



ENTRE O DIREITO AO PROCESSO QUALIFICADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: FUNÇÕES, DISTINÇÕES E REFLEXÕES CRÍTICAS¹

IN THE CROSSROADS OF THE RIGHT TO QUALIFIED ACCESS AND THE DUE PROCESS OF LAW: ENDS, DISTINCTIONS AND CRITICAL REFLECTIONS

*Guilherme Botelho*²

Resumo

O presente artigo tem a finalidade de delimitar as funções do devido processo legal na *civil law*, a partir do questionamento da validade e necessidade de sua faceta “substancial” em um modelo jurídico que, como o brasileiro, conta com o direito ao processo como princípio constitucional síntese que melhor expressa a possibilidade de controle da razoabilidade das leis, base normativa que sempre lastreou tal possibilidade anteriormente a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Direito ao processo. Devido processo legal. Controle de constitucionalidade.

Abstract

This paper aims to delineate the ends of due process in civil law by questioning the validity and necessity of the distinction of "substantial" in a legal model that, like Brazil, ascertains the right to due process as a constitutional principle that synthesizes what best expresses the possibility control the reasonableness of laws, a normative basis that always provided the basis that possibility prior to the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Right to process. Due process of law. Judicial review.

INTRODUÇÃO

Desde a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro possui a garantia do devido processo legal como produto de uma construção

¹ Submetido em 18/12/2013, pareceres emitidos em 10/05/2014 e 11/02/2014, aprovação comunicada em 15/04/2014.

² Mestre e Doutorando em Direito pela PUCRS. Pesquisador CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em direito da Universidade Feevale. Advogado em Porto Alegre (RS). E-mail: guilherme@botelhoemelani.adv.br



conceitual que evoluiu desde 1215 na *common law*. O *dueprocess*, desde que inserido em nosso arcabouço jurídico, vem merecendo constantes reflexões de nossos juristas a fim de alcançar-se seu efetivo espaço, que, como se tentará demonstrar a seguir, não deve ser idêntico àquele obtido na família jurídica da *common law*.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em 1215, compelido por seus barões, João Sem Terra outorga³ a *Magna Charta Libertatum*. Trata-se da mais famosa notícia⁴ que se tem de “[...] uma lei que se impõe ao próprio governante, antecipando a ideia fundamental de constitucionalismo do século XVIII.” (GRINOVER, 1973, p. 23-24) Entre suas principais garantias está a do art. 39, que utiliza pela primeira vez a expressão ‘*lawoftheland*’. A referida expressão é interpretada como a necessidade de observância das leis do país (da terra).

Trata-se de expressão que antecede diretamente a cláusula *dueprocessoflaw*, a qual apenas é utilizada pela primeira vez por Eduardo III, no estatuto de 1354. As referidas expressões podem ser vistas historicamente como sinônimos⁵. Na evolução do Estado Absoluto ao Estado de Direito, e na ausência de um sistema codificado, o direito ao devido processo legal (ou constitucional), “[...]”

³ Como bem observa Riccardo Guastini, existem diversos procedimentos de formação de uma Constituição. Ela pode ser fruto de elaboração e aprovação de uma assembleia constituinte eleita para este fim; pode ganhar legitimidade por um referendo popular; outras vezes é fruto de um decisão unilateral do soberano. Nesse último caso, diz-se que foi outorgada, ou seja, dada generosamente (ou imposta) pelo soberano a seu povo. (GUASTINI, 2007, p. 21).

⁴ Segundo Caenegem essas cartas solenes oferecidas pelos soberanos representam um marco na história do constitucionalismo europeu. Trata-se de pactos entre o príncipe e o seu povo, com uma mensagem fundamental ainda plena de significado, “[...] o princípio de que os governos são obrigados a actuar em conformidade com o direito e de que os súbditos (em 1215, os ‘homens livres’) são protegidos por este nas suas pessoas e nos seus bens. Por outras palavras contém a famosa noção do common Law, de que ‘ninguém por muito grande que seja, está acima do direito’ (com exceção, claro está, do Parlamento, que não é limitado por qualquer lei). [...]”. O primeiro teria surgido no norte da Espanha, no fim do século XII, porém foi a Magna Carta de João Sem-Terra que ganhou fama e teve, posteriormente, forte influência no desenvolvimento constitucional, em especial, da Inglaterra e dos Estados Unidos. (CAENEGEM, 2009, p. 106-107)

