípio do contraditório, isso além de todos os atos já previstos na forma da lei em cada código de processo vigente, tais como, forma de defesa ou contestação da peça inicial, impugnações, agravos entre todos os outros recursos, dos quais possam ser utilizados, como fomentado com o incluso caso trazido.

A Constituição já é minuciosa também quando se trata da esfera criminal, uma vez que trouxe amparos efetivos e garantias cuidadosas a serem observadas, tais como, o artigo 5º. LXV, LXVI da Constituição Federal, quando garante o relaxamento da prisão ilegal, bem como, a garantia da liberdade provisória, uma vez que no processo penal, estão em jogo vidas, liberdades e muitas vezes dignidades afronta de injúrias, entre outras.

No nosso âmbito Cível com a base constitucional como forma de amparar muitas vezes os feitos administrativos, onde basicamente não há controle e a maneira de se socorrer é a via judicial como meio de amparo legal para diminuir as desigualdades, onde os mais fortes sobressaem sobre os mais fracos, tendo aí apenas o meio judicial para ser amenizado tais desigualdades, como por exemplo as relações de consumo.

Observamos com grande carinho, a importância do advogado, Ministério Público, e todo corpo do judiciário, pois, sem qualquer um desses com certeza o devido processo legal não teria seu amparo efetivo.

Vimos no caso trazido que desviou nossa atenção, diante de uma sentença de primeiro grau, da qual o magistrado não teve cuidado em observar o devido procedimento para aplicação de um artigo do CPC (285-A), do qual no mérito do juízo no caso em questão, tem seu convencimento certo, e mesmo assim, apenas por não observar tal procedimento feriu um princípio norteador para o devido processo legal, e a decisão proferida foi reformada em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual anulou a sentença por falta de pressupostos para proferi lá com base no artigo utilizado, devolvendo os autos para o primeiro grau de jurisdição, para seu regular processamento de direito.

Conclusivamente verifica-se que em casos que não há a observação minuciosa de cada ato processual, como falta de defesa ou da concessão do prazo para tanto, considerar-se-á como uma decisão duvidosa, pois, é indispensável a conferência deste princípio tão importante que é o devido processo legal, e quando da sua ausência ou falha temos sem dúvidas prejuízos que acarretarão as partes litigantes, ou a não concessão de um benefício devido, ou até um prejuízo maior como um prisão ilegal em um caso de que o réu não é devidamente intimado ou não tem dentro processo a real possibilidade de defesa.

A evolução dos nossos tribunais com as novas normas, partindo como base as contidas na nossa Constituição Federal de 1988, e os princípios que nela são aplicados, ainda, levando em conta a passagem do regime militar, e a democratização do Brasil para um Estado Democrático de direito, e uma Republica Federativa, que visa dentro dos processos, também de uma forma a ser mais limpa e honesta, ouvindo todas as partes, dando chance de defesa para todos e respeitando os prazos vigentes nos nossos códigos.

Sem entrarmos em méritos constitucionais do art. 285-A do CPC, nosso caso concreto, consideramos injusto, inválida qualquer decisão neste sentido, posto que não foi observado o devido processo legal, onde um processo, independente dos entendimentos de mérito dos juízos, senão houver oportunidade de defesa e seu devido processamento, não é uma sentença válida, e para haver um processo devidamente legal, sem falarmos em julgamento de mérito, tem que possuir todos os procedimentos legais, importante ressaltar que em caso de não observância de tais exigências, fere o princípio do devido processo legal, e qualquer sentença deve ser anulada, pois, o direito de defesa, deve ser resguardado igualmente como o devido processamento para ser válido, justo e legal.

É fato que diante de tantos princípios que a nossa Constituição Federal traz, cada qual em seu grau de importância, sem radicalismo, e ressaltando que de nada adianta ter o acesso a justiça, como é previsto para todos, se essa justiça for falha, não observar os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, duplo grau de jurisdição, entre outros.

Assim, neste plano, fica claro que acaba sendo mais importante ou relevante do que ter o direito de pleito, é o modo de trata-lo, com todos os seus procedimentos, prazos e garantia de direito a todos os meios de recursos, ainda, observando o princípio da isonomia, igualdade para todos, aí serão raros os casos de injustiça da própria justiça.

Lembrando ainda, que o direito tardio é um modo de ferir o princípio do devido processo legal, uma vez que se há processo a serem cumpridos, e uma razoabilidade na duração do processo, quando se extrapola provavelmente houve ferimento a vários princípios e certamente traz com ele injustiça.

Precisamos de uma justiça mais célere, desde que sejam observados todos os princípios que norteiam nossa Constituição, prazos e recursos cabíveis, para que inclusive não vire caos no judiciário que ocorre quando há demora e ferimento aos princípios.

Bibliografias:

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo / 19. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, 2003, p. 88.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, 2003, p. 82.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 31.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 13 ed.rev., atual. e ampl.ed. Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / 18 ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, 2005, p. 92.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, 2002, p. 40 Apud NOWAK, ROTUNDA e YOUNG, Constitutional law, p. 484.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal / 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, 2002, p. 40 Apud NOWAK, ROTUNDA e YOUNG, Constitutional , p. 484

Op. cit. p. 41/42 Apud MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. RT 526 (1979), p. 298-299.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 31.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 13; Apud ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. 7. ed., São Paulo: Brasil Editora, 1952, p. 24. Apud AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do estado. Rio de Janeiro: Globo, 1968, p. 72.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 15-16
Apud PINE, Thomas. Rights of man – Common sense and other political writings.
Oxford University Press, 1995, p. 5.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 17
Apud PONTES DE MIRANDA. História e prática do habeas corpus. 7. ed., Rio de
Janeiro: Borsoi, 1972, p. 11.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 18.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p.22.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 24
Apud BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil.
Brasília: Senado Federal, 1989 p. 7.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 25
Apud BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 8.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 67.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 69
Apud CARVALHO, Luiz Airton de. Princípios processuais constitucionais. Cartilha
jurídica n. 28 TRF/1ª Região, set/94. p. 10.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 164
Apud JEFFERSON, Thomas. The Declaration of Independence, 4 de julho de 1776.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 164
Apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São
Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 177.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. 200
Apud SCHWARTZ, Bernard. A history of the Supreme Court. London: (Oxford
University Press, 1993, p. 42-43.)

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. Belo Horizonte, 1996, p. Apud
HAMILTON, Alexandre. The federalist papers. Harmondsworth: Penguin Books,
1961, p. 467-468.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, 2003.

Webgráficas

<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/969/Contraditorio> - acesso em 24/03/2012.

http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm - acesso em 16/05/2012.

<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/442810> - acesso em 27/09/2011.

RAMOS, João Gualberto Garcez; ***Evolução Histórica do Devido Processo Legal***; disponível em:

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600> - acesso em 24/03/2011.

SANTOS, Fernando dos; ***A Garantia Constitucional de Devido Processo Legal***. <http://jusvi.com/artigos/29833/2> - acesso em 10/03/2011.