

MANOEL DOS REIS MORAIS

**ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA:
O DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO
INSTRUMENTO DE SUA REALIZAÇÃO**

FLORIANÓPOLIS - SC

2001

MANOEL DOS REIS MORAIS

**ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA: O PRINCÍPIO DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL COMO INSTRUMENTO DE SUA
REALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em direito.

Área de concentração: Instituições jurídico-políticas.

Orientador: Prof. Dr. Nilson Borges Filho

FLORIANÓPOLIS – SC


2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPGD
NÍVEL MESTRADO


A dissertação:

**ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA: O PRINCÍPIO DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL COMO INSTRUMENTO DE SUA
REALIZAÇÃO**

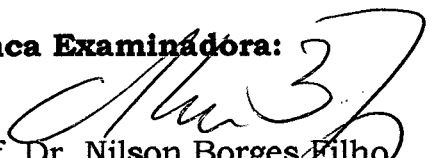
elaborada por **Manoel dos Reis Morais**, foi **APROVADA** à unanimidade por todos os membros da **BANCA EXAMINADORA**, sendo julgada **ADEQUADA** para obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.


Florianópolis - SC, 22 de março de 2001. 

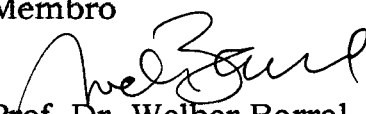
Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador do CPGD



Banca Examinadora:


Prof. Dr. Nilson Borges Filho
Presidente


Prof. Dr. Sérgio Cademartori
Membro


Prof. Dr. Welber Barral
Membro

Dedico este trabalho à minha esposa, Marielice Rosa de Oliveira Morais e meus filhos, Ricardo Manoel de Oliveira Morais e Vinícius Manoel de Oliveira Morais, pelo amor, paciência e, sobretudo, comunhão espiritual.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos devem abranger todos aqueles que ajudaram direta ou indiretamente na consecução do trabalho. Por isso a dificuldade, pois corre-se o risco de se esquecer alguém e, assim, a injustiça estará manifestada.

Menciono inicialmente meu orientador, Prof. Dr. Nilson Borges Filho, responsável por semear aos seus alunos da UNIMONTES uma nova forma de pensar o Direito e, assim o fazendo, colaborou com o rompimento de paradigmas. Desde então o Direito passou a ser enxergado como um instrumento de alcançar a *Justiça* em sua forma *plural*.

Agradeço também o Prof. Dr. Welber Barral, idealizador da parceria UNIMONTES – UFSC e CAPES.

Meus agradecimentos a Universidade Estadual de Montes Claros, aos colegas Professores e a todos os servidores desta Casa.

Aos amigos João Adilson Nunes Oliveira, Sandoval Fagundes Ruas, Aurenice da Mota Teixeira, Cynara Silde Mesquita Veloso, Dalton Caldeira Rocha, Eunápio Augusto Ferreira, Hamilton Almeida Ferreira, Herbert da Silva Gonçalves, Ionete de Magalhães Souza, Janice Cláudia Freire Santana, Kátia Vanessa Pires, Leonardo Linhares D. Machado, Margarida M. Barreto, Maria Aparecida de Oliveira e Rita Edite Lopes, pela convivência fraterna.

Por fim, lembro de todos aqueles que, diante das muitas injustiças destes dias, fazem alguma coisa para elevar a *dignidade da pessoa humana*.

RESUMO

A dissertação objetiva fazer uma revisão dos conceitos de Estado de Direito e *Justiça*, bem como erigir em instrumento jurídico da realização de ambos o *princípio do devido processo legal*. É que a Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado brasileiro como *Estado Democrático de Direito* e, como um de seus valores supremos, a *Justiça*. Por isso do intuito perscrutar-lhes o conteúdo e, também, estatuir um instrumento jurídico capaz de realizá-los – o *princípio do devido processo legal*.

A dissertação está dividida em três capítulos, além da introdução e das considerações finais.

O primeiro capítulo analisa o “Estado de Direito: ambiente para realização do ser humano”.

O segundo capítulo foi intitulado “Justiça: dinâmica da dignidade da pessoa humana”.

O terceiro capítulo foi nominado como “Princípio do Devido Processo Legal: instrumento de efetivação do Estado de Direito e da Justiça”.

Em derradeiro momento, vieram as considerações finais. Nelas ressaltaram-se os elementos identificadores de cada um dos princípios abordados (Estado de Direito, *Justiça* e *Devido Processo Legal*), no sentido de comprovar a hipótese aventada.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Abhandlung hat das Ziel, eine Neubearbeitung über die Begriffe vom Rechtsstaat und von der Gerechtigkeit auszuführen, sowie das Prinzip des Rechtsverfahrens als ein juristisches Instrument zur Erlangung beider zu errichten. Die Bundesverfassung von 1988 hat den brasilianischen Staat als einen demokratischen Rechtsstaat und die Gerechtigkeit als einen seiner höheren Werte erklärt. Deswegen, hat sie das Prinzip des Rechtsverfahrens gesetzt, um eine Erforschung des Inhalts beider Institutionen zu ermöglichen und auch ein fähiges juristisches Instrument zur Erreichung derselben zu begründen.

Die Abhandlung ist in drei Kapitel verteilt, ausser der Einführung und den Schlussbemerkungen.

Das erste Kapitel studiert den "Rechtsstaat: die Umwelt zur Erfüllung des menschlichen Wesens".

Das zweite Kapitel wurde "Die Gerechtigkeit: Dynamik der menschlichen Würde" betitelt.

Das dritte Kapitel wurde "Das Prinzip des Rechtsverfahrens: ein Instrument zur Erreichung des Rechtsstaats und der Gerechtigkeit" benannt.

Im letzten Moment, kamen die Schlussbemerkungen. Darin, wurden die identifizierenden Elemente jedes Prinzips dargestellt (Rechtsstaat, Gerechtig-keit und regelmässiges Rechtsverfahren), um die Hypothese beweisen zu können.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	
Estado de Direito: ambiente para realização do ser humano	6
1. Conceito de Estado de Direito: elementos imanentes	8
2. Estado de Direito e Direitos Humanos	23
3. Estado (de Direito) como meio	32
4. Evolução do Estado de Direito	41
CAPÍTULO II	
Justiça: dinâmica da dignidade da pessoa humana	70
1. Idéia de Justiça e Estado de Direito	72
2. Âmago da Justiça	78
3. A Justiça e seus atributos	82
4. Classificação da Justiça	92
5. Justiça e dignidade da pessoa humana	123
CAPÍTULO III	
Princípio do Devido Processo Legal: instrumento de efetivação do Estado de Direito e da Justiça	137
1. Contextualização histórica comparada	139
2. O devido processo legal como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro até 1988	170
3. O devido processo legal como realidade do direito positivo	179
4. Funções do devido processo legal	211
CONSIDERAÇÕES FINAIS	223
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	232

INTRODUÇÃO

O tema da presente dissertação guarda estreita relação com a resolução da conflituosidade judicial, qual seja: *“Estado de Direito e Justiça: o princípio do devido processo legal como instrumento de sua realização”*. É que o Estado brasileiro conformou-se, com a Constituição Federal de 1988 (art. 1º), em Estado Democrático de Direito e, no preâmbulo, consignou a *Justiça* expressamente como um de seus valores supremos.¹

Nas duas matrizes teóricas – *Estado de Direito e Justiça* – impera um plexo principiológico de grande extensão e, pela só razão de a primeira estar situada entre os *princípios fundamentais*, e de a segunda figurar como *valor supremo*, importa asseverar que toda a dinâmica do Estado brasileiro deve, por elas, estar permeada.