⁵ Nesse sentido: BRAGA, 2008, p.161. A autora lembra, ainda, que no direito inglês, a limitação do *dueprocess* não limita o legislador, mas o rei: “A máxima do devido processo legal, em solo inglês, não assegurava um controle do teor de sua legislação. O *dueprocessoflaw* implicava a limitação dos poderes do rei e, não, dos parlamentares.” (BRAGA, 2008, p. 165).



com as influências do pensamento do século XVIII, transforma-se na garantia fundamental do processo inglês.” (GRINOVER, 1973, p. 26)

As colônias norte-americanas, influenciadas pela doutrina inglesa, passam a utilizar-se do *dueprocess* “[...] não só como garantia de legalidade, mas ainda como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado.” (GRINOVER, 1973, p. 26) O *dueprocess* é acolhido constitucionalmente pela cultura estaduniense primeiramente em textos estaduais, passando posteriormente a integrar a ordem constitucional dos Estados Unidos através da Emenda V, e depois da Emenda XIV⁶ da Constituição. A cláusula de conteúdo vago acaba por se constituir no “[...] fundamento constitucional para permitir ao Judiciário o controle do exercício do Poder Legislativo.” (GRINOVER, 1973, p. 35) A garantia constitucional equipara-se ao dever de razoabilidade das leis na restrição dos direitos e se torna o princípio-síntese da *common law*^{7/8}. Em suma, na tradição da *commonlaw*, o *duesprocess* tem o papel de garantir a inafastabilidade da jurisdição⁹; é ele a base constitucional para o *judicial review*¹⁰.

Há identificação estreita, assim, com a ideia de *balancing* desenvolvida originariamente na *common law*, no intuito de coibir os excessos perpetrados no zelo da proteção aos direitos dos cidadãos no uso de suas liberdades públicas.

⁶ Tradução livre: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem denegará, a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição, a igual proteção da lei.” As duas emendas possuem significado idêntico sendo a primeira vinculativa ao governo federal e a segunda aos governos estaduais.

⁷ O *dueprocess* ultrapassa ao menos três estágios históricos do sistema anglo-saxão: em um primeiro momento atua como garantia de legalidade; depois, como garantia de um processo em conformidade com a ‘*common law*’; e, por fim, como verdadeira garantia da justiça. Nesse sentido: Grinover, 1975, p. 11.

⁸ Relevante estudo sobre a dimensão do substantive *dueprocess* no direito estadunidense é encontrado em: MATTOS, 2009, p. 29-90.

⁹ A esse respeito é válido destacar os ensinamentos de Daniel Mitidiero: “[...] no Rule of Law, seja qual for a sua vertente, há inafastabilidade da jurisdição (*judicial review*) com o emprego de um devido processo legal (*dueprocess of Law*). Agregando-se a esses dois elementos uma Constituição escrita, chega-se ao controle difuso de constitucionalidade, deferido a todos os membros do Poder Judiciário. As principais personagens convocadas para o tablado em que nasce e movimenta-se o direito, nessa vereda, são os juízes. O Rule of Law, pois, significa proteção pela via do Judiciário contra ‘qualquer exercício arbitrário de poder’.” (MITIDIERO, 2007, p. 20)

¹⁰ Não por acaso o Juiz Marshall, em sua célebre decisão, fundou-se no art. VI, 2ª cláusula da Constituição Federal estadunidense de 1787, que dispunha ser a Constituição “[...] shall be the supreme Law of the land; [...]”, conforme: Cappelletti, 1984, p. 47.



Entre o direito ao processo qualificado e o devido processo...

O devido processo legal, que tem no direito estaduniense função insuperável¹¹, no qual se constitui sob a dupla dimensão *substance* e *procedure dueprocess*, passa a ser visto por parte da doutrina de tradição romano-canônica de forma similar por forte influência de Eduardo Couture. Esse autor defende a dupla dimensão com pioneirismo no sistema codificado no ano de 1954 (COUTURE, 1954, p. 81-101), visualizando o dever da razoabilidade das normas na dimensão substancial: *odueprocess* como verdadeiro critério de constitucionalidade das leis.

Natural que a acolhida desta alta dimensão ao devido processo legal substancial levasse à conclusão de parte da doutrina (NERY JR., 2009, p. 76-81) de visualizar no devido processo legal o princípio-síntese do ordenamento jurídico processual brasileiro. Aliás, chama a atenção que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹² venha visualizando basicamente no devido processo legal a densificação dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

2 O DEVIDO AO PROCESSO E O DIREITO AO PROCESSO

Como bem pondera Humberto Ávila (1998, p. 56), é incorreta a concessão desta magnânima dimensão ao devido processo legal. O devido processo não pode ser confundido com os deveres de proporcionalidade e razoabilidade¹³, utilizados com a necessidade de resolver “casos de tensão” entre bens juridicamente protegidos. Na expressão de Ingo W. Sarlet “a técnica da ponderação de bens surge a partir da insuficiência da subsençãocomo técnica de aplicação do Direito quando da resolução de determinados problemas jurídico-constitucionais, em especial de casos concretos.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 210)

As razões para necessária distinção são de extremo relevo: as constituições brasileiras anteriores não previam o princípio do devido processo legal, o que jamais

¹¹ Como observa Hector Fix-Zamudio: “El conjunto de garantías constitucionales en el sistema jurídico estadounidense se depende y se concentra en el concepto del ‘due process of law, [...]’ (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 23).

¹² Adin n. 1922MC/DF, Tribunal Pleno do STF, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 24/11/2000.

¹³ Se tratará destes deveres de forma conjunta a fim de melhor retratar a confusão doutrinária que se quer criticar. Todavia, tratam-se de deveres que possuem funções e finalidades diversas. Para quem desejar aprofundar-se sobre a distinção prática entre eles, ver, por todos: Ávila, 2009, p. 151-176.



impediu a aplicação da exigência da proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento jurídico constitucional. A Lei Fundamental alemã também não o prevê, o que, por sua vez, também não impede o tribunal constitucional daquele país em aplicá-los com largo uso.

Aliás, chama a atenção que a ideia de proporcionalidade desenvolvida com rigor técnico na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e que influencia várias outras Cortes Constitucionais no mundo e que vem sendo, por vezes, utilizado como faceta do devido processo legal (“substancial”) tenha origem diametralmente oposta ao *balancing* estadunidense, em que pese atualmente tenham função e uso similar¹⁴. É que, enquanto aquele se origina como técnica de repressão aos abusos estatais contra o particular, este se desenrola como meio de limitar o excesso de zelo na proteção ao direito dos particulares no uso da não intervenção estatal da cultura do *laissezfaire*.

Outrossim, o devido processo legal, na forma como exposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), atua com evidência apenas no plano processual, não apenas judicial, mas sempre durante e diante do processo; enquanto que “[...] os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ para representá-los; [...]” (ÁVILA, 1998, p. 56)

É de se recordar que, ao prometer o controle jurisdicional, resta evidente também a promessa de justiça material da decisão, já que é esta sua fonte legitimadora. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Existem direito e pretensão à sentença, que se presume justa, porque o Estado ou os árbitros ‘prometem’ justiça. Implícita em tal promessa está a de ser favorável ao que tenha razão.” (PONTES DE MIRANDA, 1975, p. 16) Todavia, é de relevância a lembrança de Nelson Nery Jr.: “Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas

¹⁴ A esse respeito interessante texto: COHEN-ELIYA; PORAT. **American Balancing and german proportionality**: the historical origins. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/> at Staats – und Universitaetsbibliothek Hamburg>. Acesso em: 17 jan. 2013.



democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), [...]” (NERY JR., 2009, p. 52) Não por acaso que a doutrina extraiu, anteriormente a ordem constitucional vigente, do direito ao processo, a cláusula do *dueprocess*: “[...] por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.”^{15/16}

E, por não ser acolhida a dimensão extraprocessual do devido processo legal, como se expressasse os deveres de proporcionalidade e razoabilidade, entende-se não ser este o princípio processual do qual todos os demais emanam. Não se justifica, portanto, a afirmativa de que “[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *dueprocessoflaw* para que daí decorressem todas as consequências processuais [...]” (NERY JR., 2009, p. 77), e que é este “[...] o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.” (NERY JR., 2009, p. 77) Aliás, chama a atenção o fato de os próprios autores que defendem a condição do devido processo legal como sobreprincípio do qual os demais emanam reconhecerem que “[...] o acesso efetivo à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição) representa o objetivo final do princípio do devido processo legal,” (MATTOS, 2004, p. 798) reconhecendo ainda que o direito ao processo não se inclui dentre os subprincípios deste¹⁷. Se o devido processo legal visa apenas a

¹⁵ Cita-se a interessante passagem na íntegra: “No direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, §4º. Se bem que, nesse texto, decorre límpido, de fato, apenas o princípio da justiciabilidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranquilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.” (WAMBIER, 1991, p. 59).