Por isso do interesse em investigar tais princípios, perscrutando-lhes o alcance jurídico e situando-os teoricamente. Num segundo momento, volvê-los para a *práxis*,

¹ A introdução foi elaborada com base nas orientações metodológicas de VIEIRA, **Como escrever uma tese**, e, OLIVEIRA, **Monografia jurídica**.

no sentido de assentá-los como elementos unificadores para ordenamento jurídico.

O Estado contemporâneo ressenete-se dessa harmonia, pois está imerso numa gama de normas tal que impossibilita ao operador jurídico conhecê-las na totalidade, fato que traz, muitas vezes, desassossego no mister da jurisdição. Daí a afirmativa da estreita relação do tema com a resolução dos conflitos judiciais.

Esse foi o principal móvel da escolha do tema.

Enfocando as duas matrizes teóricas mencionadas, procurou-se, a seguir, pelo instrumento jurídico apto a realizá-las. Verificou-se que o *fio condutor da objetividade prática* de ambas seria o *princípio do devido processo legal*, instituído no rol dos *direitos e garantias fundamentais* da Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LIV.

Três questões básicas nortearam o trabalho: 1) perscrutar o verdadeiro sentido da expressão Estado Democrático de Direito; 2) o alcance do *valor supremo Justiça*; e, por fim, 3) o princípio do *devido processo legal* como instrumento para realização do Estado de Direito e da *Justiça*.

O pressuposto lógico da pesquisa está na convicção de que, o conhecimento teórico das três formulações possibilita uma nova visão do Direito, pois situará o Estado de

Direito como ambiente para realização do ser humano e a *Justiça* como dinâmica da dignidade da pessoa. Em conseqüência, sai renovada a pragmática jurídica.

O Estado de Direito é paradigma e, sobre ele, paira uma série de pressuposições. Daí a pesquisa ter sido dividida em três capítulos, conforme a disposição do tema. Algumas categorias foram utilizadas, cujos conceitos operacionais estão dispostos ao longo do desenvolvimento.

Várias foram as fontes consultadas, restando evidenciadas como pontuais as seguintes: a) Jorge Reis Novais, **Contributo para uma teoria do Estado de Direito - do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito;** b) Elias Díaz, **Estado de Derecho y sociedad democrática;** c) Aristóteles, **Ética a Nicômacos;** d) Giorgio Del Vecchio, **A Justiça;** e) Chaïm Perelman, **Ética e Direito;** f) Hans Kelsen, **Teoria Geral do Estado e do Direito, O problema da justiça e O que é justiça?;** g) André Franco Montoro, **Introdução à Ciência do Direito;** h) Maria Rosynete Oliveira Lima, **Devido Processo Legal;** e, i) Carlos Roberto de Siqueira Castro, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.**

O método de abordagem foi preponderantemente o dedutivo e, eventualmente, o indutivo; a técnica pesquisa bibliográfica.

A estrutura da dissertação compreende a introdução, três capítulos e as considerações finais.

O primeiro capítulo analisa o “Estado de Direito: ambiente para realização do ser humano”. Inicialmente perscrutou-se um conceito a partir dos seus elementos imanentes; depois, o Estado de Direito e Direitos Humanos como sendo duas lutas de um só tempo; em seguida, o Estado de Direito como meio para realização do ser humano e, por último, a evolução histórica do Estado de Direito, evidenciando os três estágios: liberal, social e democrático.

O segundo capítulo foi intitulado “Justiça: dinâmica da dignidade da pessoa humana”. A demonstração partiu, primeiramente, pela ligação da idéia de justiça e o Estado de Direito, logo após, encetou-se averiguar o âmago da justiça, seus atributos e as diversas classificações para, ao final, unir o conceito de justiça com a dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo foi nominado como “Princípio do Devido Processo Legal: instrumento de efetivação do Estado de Direito e da Justiça”. Tendo em conta a proposta de colocá-lo como *instrumento realizador*, de início verificou-se que sua idealização está nos precedentes históricos do próprio Estado de Direito. Neste intento, perpassou-se pelos anseios libertários da pessoa humana, pelo *due process of law* no

Direito Inglês e norte-americano e nas contingências constitucionais brasileiras anteriores a 1988. Seguidamente, vislumbrou-se o devido processo legal como espécie implícita no ordenamento jurídico brasileiro até 1988 para, em seguida, divisá-lo como realidade do direito positivo, visto que instituído pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LIV), projetando a sua abrangência no direito brasileiro e o caráter dual – *procedimental e substancial*. Ao final, evidenciou-se suas funções de controlador do poder e da constitucionalidade das leis, bem como de instrumento legitimador da construção na interpretação.

Em derradeiro momento, vieram as considerações finais. Nelas ressaltaram-se os elementos identificadores de cada um dos princípios abordados (Estado de Direito, Justiça e Devido Processo Legal), no sentido de comprovar a hipótese aventada.

CAPÍTULO I

ESTADO DE DIREITO:

AMBIENTE PARA REALIZAÇÃO DO SER HUMANO

No discurso articulado desta dissertação, este capítulo objetiva expor o Estado de Direito como ambiente para realização do ser humano, o que se fará a partir da problematização de seu conceito.²

Quanto ao conceito de Estado de Direito³, em primeiro plano procurou-se focar a teoria formalista de Estado, para a qual todo Estado seria um Estado de Direito e, logo em seguida, o aspecto *dominação* que pode permear este

² A disposição do desenvolvimento da dissertação, as notas de rodapé, as considerações finais e a bibliografia foram formalizadas conforme lição de NUNES, **Manual da monografia jurídica**.

³ FERREIRA FILHO afirma que “a locução *Estado de Direito* foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtsstaat*. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: *despotismo, teocracia e Rechtsstaat*. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl lhe deram a feição definitiva. Entretanto, o Estado de Direito, na fórmula clássica, provém de uma longa e profunda tradição. É ela a da existência de um Direito não criado pelos homens, superior ao Direito positivo que o Poder edita.” (**Estado de Direito e Constituição**, p.5).

CANOTILHO refere ao Estado de Direito em duas dimensões: “Estado de direito” e “Estado democrático”. O silêncio acerca da completude da locução não importa em desprezar o aspecto democrático. A alusão é feita a um Estado com qualidades, ou seja, um Estado de direito indissociável do aspecto democrático (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.89).

conceito. Demonstrou-se no primeiro item a impossibilidade de se aceitar a teoria formalista, por não ser generalizável para o desiderato proposto. É que a formulação jurídica só aceita como Estado de Direito aquele que tiver como cerne das suas preocupações a proteção e garantia dos direitos fundamentais. Adotou-se neste sentido as formulações conceituais de Elías Díaz e Jorge Reis Novais.

Em segundo momento, referenciou-se que Estado de Direito e Direitos Humanos têm a mesma história, pois o nascedouro de um se deu no mesmo berço do outro. Utilizou-se o paradigma das dimensões de direitos para configuração do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático.

Estabelecido o Estado de Direito como criado para proteção dos direitos e indissociável de tal aspiração, demonstrou-se que deve sempre converter-se em meio para realização do ser humano, tendo a *Justiça* como meta, o que se fez centrando sua evolução histórica e os importantes valores que deram a tônica de seu estágio atual.

Em atenção à função metodológica, este capítulo procura estabelecer que, tendo como cerne de suas preocupações os direitos fundamentais, fundir-se-á numa só matriz teórica Estado de Direito e *Justiça*, cuja realização se opera pelo princípio do *devido processo legal*.

1. Conceito de Estado de Direito: elementos imanes

1.1. Proposta conceitual

O projeto aqui é a formulação de um conceito voltado para a essência, com demarcação dos elementos que são substanciais e imprescindíveis para aquilatação de um Estado como sendo Estado de Direito.

O enfrentamento do problema não é uma lucubração vazia de conteúdo, pois ao se demonstrar os elementos substanciais do conceito, delimitar-se-á, com clareza, que nem todo Estado pode ser tido como Estado de Direito.

1.2. Teoria formalista

Hans Kelsen é um dos teóricos que enxergou que todo Estado é um Estado de Direito, ou seja, vislumbrava apenas o aspecto formal da espécie, sem perscrutar-lhe o arquétipo substancial; essa teoria foi denominada formalista.⁴

⁴ **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p.279.

As conclusões de Kelsen surgem do estudo que fez do binômio Estado e Direito, pois concebe o *Estado como ordem jurídica total*,⁵ asseverando que:

*“(...) a tentativa de legitimar’ o Estado como Estado ‘de Direito’ revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica.”*⁶

Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer afirma que para Kelsen, o Estado é um Estado de Direito permanente, porquanto a personalidade jurídica do Estado é a expressão da unidade de uma normatividade jurídica.⁷

José Afonso da Silva conclui que a teoria formalista kelseniana deformou o conceito de Estado de Direito, ao assinalar que:

“A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. (...) Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais. (...) Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim

⁵ **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p.279.

⁶ *Ibidem*, p.353.

⁷ **Ideologia, Estado e Direito**, p.75-76.

*(o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. (...)*⁸

1.3. Aspecto dominação (sociológico e marxista)

Noutro viés, mas importante para a conclusão que será lançada adiante (da inviabilidade de se aceitar a proposição de Estado de Hans Kelsen), diz respeito ao aspecto dominação que permeia o ordenamento jurídico.

Expõe Max Weber que existem três tipos puros de dominação legítima. No pólo do dominado, afirma que vários motivos levam à submissão, como o interesse, afeto, vantagens, inconvenientes, inclinação pessoal, etc. Salaria que com apenas isto a dominação seria instável; completa, então, asseverando que a relação entre dominantes e dominados encontra apoio em bases jurídicas.⁹

O aspecto mais próximo do objeto do trabalho é aquele pertinente à dominação legal. Neste contexto, Sérgio Cademartori afirma que:

“(...) a dominação dá-se a partir de um cálculo racional utilitário do dominado entre as vantagens da obediência

⁸ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.118-119.

⁹ **Sociologia**, p.130.

e as desvantagens da desobediência à ordem do soberano (daí a sua 'racionalidade'); mas o mais importante neste tipo de dominação é que a ordem do soberano é corporificada em norma legal, impessoal e genérica, com previsão de conseqüências jurídicas. (...)"¹⁰

A tônica dominação está presente na lição de Louis Althusser acerca da idéia marxista de Estado. O autor o expõe como um *aparelho de repressão* a serviço das classes dominantes, para lhes assegurar a autoridade sobre a classe operária, submetendo-a ao processo de exploração capitalista. Eis suas palavras:

"A tradição marxista é formal: o Manifesto e do 18 Brumário (e em todos os textos clássicos posteriores, sobretudo no de Marx sobre a Comuna de Paris e no de Lênin sobre o Estado e a Revolução), o Estado é explicitamente concebido como um aparelho repressivo. O Estado é uma 'máquina' de repressão que permite às classes dominantes (no século XIX à classe burguesa e à 'classe' dos grandes latifundiários) assegurar a sua dominação sobre a operária, para submetê-la ao processo de extorsão da mais-valia (quer dizer, à exploração capitalista)."¹¹

¹⁰ **Estado de Direito e Legitimidade**, p.18.

¹¹ Aduz o autor que a locução *Aparelho de Estado* compreende não somente o aparelho especializado, que ele reconhece como necessário, tais como a política, os tribunais, as prisões, mas também o exército e, por fim, acima destes, o Chefe de Estado, o Governo e a Administração (**Aparelhos Ideológicos de Estado**, p.62-63).

Noutro passo, como travejamento para a idéia marxista de Estado, é oportuna a lição de COUTINHO, acerca da exposição sobre a *dominação de classes*. O autor chama a atenção para *algumas questões de método* antes de adentrar na abordagem marxista de Estado, acerca das categorias *restrita* e *ampla*, pontuando que a hipótese de definição abstrata do Estado (*todo Estado é uma ditadura de classe*) conduziu à anulação das diferenças concretas entre Estados fascistas e Estados liberal-democráticos. Estado amplo e

Nas proposições de Max Weber e Louis Althusser o ponto de convergência é o aspecto *dominação*. Estas idéias de Estado fornecem importantes elementos para se rechaçar a compreensão formalista de Hans Kelsen.

Se se conceber todo Estado como Estado de Direito – na idéia de Hans Kelsen *ordem jurídica total* – o aparelho Estado poderá estar a serviço não da democracia, mas também para legitimar o arbítrio de uma determinada classe.

Nilson Borges Filho aduz que:

“(...) O direito é uma realidade social, que deve estar a serviço da Justiça. A rigor, o direito é um fenômeno histórico e, como tal, a sua aplicação não consiste apenas na observância da legalidade, nem reduz-se a ela. (...)”¹²

A formulação de Direito como uma realidade social assinala que o Direito não é somente as leis que o Estado edita. O Estado apenas deverá descobri-lo no meio social e,

restrito ressaem do conjunto formado pela sociedade política e a sociedade civil. O primeiro resulta da junção de ambas e, o segundo apenas pela sociedade política. Saliente-se que no recinto da sociedade civil as classes buscam a *hegemonia* através da *direção* e do *consenso*. (**Marxismo e Política: a dualidade de poderes e outros ensaios**, p.14-16 e 54).

Para BOBBIO a teoria marxista concebe o Estado em duas proposições (concepção *negativa* de Estado, em contraposição a Hegel, que seria *positiva*), quais sejam: a) *consideração do Estado como pura e simples superestrutura que reflete o estado das relações sociais determinadas pela base econômica*; b) *a identificação do Estado como aparelho de que se serve a classe dominante para manter seu domínio, motivo pelo qual o fim do Estado não é um fim nobre, como a justiça, a liberdade ou o bem-estar, mas pura e simplesmente o interesse específico de uma parte da sociedade; não é o bem comum, mas o bem da classe dominante, o bem particular de quem governa. (...)”* (**A Teoria das Formas de Governo**, p.164).

¹² **Direito da razão ou a razão do direito**, p.6.

assim, fazê-lo emergir (através da lei) como vontade geral e, não como instrumento de opressão desta ou daquela classe. Acontecendo isto, defrontar-se-á com uma pseudo democracia.¹³

Uma ordem jurídica justa é aquela que tem observância irrestrita ao valor *Justiça* e que vislumbra, de forma tenaz, a *dignidade da pessoa humana*. A estrita legalidade não é consentânea com a democracia, já que não admite questionamento do produto legislativo.

As leis muitas vezes aparecem na ordem jurídica com interesses outros que não a valorização da pessoa (*dignidade da pessoa humana*). Isto ocorrendo, surgirá a possibilidade do direito de resistência, como aconteceu na Alemanha nacional-socialista. É o que afirma Edgar Bodenheimer acerca de alguns julgados da Corte Suprema da Alemanha Ocidental:

“(...) em caso de mandamentos legais inteiramente absurdos e intoleravelmente desarrazoados, o direito de resistir à sua execução pode até, em determinadas circunstâncias, transformar-se no dever legal de não cumprir tais determinações. (...)”