¹⁶ No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover ao comentar o art. 153, §4º, da Constituição Federal de 1967, após a Emenda de 1969: “O § 4º do art. 153 liga-se diretamente, em nosso entender, à cláusula do *dueprocessoflaw* do sistema anglo-saxão e a esta deve ser associado. Representa uma garantia constitucional, cujo conteúdo é o direito ao processo.” (GRINOVER, 1973, p. 156).

¹⁷ É afirmação do autor: “Como se vê, o acesso à justiça, na medida em que impõe que ‘o sistema deve ser igualmente acessível a todos’ e, além disso, ‘produzir resultados que sejam individual e socialmente justos’, revela-se, a um só tempo, como pressuposto e objetivo final do devido processo legal. Por isso, naturalmente não pode ser um dos elementos estruturais do princípio do devido processo legal, como os subprincípios da igualdade de armas, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, etc.” (MATTOS, 2004, p. 804)



concretizar o direito ao processo, e este possui força normativa própria, resultaria até mesmo sem finalidade o *dueprocess*.

Não bastasse tais ponderações, é de se recordar que a Constituição brasileira, como é da tradição nas constituições europeias e nas latino-americanas, adota expressamente o direito à jurisdição ou de inafastabilidade da proteção jurisdicional. Note-se que, sendo o *judicial review* a norma fundante do sistema jurídico brasileiro “[...] que assegura a revisibilidade dos atos estatais que desbordem da juridicidade constitucional[...]” (MITIDIERO, 2007, p. 25) e tendo ele sua base constitucional no art. 5º, XXXV, não há razões para uma elevação quase que sublimar do devido processo legal. Conclusão contrária pode decorrer de um mito já denominado certa feita por José Carlos Barbosa Moreira de supervalorização dos modelos estrangeiros (ou “**a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha**”), caracterizado por “[...] um deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros.” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 07)

O direito fundamental processual síntese e que mesmo assim necessita dos demais para se potencializar é o *direito ao processo*. É nele que todos os demais atuam; mais do que isso, é ele o garantidor da própria eficácia de todos os demais direitos. Trata-se, portanto, do “[...] requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12) Daí, porque, em que pese seja correto afirmar o caráter instrumental do direito processual, é também indubitoso que entre o direito material e o processual existe uma “[...] *relação de reciprocidade*, porque as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais.” (ÁVILA, 1998, p. 54) Em síntese, o direito se faz da soma do direito material e do direito processual havendo uma “[...] relação de retroalimentação entre ambos. Cada um é instrumento do outro e sevem ambos à regulação da vida social.” (TESHEINER, 2008, p. 192)

Portanto, se é correto afirmar que o processo é instrumento apto a fazer atuar o direito¹⁸, não é menos correto concluir que o direito substancial também se

¹⁸ A esse respeito interessante a lição de Adolf Wach ainda no século XIX: “El proceso sirve a la finalidad del derecho material en la más amplia acepción de la palabra. Su finalidad no es la de



serve do processo para se constituir ou mesmo qualificar-se. De um lado, demonstra-se indispensável o direito material ao direito processual, no sentido de que este não teria razão de existir sem aquele; de outro, “[...] sem o direito processual não poderia existir um ordenamento que é caracterizado pela proibição de autotutela.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 94)

Ao aceitar-se que as normas processuais não detêm apenas natureza instrumental, aproxima-se também da lição de Pontes de Miranda (1975, p. 56-57), o que, por certo, é sempre companhia tranquilizadora. Por outro lado, a paralela aceitação da natureza instrumental do direito processual traz a companhia de outros tantos juristas de relevo, entre os quais, apenas a título ilustrativo, pode-se destacar Galeno Lacerda (1998, p. 23-24) e Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 177-364); mas note-se instrumental e não formal¹⁹ ou secundário. Nessa perspectiva, o direito processual civil atua “[...] *frainstrumentalit  operativa ed autonomia concettuale dinorme e istitutiprocessual*[...]” (TARUFFO, 1996, p. 554), dado que não   uma ciência que tenha um fim em si mesmo, mas que tem suas institui es aut nomas que se desligam do direito material para a ele dar eficácia.

A finalidade (jurídica)²⁰ do processo   a “atua o da vontade concreta do direito” (DINAMARCO, 2008. p. 250)²¹. Ao atuar o direito objetivo²² (e, em

larelaci n jurídica que constituye el objeto del proceso; es independiente de la existencia de larelaci n jurídica material, porque se trata de resolver sobre la pretensión de tutela jurídica que ha sido afirmada. [...]” (WACH, 1977, p. 67).

¹⁹ Vale destacar duas belas passagens de Galeno Lacerda em dois textos diversos que bem demonstram sua ênfase no caráter instrumental das normas processuais: “No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica,   que se preste ele a meio eficaz para defini o e realiza o concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destina o de veículo, de instrumento de integra o da ordem jurídica mediante a concretiza o imperativa do direito material.” (LACERDA, 1983, p. 10-11).

“O paralelo se revela primário em seu simplismo sofístico. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de defini o e realiza o daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não   direito material – direito formal, e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente a se, possui matéria e forma próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material sobre a qual opera.” (LACERDA, 1998, p. 24).

²⁰   que este não   o único escopo do processo, aliás, não   sequer o principal. Na correta li o de Cândido Rangel Dinamarco,   a destina o social e política do processo que mais importam. Os escopos sociais são a pacifica o com justiça e a educa o. De outro lado, os escopos políticos



decorrência, proteger os interesses legítimos), o processo realiza a justiça do caso concreto^{23/24}. Com isso não se nega a atividade criativa ou reconstrutiva do juiz: é que toda a aplicação ou atuação é também interpretação. Na tônica de Eros Grau: não existe aplicação sem interpretação (GRAU, 2009, p. 35). É que o processo não é um caminho lógico para descobrimento de uma norma pré-constituída. É através da interpretação que a norma se faz aplicável e é aplicada, sendo correto afirmar com apoio nos ensinamentos de Tullio Ascarelli que legislação e a interpretação são momentos sucessivos de uma mesma experiência²⁵. Em outras palavras “[...] a aplicação da lei não é mera interpretação reprodutiva, mas simultaneamente, produtiva e evolutiva.” (DELFINO; ROSSI, 2007, p. 455)

Exercido o direito de ação, este dá ensejo à sua antítese: o direito de defesa. O primeiro pertence exclusivamente ao autor (porque por ele exercido), o segundo ao réu. Mais do que isso, enseja também o direito à tutela jurídica; este pertencente a ambos²⁶. O direito de agir em juízo não apenas por questão cronológica, mas em especial por ser a válvula condutora para o desenvolvimento de todos os demais

são constituídos pela liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento. A esse respeito ver, por todos: Dinamarco, 2008, p. 177-263.

²¹ Ao assim afirmar-se, distanciamos-nos da ideia por vezes pregada de que o processo tem por escopo principal a tutela dos direitos subjetivos, como afirmam, v.g., Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2006, p. 240-241) e Marcelo Lima Guerra (GUERRA, 2003, p. 17-18). Nesse ponto acolhe-se a crítica de Jaime Guasp (GUASP, 1997, p. 12-13). É que se trata de uma evidente contradição, já que os direitos subjetivos são, por definição, interesses juridicamente protegidos, com o que o processo não daria às partes mais do que já têm. No mais, quem eventualmente almeja a tutela do direito é o autor não o processo (ou mesmo a jurisdição). Este visa à atuação do direito objetivo. Trata-se, portanto, de uma visão privatista do sistema: herança do praxismo que deve ser combatida.

²² Para quem desejar analisar a histórica divergência entre as correntes subjetiva, objetiva e intermediária, no exame da finalidade do processo, ver: SANTOS, 1970, p. 37-38. Sobre a influência que a adesão a uma ou a outra corrente impõe na visão de vários institutos de natureza ‘bifronte’, e a incoerência apontada por Liebman quanto às escolhas do legislador italiano, ver: Liebman, 1962, p. 155-173.

²³ Nesse sentido: Lacerda, 1983, p. 10.

²⁴ A questão parece superada. O processo tutela direito. O direito objetivo, todavia, apenas pode provar sua eficácia quando aplicado a uma relação concreta da vida. Trata-se, portanto, de atuação do direito para que ele não apenas exista, mas se faça valer. Nesse sentido: Wach, 1977, p. 21-29.

²⁵ Ver Ascarelli, 1958, em especial, p. 856-860.