(...) a lei que determinava a quem tivesse uma arma que matasse os desertores do serviço militar, independentemente de processo, violava cânones fundamentais de ‘direito natural’, e, sendo assim, não poderia ser impunemente aplicada. (...) uma lei ou qualquer outro ato oficial ‘atinge o seu limite quando entra em choque com os princípios de direito

13

Direito da razão ou a razão do direito, mesma página.

*universalmente aceitos, ou quando o contraste entre o direito positivo e a justiça se torne tão gritante que o direito positivo, revelando-se um 'falso direito', tem de ceder à justiça. (...)*¹⁴

Nilson Borges Filho salienta que o Direito no Brasil tem sido permeado pela prevalência dos interesses de uma ou outra classe – aspecto *dominação* (de 1824 a 1934 os interesses de uma elite agrária e, de 1937 a 1969 uma ordem jurídica autoritária, exceção à época populista de 1946-1964). Por isso a necessidade, como adverte aquele autor, de se conhecer o verdadeiro papel do Direito.¹⁵

1.4. Elementos para uma formulação conceitual

O Estado de Direito, como proposta deste trabalho, não se compadece com o formalismo da doutrina de Hans Kelsen. Isto porque, a lei, no Estado de Direito (Democrático) deve garantir e fazer prevalecer os direitos humanos fundamentais, tendo como valor indissociável a *Justiça*.¹⁶

¹⁴ **Ciência do Direito**, p.254-255.

¹⁵ **Direito da razão ou a razão do direito**, p.4-10.

¹⁶ Cf. NOVAIS, **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.16.

Nesse sentido, é de se lembrar do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispõe que toda sociedade onde não haja garantia dos direitos e não esteja assegurada a separação dos poderes não tem constituição.¹⁷

A Declaração é um marco para a afirmação de que nem todo Estado é um Estado de Direito, com a conformação que se conhece nos dias de hoje, vez que aquela comunidade que não tiver assegurado a *garantia dos direitos* e a *separação de poderes* não pode ser concebida como assentada num *Estado Constitucional*.¹⁸

A disposição citada não é única a dar caracteres do moderno Estado de Direito, pois nos artigos 3º ao 6º, afirma-se que: a) a *soberania reside na nação* – cuja afirmativa procura alertar o não reconhecimento do arbítrio no exercício do poder; b) o *império da lei* – todos os limites aos direitos só podem ser determinados pela lei; e, c) a *lei como*

¹⁷ COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.140.

¹⁸ Um sentido de Constituição fornece-o Ferdinand Lassale, qual seja: “*uma Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso. Da mesma forma, e pela mesma lei da necessidade que todo corpo tenha uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, tem, pois não é possível imaginar uma Nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam*” (**A essência da constituição**, p. 29). Advirta-se que este sentido possui conotação sociológica e não jurídica. A proposta de um conceito, para o desiderato do trabalho, passa por uma concepção de substância, ou seja, de que realmente haja *garantia dos direitos* e também *separação dos poderes*, como enuncia o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

expressão da vontade geral – no sentido de que cabe a todos os cidadãos concorrer para formação da lei.¹⁹

Já se pode, com as normas dessa Declaração, vislumbrar os traços essenciais do Estado de Direito. Todavia, no sentido que hoje se entende, há que se levar em conta o *princípio democrático*.

Atualmente alguns Estados afirmam-se não só como Estado de Direito, mas somam o designativo democrático e, às vezes, o social ao seu *nomen iuris*.²⁰ A Constituição

¹⁹ Cf. COMPARATO, p.139.

“Art. 3. O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.

Art. 5. A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

Art. 6. A lei é expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos.”

²⁰ É o caso de Portugal que, no art. 2º, da Constituição, formalmente instituiu a “República Portuguesa como um Estado de direito democrático”, como dá notícia CANOTILHO. (**Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.219).

SILVA informa que ocorre semelhante situação com a Espanha que, no art. 10 de sua Constituição afirmou que constituía-se em *Estado Social e Democrático de Direito* (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.116).

Brasileira de 1988 instituiu a República Federativa do Brasil como *Estado Democrático de Direito*.²¹

O conteúdo dos princípios – *Estado Democrático de Direito* –, é indagação constante, ou seja, numa mesma expressão, introduziu o legislador elemento novo – democrático, situação que deixa o Estado de Direito com aspecto inovador, mas que, em substância, quer dizer a mesma coisa, dado que se trata de uma evolução do *status quo*.

É que a compreensão do Estado de Direito no estágio atual seria indissociável do aspecto democrático, conforme assinalam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, que afirmam:

*“(...) as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado de Direito.”*²²

Muito embora as assertivas dos autores conduzam à uma compreensão dependente dos princípios, linhas adiante - na mesma obra - aduzem que essa ligação estreita não impede a percepção específica de cada um dos

²¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...).

²² Cf. CANOTILHO e MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1. p.73.

princípios, tanto que J. J. Gomes Canotilho desenvolve o estudo dos princípios em etapas destacadas.²³

José Afonso da Silva propõe uma espécie de ideário progressista, visto que vê na conjugação dos dois princípios uma forma revolucionária que muda o *status quo*, ou seja, a concepção pura de Estado de Direito. São suas palavras:

*“O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. (...)”*²⁴

Status quo para o autor é o Estado de Direito com feições tradicionais, anteriormente ao apogeu democrático do início do século XX.

Nessa linha de raciocínio, Celso Ribeiro Bastos conclui tratar-se, os princípios contemplados na Constituição Federal de 1988, de um conceito híbrido e, para sua compreensão, afirma ser necessário percorrer a evolução histórica do Estado de Direito até o momento contemporâneo, com o ápice das preocupações democráticas.²⁵

O *princípio do Estado de Direito*, como anota J. J. Gomes Canotilho, possui como síntese os seguintes

²³ **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.239-318.

²⁴ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.116.

²⁵ **Curso de Direito Constitucional**, p.156-157.

pressupostos: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais; e, 4) divisão dos poderes.²⁶

Esse arquétipo, sem a junção do princípio democrático, embora seja a espinha dorsal dos Estados modernos, pode se traduzir apenas numa organização formal e, para que haja a incorporação revolucionária para sua transformação, como lembra José Afonso da Silva, necessário se faz a agregação do princípio democrático²⁷.

J. J. Gomes Canotilho refere, também, a um *Estado com qualidade*, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado*

²⁶ **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.239-246.

²⁷ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.116.

constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito.²⁸

José Afonso da Silva concebe o princípio democrático como conceito histórico e meio para consecução dos direitos, enfim, verdadeiro processo de conquista ainda irrealizado:

*“Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento para realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluer social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.”*²⁹

Jean-Jacques Rousseau aduz que se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não seria conveniente aos homens.³⁰

Essa democracia a que alude Rousseau é a denominada *democracia integral, pura*, conforme ele mesmo faz referência na obra, no sentido de que todos os homens estariam a participar dos destinos do governo. Todavia, ele mesmo

²⁸ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.89

²⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.129-130.

³⁰ **Do Contrato Social - ensaio sobre a origem das línguas**, p.151.

assevera da impossibilidade e, compreensivelmente, acaba finalizando o *Capítulo IV – Da Democracia* como sendo um instituto reservado aos deuses.

Com isso, não está ele querendo afastá-la do alcance dos seres humanos, mas que se tenha ela como um caminho, uma meta, um destino, a ser alcançado.