²⁶ Nesse sentido: Marinoni, 2006, p. 260-261; Mitidiero, 2005, p. 49. Ao afirmar que a tutela jurisdicional não pertence apenas ao vencedor da demanda, diverge-se de corrente processual tradicional que se afirmou a partir dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman. A esse respeito, veja-se: Liebman, 1984, p. 147; Yarshell, 1998, p. 28-30; Bedaque, 2007, p. 509-510.



direitos fundamentais do processo, constitui-se não apenas em instrumento de justiça social e de garantia de liberdade, como também no princípio-síntese do ordenamento jurídico processual nos países de tradição romano-canônica. **Em suma:** por se tratar do “[...] mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles”, (MARINONI, 2006, p. 205) parece mais correto concluir que é do devido processo legal que decorre do direito ao processo e não o contrário.

O direito à tutela jurídica, potencializado por todos os demais direitos informativos do processo civil, atua de forma a garantir o direito ao processo qualificado a todos os jurisdicionados. Um instrumento apto a tutelar os direitos com eficácia e eficiência, destacando que não se tratam estas de expressões sinônimas, mas complementares: “*la primera concierne a las partes, su acceso a la maquinaria de protección; el último se refiere, en cambio, a la manera en la cual esa misma maquinaria trabaja.*” (CAPPELLETTI, 1991, p. 149)

Em suma, o seu exercício traz o direito de alegar, de provar, de dispor dos recursos postos à disposição no ordenamento jurídico e o de se fazer cumprir as decisões favoráveis ao seu interesse, mas nem todos estes direitos lhe integram originariamente. O direito de provar, por exemplo, advém da garantia ao contraditório. É correto afirmar que o direito ao processo é, durante seu exercício continuado através da ação processual²⁷, adjetivado pelos demais direitos informativos do direito processual civil a fim de compor o **processo qualificado**²⁸ prometido aos jurisdicionados e devido pelo Estado Constitucional.

Note-se que, seguindo a tradição dos países romano-canônicos, a cláusula assecuratória do direito ao processo toma as vestes da posição alocada pelo *due process* na tradição da *common law*, como verdadeiro princípio-síntese do

²⁷ A esse respeito, a lição de Daniel Mitidiero: “Exerce-se ‘ação’ processual ao longo de todo processo civil. Ao propor-se a demanda, ato concreto de ir a juízo, exerce-se ‘ação’, ao replicar-se também, ao requerer-se a admissão e a produção de provas exerce-se ‘ação’; ao recorrer-se igualmente. Enfim, exerce-se ‘ação’ quando se exercem os poderes inerentes ao formalismo processual, sendo a ‘ação’, ao fim e ao cabo, possibilidade de ir a juízo e exercer os poderes indissociáveis ao processo justo e equo, todos tendentes à obtenção de sentença, tendentes à obtenção de tutela jurisdicional. [...]” (MITIDIERO, 2005, p. 120).

²⁸ A respeito de nossa ideia sobre os contornos do processo qualificado, ver: Botelho, 2010.



ordenamento. Acaba tornando-se, assim, uma verdadeira norma de encerramento²⁹ do ordenamento jurídico-processual, na medida em que todos os demais direitos fundamentais do processo civil convergem ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal para a formação de núcleo comum e central. Daí, por que, a Corte Constitucional Espanhola acaba extraíndo do “*direito à tutela efectiva*” todos os demais direitos informativos do processo civil não expressamente positivados na Carta, como direitos implícitos integrantes deste princípio central.

Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais caracterizam-se como elementos objetivos da comunidade, como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Por conta disso, Pérez Luño (1995, p. 20 e ss.) aduz que os direitos fundamentais deixam de ser apenas garantias negativas dos interesses individuais, apresentando-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

Também o direito ao processo, enquanto direito fundamental, encontrará desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, nas eficácias dirigente e irradiante³⁰. A primeira refere-se à ordem dirigida ao Estado no sentido de obrigação constante de concretização e realização dos direitos fundamentais. A segunda, por sua vez, relaciona-se aos direitos objetivos fundamentais que dão diretrizes à aplicação e à interpretação do direito infraconstitucional.

Sem dúvida, uma das mais relevantes consequências da aceitação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é que sua irradiação não ocorre apenas nos direitos oponíveis aos poderes públicos, mas também nas relações privadas, (SARLET, 2007, p. 174) impedindo que os valores contidos nestas normas sejam lesados ou ameaçados, mesmo que por particulares.