Nesse sentido, Paulo Bonavides propõe a elaboração de um conceito e, utilizando-se das lições de Hans Kelsen, afirma que a democracia é, sobretudo, o caminho *da progressão para a liberdade*.³¹

Sem descurar dessa questão da democracia, mas pontuando-a o quanto basta, chega o momento de se estabelecer, após esta exposição, o conceito de Estado de Direito e, para tanto, utiliza-se da lição de Elías Díaz, para quem o Estado de Direito:

“(...) é o Estado submetido ao Direito, é dizer, o Estado cujo poder e atividade vem regulados e controlados pela lei. O Estado de Direito consiste fundamentalmente no ‘império da lei’: Direito e lei entendidos neste contexto como expressão da ‘vontade geral’. O Estado de Direito, como Estado com poder regulado e limitado pela lei, se contrapõe a qualquer forma de Estado absoluto e totalitário, como Estados com poder ilimitado, no sentido

³¹ **Ciência Política**, p.267.

de não controlado juridicamente, ou ao menos insuficientemente regulado e submetido ao Direito."³²

Jorge Reis Novais, chamando a atenção para o escopo maior do Estado de Direito, aduz que a caracterização de um Estado como tal só se dará quando o centro de suas preocupações forem os direitos fundamentais:

*"Podem variar as técnicas formais de vinculação e limitação do Estado; pode haver 'muito' ou 'pouco' Estado; as formas de organização do poder político e os sistemas de governo não serão necessariamente idênticos, mas só haverá Estado de Direito quando no cerne das preocupações do Estado e dos seus fins figurar a protecção e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito. (...)"*³³

Com isso e à guisa de considerações deste item, adotando-se como conceito o de Elías Díaz, sem deslembrar a lição de Jorge Reis Novais, pode-se afirmar que um Estado, para se configurar como Estado de Direito – no estágio histórico atual, será aquele que tem como ponto central de suas preocupações a protecção e garantia dos direitos fundamentais, e ainda, a lei como expressão da vontade geral, a divisão de

³² "(...) el Estado de Derecho es el Estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el 'imperio de la ley': Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la 'voluntad general'. El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente, o al menos insuficientemente regulado y sometido al Derecho." (**Estado de Derecho y sociedad democrática**, p.17).

³³ **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.16.

poderes e a atuação dos órgãos do poder consoante a lei, com possibilidade de controle judicial.

2. Estado de Direito e Direitos Humanos: duas lutas de um só tempo

Os direitos humanos, com a feição que se conhece hoje, são um fato histórico recente, pois é de pouco mais de dois séculos, cujos marcos datam das revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), no século XVIII, embora se possa enumerar alguns documentos antecedentes que, todavia, são mais concessões que declarações, dado o pouco alcance e abrangência que tiveram.³⁴

Na esteira dessas afirmações, pode-se dizer que a história do Estado de Direito é, também, a história dos chamados *direitos humanos*.

Assinale-se com José Afonso da Silva que, desde quando a sociedade dividiu-se em proprietários e não proprietários fundou-se a *dominação*³⁵, sendo que o Estado,

³⁴ Cf. BESTER, **Cadernos de Direito Constitucional - Parte I: teoria constitucional**, p.150.

³⁵ A propósito do vocábulo *dominação*, o *Dicionário Crítico de Sociologia* traz no verbete a seguinte anotação: *Entre indivíduos, grupos, classes e Estados, as relações de poder, de prestígio, de riqueza são marcadas por uma desigualdade mais ou menos forte. Além disso, muito freqüentemente essas desigualdades não são facilmente nem*

originário destas eras, surgiu para dar guarida à *situação instalada*, e o ser humano, desde então, pôs-se a lutar para libertar-se destas amarras.³⁶

Até o surgimento das Declarações Americana e Francesa não se pode falar na existência de direitos, mas somente de deveres. É neste sentido que Norberto Bobbio estabelece raciocínio do surgimento de um novo paradigma, afirmando que:

*“O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos. (...)”*³⁷

Seguindo este raciocínio, o autor afirma que os documentos ingleses, como a *Magna Cartha Libertatum* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689), não tiveram o condão de estabelecer

completamente justificáveis. Não são nem acidentais, nem parciais. Ao contrário, são duráveis e mesmo cumulativas. São sistemáticas. É a propósito desse conjunto de fatos que se fala de ‘dominação’. Evidentemente, esse conjunto é complexo. Contém dados seguros, mas também descrições confusas e explicações duvidosas. Pode acontecer, enfim, que esses fenômenos muito complexos, e que podem ser tratados como resultado de processos de agregações múltiplas, sejam simplificados da maneira notoriamente tautológica, como efeitos de uma teleologia a serviço dos ‘dominantes’.” (BOUDON e BOURRICAUD, **Dicionário Crítico de Sociologia**, p.173).

³⁶ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.154.

³⁷ **A Era dos Direitos**, p.100-101.

direitos, pois se resumiam em meras concessões do soberano aos súditos.³⁸

Eram documentos limitados, estamentais, não-universalizantes, não se traduzindo no conteúdo e força vinculante como se conhecem as *Declarações de Direitos* que surgiram a seguir.

Gisela Maria Bester informa serem cinco as *Declarações de Direitos*: a) Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776); b) Declaração Norte-Americana (1791); c) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); d) Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918); e, e) Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).³⁹

A *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* trouxe preceitos sobre a vida, propriedade e liberdade (art. 1º), proibição de penas cruéis (art. 9º), instituição do júri popular e garantias para os acusados (art. 8º) e liberdade religiosa (art. 16). Mas a tônica da preocupação foram mecanismos de restrição do poder, tais como a democracia,

³⁸ **A Era dos Direitos**, mesma página.

³⁹ **Cadernos de Direito Constitucional - Parte I: teoria constitucional**, p.152.

separação de poderes, etc. (arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º e 15º).⁴⁰

Essa *Declaração*, segundo Gisela Maria Bester, por ser a primeira, carecia de universalidade, vez que mencionava apenas o *Bom Povo* de Virgínia.⁴¹

A *Declaração Norte-Americana* surgiu após a edição da Constituição, dado que em sua formulação original não continha uma *Declaração de Direitos*. Houve entendimento de que a Constituição deveria conter um *Bill of Rights*, desta feita surgiu a *Declaração de Direitos* e, por conseqüência, as dez primeiras emendas à Constituição Americana.⁴²

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 é tida como a mais universalizante de todas e, também, bastante individualista, pois em seus 17 artigos preocupou-se com a liberdade (individual), a igualdade (apenas formal, perante a lei), legalidade (estrita) e propriedade (privada).

Em momento seguinte, surgiu a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, aprovada em janeiro de 1918 pelo 3º Congresso Panrusso dos Sovietes, na qual

⁴⁰ Cf. COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.101-102.

⁴¹ Ibidem, p.152.

⁴² Ibidem, p.103-109.

foram formulados questionamentos sobre valores, ideais, direitos burgueses individualistas, etc. Enfim, trouxe proposta de uma nova sociedade, no sentido de libertar o homem de qualquer forma de opressão.

Como antecedentes dessa Declaração, podem ser mencionados a Constituição Mexicana de 1917 e o Manifesto do Partido Comunista. A Constituição Mexicana, ainda em vigor, é tida como primeiro instrumento jurídico que sistematizou um conjunto de direitos sociais do homem, e o Manifesto, elaborado em 1848, pela influência política e ideológica.

Por fim, surge a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, após a 2ª Grande Guerra, vez que dos horrores nela vividos enxergou-se que a idéia de superioridade entre os seres humanos pode levar ao genocídio. Procurou salientar a *igualdade* substancial entre os seres humanos, cujo processo se iniciara com as Declarações Americana e Francesa, tanto que acresceu o vocábulo *fraternidade* em seu bojo:

*“Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”*⁴³

Afirmou-se que a história do Estado de Direito possui relação direta com a dos *Direitos Humanos*, conclusão

⁴³ Cf. COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.217.

que fica mais clara quando se leva em conta as dimensões (ou gerações) dos direitos, cujas classificações vêm de vários autores.⁴⁴

É de Paulo Bonavides a afirmação de que, vista em quadros, a Revolução Francesa foi o Estado liberal e, a Revolução Russa de 1917 o Estado Social.⁴⁵

Far-se-á apenas um enunciado das *dimensões dos direitos*, procurando demonstrar, através da classificação de Gisela Maria Bester,⁴⁶ a assertiva de que a evolução do Estado de Direito - Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, está ligada à evolução dos *direitos humanos fundamentais*.⁴⁷

Gisela Maria Bester reporta-se a vários autores e, ao fim, informando pequenas adaptações e alterações, classifica os *Direitos Humanos* em quatro *gerações* e, concluindo, afirma existência de novíssimos direitos, ainda em

⁴⁴ Cf. MARSHALL, **Cidadania, classe social e status**. BOBBIO, **A Era dos Direitos**. BESTER, **Cadernos de Direito Constitucional**. FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**. SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**. FERREIRA, **Curso de Direito Constitucional**. BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**. CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**.

⁴⁵ **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p.209.

⁴⁶ **Cadernos de Direito Constitucional - Parte I teoria constitucional**, p.157-164.

⁴⁷ Não se adentrará nas formas e muito menos nas divergências dos autores quanto às classificações, mas apenas optar-se-á pela classificação da autora mencionada, isto porque o interesse é só situar a evolução do Estado de Direito confrontado à dos *Direitos Humanos*.

fase de reivindicação e formulação. Seriam *direitos de primeira geração (civis)*, *direitos de segunda geração (políticos)*, *direitos de terceira geração (econômicos e sociais)*, *direitos de quarta geração (direitos de solidariedade)* e *novíssimos direitos (mais recentes)*.

Ingo Wolfgang Sarlet chama a atenção para o uso das terminologias *gerações* ou *dimensões* de direitos, afirmando, com apoio em Paulo Bonavides, que é de melhor técnica utilizar *dimensões de direitos*, ao fundamento de que induzem à idéia de *direitos sobrepostos*, ao passo que *gerações de direitos* levam a entendimento diferente, de uma geração substituindo outra.⁴⁸

Por este raciocínio, utilizar-se-á, então neste trabalho, *dimensões de direitos*.

Os direitos da primeira dimensão, ditos civis, seriam aqueles amealhados por ocasião das Revoluções Americana e Francesa, ocorridas no século XVIII, também denominados *negativos*, no sentido de que eram exercidos contra o Estado, nos quais incluem-se as liberdades físicas, de expressão, de consciência, direito de propriedade, direitos da pessoa acusada e as garantias dos direitos.

⁴⁸ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.47.

Na segunda dimensão – direitos políticos - são aqueles surgidos no correr do século XIX e início do século XX e, agora, denominados como *positivos*, pois é o ser humano reivindicando participação no Estado, na vontade política, no poder político. Seu rol é composto do direito ao sufrágio universal, direito de constituir partido político, direito ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular legislativa.

Neste estágio histórico, início do século XX, diante das dificuldades presentes – término da 1ª Grande Guerra Mundial e diante de outros momentos históricos marcantes, como a Revolução Russa de 1917 e o surgimento das Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919 - verifica-se o surgimento dos denominados direitos de *crédito* do indivíduo em face do Estado. Pertencem ao rol dos direitos dessa dimensão aqueles relativos ao trabalhador e ao consumidor.

Num momento mais recente, surgem os denominados direitos de solidariedade, insculpidos na denominada quarta dimensão. A preocupação nesta fase já não é a proteção do ser humano no âmbito do Estado, mas sim fora, e o marco principal é a Declaração dos Direitos de 1948. É patente a tendência da desnacionalização da reivindicação dos direitos, como nos casos de genocídio. São direitos, por assim dizer, *além* do Estado, como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, à paz e à descolonização.

Ao fim, a autora menciona uma última espécie classificatória, que denomina como sendo *novíssimos direitos*, que seriam aqueles que estão ainda em fase de reivindicação, os relativos à inteligência artificial, à informática, à bioética, ao consumo de bens privados, à sexualidade, etc.

Com essa descrição é possível vislumbrar que, inicialmente, defrontaram-se os seres humanos com a necessidade de reivindicar direitos básicos, nos idos do século XVIII ao XIX, traduzidos na necessidade de proteção individual e proteção contra o Estado. Eis aí o denominado Estado Liberal.

O Estado Social surge logo a seguir, com a Revolução Russa e as Constituições Mexicana e Alemã, tudo em meio ao fim da I Grande Guerra Mundial, com preocupações voltadas para o aspectos sociais. Esse é o Estado social.

Em momento seguinte, postulam os seres humanos uma participação mais ativa na sociedade, daí o surgimento de um forte ideário democrático, culminando com a formulação do denominado *Estado Social e Democrático de Direito*.

A história do Estado (Social e Democrático) de Direito é a história da humanidade procurando se proteger da

dominação, desde os primórdios, como anotado por José Afonso da Silva.⁴⁹ Sua história é a dos Direitos Fundamentais.

Por isso é correto afirmar que, se as preocupações de determinado Estado estiverem voltadas para o ser humano, este Estado será, com certeza, um Estado de Direito⁵⁰ e, assim sendo, converter-se-á em *meio para realização do ser humano*, vez que estará presente um ambiente propício para realização da *justiça*.

3. O Estado (de Direito) como meio

Nos itens precedentes o objetivo foi caracterizar o Estado de Direito em seus elementos substanciais - precisando uma espécie de padrão e, num segundo momento, mensurar que a luta dos seres humanos pelos *direitos* é a mesma luta por um Estado de Direito.

Feito isso, surge a necessidade do enfrentamento da questão de posicionar o Estado de Direito como *meio* para realização do ser humano, e não *fim* em si

⁴⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.154.

⁵⁰ Cf. NOVAIS, **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.16.

mesmo, pois neste último sentido a formulação teórica estaria a serviço de proposições antidemocráticas.

Não se fará incursão nas diversas teorias que cuidaram do assunto, pois o desiderato é apenas preparar um campo teórico para a afirmativa de que só o *Estado de Direito é meio para realização do ser humano*, cuja demonstração será feita a seguir, quando se cuidar de sua evolução histórica.

À teoria denominada *negadora do fim natural do Estado* – positivistas (negam finalidade das coisas e, conseqüentemente não atribuem qualquer finalidade ao Estado), anarquistas (que rejeitam a necessidade de existência do Estado por não admitirem nenhum poder coercitivo sobre o homem) e comunistas (porque o estado seria resultado da luta de classes e, portanto, um estágio para se alcançar o ideal comunista), que nega tenha o Estado algum fim, Ataliba Nogueira dá uma resposta enfática, afirmando que:

“Se o estado não tem um fim, que postula a sua existência, que regula a sua atividade, que lhe delimita a esfera de ação, reduz-se tudo à autocracia; estado e divindade do estado são uma e mesma coisa. Tudo se reduz à razão de estado.

Negar finalidade ao estado é negar justiça, no estado. É proclamá-lo indiferente a tudo.

Sem fim, não é possível ordem de espécie alguma: não é possível ordem política, pois ordem é a acertada

*disposição das coisas, segundo planos e fins, é a adaptação de causas e efeitos, de meios a fins. (...)*⁵¹

Para outro seguimento teórico, denominado *panestatismo* – no sentido de concepções totalitárias⁵² – o Estado seria um fim em si mesmo, ou seja, encarna a concretização em si mesmo e, para tanto, utiliza-se do ser humano.