²⁹ De forma diversa, neste ponto, conduzindo o devido processo legal como norma de encerramento das garantias fundamentais do processo: Mattos, 2009, p. 157.

³⁰ A expressão é utilizada por Sarlet, 2007, p. 173-174. A esse respeito dispõe J. J. Gomes Canotilho: “os efeitos irradiantes da cláusula de vinculação dos poderes públicos pelos direitos fundamentais exige, pelo menos, que se tomem a sério as várias dimensões dessa vinculação, ou seja, a sua actualidade, positividade e normatividade.” (CANOTILHO, 1993, p. 359).



Já na perspectiva subjetiva, o direito ao processo é considerado direito subjetivo individual, manifestando-se através de uma relação trilateral formada pelo titular, pela ação (ou omissão) exigível e pelo destinatário (o obrigado)³¹.

Na perspectiva subjetiva do direito fundamental, encontra-se justamente o grau de exigibilidade pelo titular do direito (seja pessoa individual, seja ente coletivo), perante o Poder Judiciário. Frise-se que essa exigibilidade é de intensidade variável, dependente de sua normatividade. Nessa perspectiva, o direito fundamental ao processo qualificado de cada cidadão como direito subjetivo, justamente encontra uma limitação enquanto constitui-se também direito objetivo de toda a comunidade³².

CONCLUSÃO

É imprescindível que volte a refletir-se quanto as funções que o devido processo legal que vem obtendo em nossa doutrina e jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal. A sua faceta 'substancial' visivelmente extrapola o intuito do constituinte que o previu como garantia a atuar "no processo" e, mais do que isso, vem a preencher um espaço que sempre foi ocupado pelo direito ao processo insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Este princípio, que autoriza ao Poder Judiciário o exame de ameaças ou lesões a direitos e desconhecido do common law, sempre serviu como fundamento à permitir o controle de razoabilidade das leis, anteriormente ao advento da Constituição democrática que, pela primeira vez em nossa história constitucional,

³¹ Nesse sentido é a lição de Alexy, que vale transcrever: "Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito." (ALEXY, 2008, p. 444)

³² Similar parece ser a compreensão sobre o tema de ilustre jurista alemão: "b) Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que, por casa de sua atualização, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o status do particular é organizado, delimitado e protegido, que, porém, por sua vez, primeiro pode ganhar realidade quando ela, pela atualização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, é cumprida com vida." (HESSE, 1998, p. 240).



previu o *dues proces of law*. Evidentemente que o direito ao controle de constitucionalidade das leis não surgiu apenas em 1988 na ordem jurídica brasileira, com o que é imprescindível que busque os reais contornos do devido processo legal, não podendo ser a mera substituição de função realizada por outro princípio ainda vigente em nossa ordem constitucional.

O devido processo legal é princípio que atua mesmo dentro do processo, sendo desnecessária e contrária ao texto constitucional a tentativa de se lhe extrair funções que sempre foram preenchidas com sucesso pelo direito ao processo e pelos postulados da razoabilidade e da legalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Padova, ano XII, n. 3, p. 844-860, set. 1958.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01-13.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal**. Salvador: Podivm, 2008.
- CAENEGEN, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Trad. de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-368.
- CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.



Entre o direito ao processo qualificado e o devido processo...

- CAPPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios processales en la actualidad. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, p. 148-159, set. 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American Balancing and german proportionality**: the historical origins. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/atStaats>>. und Universitaetsbibliothck Hamburg. Acesso em: 17 jan. 2013.
- COUTURE, EDUARDO J. La garanziacostituzionale del 'dovuto processo legale'. In: **Rivista di diritto processuale**. Volume IX, parte I. Padova: Cedam, p. 81-101, 1954.
- DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo**: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 429-459.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitución y proceso civil em Latinoamérica**. México: Unam, 1974.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- GUASP, Jayme. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 15-28.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8.
- LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revisita da Ajuris**, Porto Alegre, ano 10, n. 28, p. 07-14, jul. 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processual nel codice civile. In: _____. **Problemi del processocivile**. Milano: Morano, 1962. p. 155-173.



- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. **Genesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, n. 34, p. 798-820, out./dez. 2004.
- MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Max Limond, 1970. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- TARUFFO, Michele. L'insegnamento accademico del diritto processuale civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano L, n. 2, p. 551-557, giugno 1996.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 35, n. 110, p. 187-194, jun. 2008.
- WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1977. v. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 63, p. 54-63, 1991.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.