Agora, como uma decorrência lógica da abordagem anterior, interessa mencionar a teoria conhecida como *individualista*, cujo objetivo seria redimensionar o Estado a tão só cuidar da esfera jurídica, ou seja, editar a lei e reprimir as transgressões, deixando de intervir no evoluir social, seja qual for sua manifestação.⁵³

Essa orientação teórica é contemporânea do Estado de Direito em seus primórdios. Tanto que Ataliba

⁵¹ **O Estado é meio e não fim**, p.6.

⁵² Todo sistema político é um conjunto dinâmico, que se modifica à medida que funciona, adaptando-se às mudanças que ocorrem no organismo social a que serve e no qual está integrado. No sistema totalitário, o dinamismo social é suprimido para dar lugar a uma identificação estática entre sociedade e estado. Totalitarismo é a forma de governo que em teoria não permite nenhuma liberdade individual e busca subordinar todos os aspectos da vida individual à autoridade do governo. O ditador italiano Benito Mussolini cunhou o termo totalitário no começo da década de 1920 para descrever o novo estado fascista da Itália: *“Tudo no estado, nada fora do estado, nada contra o estado”*. Durante a Segunda Guerra Mundial, a expressão totalitário transformou-se em sinônimo de governo de partido único, opressor e absoluto (neste sentido: BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, **Dicionário de Política**, p.1247).

⁵³ Cf. NOGUEIRA, *idem*, p.68.

Nogueira assinala seu *nomen* como sendo expressão genérica do *estado de direito*.⁵⁴

O momento histórico atual do Estado de Direito não lhe dá oportunidade para o liberalismo clássico e nem para o intervencionismo exacerbado, pena de se deixar insuficientemente protegida a liberdade e tolher o progresso do ser humano. Daí a expressão da tese da *teoria do fim intermediário* defendida por Ataliba Nogueira.

O autor faz uma síntese daquilo que se espera do Estado de Direito: que seja proporcionado e garantido ao ser humano o necessário para que, a partir daí, possa buscar suas satisfações pessoais e, também, o desenvolvimento almejado. É o que aduz:

*“O fim do estado consiste na prosperidade pública, na *sufficiencia vitae* necessária a cada um para atingir a perfeição física, intelectual e moral, correspondendo às necessidades e às deficiências naturais mais profundas, que não podem ser satisfeitas nem pelo indivíduo só, nem pela família isolada, nem por outros grupos sociais solitários.*

(...) o seu fim é a segurança dos direitos individuais, da liberdade e conservação e aperfeiçoamento da vida social (...) é a tutela do desenvolvimento da pessoa humana (...).

É por isto que afirmamos que o indivíduo não foi feito para o estado, mas sim o estado para o indivíduo, para o seu bem-estar moral e material, para a sua felicidade.

⁵⁴ NOGUEIRA, **O Estado é meio e não fim**, p.69.

*Nesta doutrina, não existe o estado que cria o direito, mas o estado que o descobre, reconhece, determina, aplica, sanciona, pondo ao seu serviço a coação física. (...).*⁵⁵

Por fim, arremata aduzindo que:

*“O estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens.”*⁵⁶

Dalmo de Abreu Dallari traz uma síntese sobre a finalidade e funções do Estado que se assemelha à de Ataliba Nogueira, no sentido de que a sociedade política – Estado –, tem um fim geral, constituindo-se em *meio* para que os indivíduos e demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Destarte:

*“(...) o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. (...)”*⁵⁷

Veja-se que a exposição até aqui cuidou de lançar uma finalidade genérica – *ajudar o homem a conseguir seu fim*. Todavia, para alcançar esse desiderato, dispõe o Estado de funções e, os teóricos que trataram do assunto formularam toda uma sistematização dos fins que tem a ver com

⁵⁵ **O Estado é meio e não fim**, p.147-153.

⁵⁶ *Ibidem*, p.154.

⁵⁷ **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p.107.

os momentos históricos do Estado de Direito que, doravante, passa a ser explorada.⁵⁸

As funções já foram mencionadas anteriormente: são elas as funções executiva, a legislativa e a judiciária. Saliente-se, todavia, que são inconfundíveis *funções* com *fins* do Estado. Os *fins* podem ser resumidos como intenções, propósitos, desígnios; já as *funções* são as três grandes divisões do poder do Estado postas para alcançar os *fins*.⁵⁹

Nessa seara, já se afirmou que os *fins do estado* possuem várias classificações. Assim, não é desiderato do trabalho exaurir as classificações existentes, mas apenas evidenciar aquela que diz respeito à relação dos indivíduos com o Estado, vez que mais de perto é a que interessa ao encaminhamento do trabalho.

⁵⁸ Cf., dentre outros: CARVALHO, **Direito Constitucional Didático**. DALLARI, **Elementos de Teoria Geral do Estado**. AZAMBUJA, **Teoria Geral do Estado**.

⁵⁹ É conveniente esclarecer que, *in casu*, utilizou-se a clássica nomenclatura de *divisão de poder*. Mas, é bom lembrar que o *poder é uno e indivisível*, resultando a locução utilizada numa contradição aparente. Esclarece-se, portanto, com BONAVIDES, que o poder do Estado na pessoa de seu titular (o povo) é uno e indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício desse poder, quanto às formas básicas de atividade estatal (**Ciência Política**, p.109).

Nesse escopo, Dalmo de Abreu Dallari anuncia que existem três correntes doutrinárias que enfocam o assunto, quais sejam: *fins expansivos*, *fins limitados* e *fins relativos*.⁶⁰

Na categoria *fins expansivos* podem ser colocadas todas as teorias que apregoam a grandeza exagerada do Estado, pois somente com esta aspiração acabam enveredando para caminhos totalitários e, por conseqüência, anulando o ser humano. Podem ser apostas nesse meio as teorias *utilitárias* e as teorias *éticas*.

Para os *utilitaristas*⁶¹ ao Estado cabe procurar a maximização material, mesmo que se tenha de sacrificar os direitos e liberdades fundamentais para alcançar o objetivo – trazendo a idéia, como aponta Dalmo de Abreu Dallari, do *Estado do bem-estar*, pois segundo leciona, isto traria um grau de satisfação tal que anularia todas as eventuais necessidades.⁶²

⁶⁰ **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p.105.

⁶¹ É importante, nesse passo, trazer a nota do verbete: “*O Utilitarismo e a justificação das instituições*”, posta no **Dicionário de Política**: “*O utilitarismo, além de princípios de justificação moral do agir individual, é também proposto como princípio de justificação do agir político e das instituições que caracterizam uma determinada sociedade. Em linhas gerais, para o Utilitarismo, a criação e a manutenção de uma determinada instituição são moralmente justificadas se e somente a existência dessa instituição maximizar a utilidade (entendida em termos de felicidade total ou média, ou ainda em termos de felicidade e igualdade, etc.)*.” (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, p. 1283).

⁶² *Ibidem*, p.105.

As teorias éticas não são adeptas do utilitarismo, embora estejam engajadas no expansionismo, pois buscam *fins éticos* para o Estado, surgindo de seu posicionamento o denominado *Estado ético*. Neste campo o Estado estaria a perseguir um ideal moral – ou moralidade oficial e, para alcançá-lo, não pouparia esforços e nem toleraria qualquer manifestação contrária ao comportamento oficial.

Num segundo momento, após vislumbrar o *expansionismo*, surge a tese contrária, ou seja, a limitação dos fins do Estado, por isso denomina-se a teoria dos *fins limitados*.

Propugna essa teoria a redução dos fins do Estado ao mínimo possível, transformando-o em mero vigilante da ordem social, sem iniciativa ou incursão em outras matérias, principalmente econômicas, resultando daí a conhecida expressão *Estado de Polícia* (ou guarda-noturno). É a síntese do clássico *Estado Liberal* e, por assim dizer do *Estado de Direito* em seus primórdios (como mero aplicador rigoroso do direito, e nada mais que isso).⁶³

A teoria dos *fins relativos* não é uma junção das teorias dos *fins limitados* com a dos *fins expansivos*, ou seja, não é um meio termo entre ambas, mas sim um outro paradigma, o da *solidariedade*.

⁶³ Cf. DALLARI, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p.105.

É um posicionamento que procura salientar o relacionamento entre os indivíduos e entre estes e o Estado, podendo a vida intestina deste ser reduzida a três matrizes teóricas, que são: *conservar, ordenar e ajudar*. Na forma mais avançada do solidarismo, como apregoa Dalmo de Abreu Dallari:

*"(...) não basta assegurar a todos a igualdade jurídica, no sentido da igualdade perante a lei, ou do gozo idêntico dos direitos civis e políticos, bem como da igual participação nos ônus públicos. É indispensável, além disso tudo, garantir a igualdade de todos os indivíduos nas condições iniciais da vida social."*⁶⁴

Nesse bojo de idéias e teorias, não esquecendo a conclusão lançada por Ataliba Nogueira (que o fim do Estado de Direito é a segurança dos direitos individuais, da liberdade e conservação e aperfeiçoamento da vida social, em síntese, a tutela do desenvolvimento da pessoa humana), pode-se asseverar com justeza que, nos limites da *teoria do fim intermediário* e *teoria do solidarismo*, o Estado, como sociedade política, existe para realizar:

"A segurança (...) individual e coletiva.

A justiça (...) nas relações entre os homens, (...) substituindo o arbítrio da violência individual por um complexo de regras capazes de satisfazer o instinto natural da própria justiça. (...).

O bem-estar econômico e social (...) que se objetiva na promoção de condições de vida dos indivíduos, garantindo-lhes o acesso aos bens econômicos que

⁶⁴ **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p.106.

*permitam a elevação de camadas mais pobres, contemplando-as com educação, saúde, habitação, entre outros serviços. (...).*⁶⁵

Vertidos esses laivos teóricos, já é possível afirmar que o Estado de Direito, para erigir em *meio para realização do ser humano*, além do arquétipo jurídico de limitação (posto no primeiro e segundo itens), é necessário que tome uma postura ativa no evolver social, isto sem intervenção ou ausência exacerbadas, pena de anular o indivíduo e, por conseqüência, não se erigir em terreno propício para o desenvolvimento da pessoa.

Esse equilíbrio que se reclama do Estado de Direito, digno de ser chamado *meio termo*, é um caminho, uma meta, *o da progressão da liberdade*⁶⁶, pois mesmo com suas vicissitudes e desvios, só nele, com a conformação contemporânea, é possível afirmar que o homem encontra ambiente favorável à sua realização.

4. Evolução do Estado de Direito

A evolução do Estado de Direito é temática onde reina divergência, vez que alguns tentam encontrá-lo na

⁶⁵ Cf. CARVALHO, **Direito Constitucional Didático**, p.86-87.

⁶⁶ Cf. BONAVIDES, **Ciência Política**, p.267.

antigüidade chamada clássica⁶⁷ e, outros, afirmam que é um fato recente, datando de pouco mais de dois séculos.⁶⁸

Não haverá enfrentamento dessa questão. E isto por uma razão simples: foi adotado o conceito de Elías Díaz com a elaboração síntese de Jorge Reis Novais, fato que traz a afirmativa da existência do fenômeno que se estuda somente a partir das Revoluções.

Tratar-se-á, não obstante, do referente anterior como sendo *precedentes históricos* e, a seguir, dos períodos posteriores como sendo momentos de transformação, avanços ou incrementação do Estado de Direito.

4.1. Precedentes Históricos

4.1.1. Antigüidade

Na antigüidade conhecia-se a *polis* (cidade), que era fundada sobre uma religião e, justamente por causa desta base se estabeleceu como onipotência, não se reconhecendo aos

⁶⁷ Cf. MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, p.74-97.

⁶⁸ Nesse diapasão discorre DÍAZ, pois para ele Estado de Direito só surge com a Revolução Francesa e a implantação no século XIX, do Estado Liberal, construído precisamente sobre o império da lei. (**Estado de Derecho y sociedad democrática**. p.18-19).

seus membros direitos e obrigações⁶⁹, senão e apenas à *polis*, que tudo podia. Fustel de Coulanges leciona que:

*“A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre seus membros. Em sociedade organizada sobre tais bases, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em todas as suas coisas, submetido sem reserva alguma à cidade; pertencia-lhe inteiramente.”*⁷⁰

Mais adiante, na mesma obra, afirma o autor:

*“O Estado não tinha somente, como nas sociedades modernas, direito de justiça em relação aos cidadãos. Podia punir sem o homem ser culpado; bastava estar em jogo o interesse do Estado.”*⁷¹

A cidade-estado (*polis*), então, tudo podia através da assembléia, cujos participantes eram os cidadãos, absorvendo todo e qualquer direito individual⁷². Por isso não se pode falar em proteção dos direitos, mas sim verdadeiro absolutismo da *polis*.⁷³

⁶⁹ STUMM refere que a noção de pessoa capaz de direitos e obrigações só veio a surgir da oposição entre Estado e indivíduo, presente no Estado moderno e ausente no Estado antigo (Grécia e Roma). Assevera, em conclusão, que a escravidão era um instituto legítimo e, o poder do Estado, ilimitado frente aos próprios homens livres (**Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.98).

⁷⁰ **Cidade Antiga**, p.246.

⁷¹ *Ibidem*, p.250.

⁷² Cf. MIRANDA reforça a tese de deficiência ou inexistência da liberdade fora do Estado, ou a redução da liberdade individual à participação no governo da cidade, não sendo a pessoa um valor em si, livre do poder público. (**Manual de Direito Constitucional**, p. 52).

⁷³ Cf. CARVALHO, **Direito Constitucional Didático**, p.44. (Cf. no mesmo passo, a lição de MENEZES, **Teoria Geral do Estado**, p.110).

Diante dessa ilimitação de poder, da aceitação da escravidão, pela ingerência absoluta na vida individual, em resumo: *desconhecimento completo dos direitos individuais*,⁷⁴ é de se afirmar que não havia Estado de Direito nesta fase histórica.⁷⁵

4.1.2. Idade Média

A idéia de Estado até então existente na *polis* restou dissolvida com o feudalismo, substituída pelo designativo *regnum* (domínio de um príncipe), pois instalou-se uma sociedade complexa, com a fragmentação do exercício do poder político. Era uma cadeia de vínculos entre a realeza, suseranos e vassallos.⁷⁶

Nesse contexto, é correto falar que o poder restou privatizado. Ao conceito de *imperium* seguiu-se o de *dominium* dada a ligação com princípios de família, propriedade, investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial. Enfim, e como afirma

⁷⁴ Cf. VERDÚ, **La Lucha por el Estado de Derecho**, p.15.

⁷⁵ Essa é a conclusão a que chega NOVAIS, após afirmar da ilimitação de poder da *polis*, da ausência de uma juridicidade consubstancial, do conhecimento da escravidão como instituto legítimo, etc., não há que falar em Estado de Direito (**Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de direito)**, p. 23).

⁷⁶ *Ibidem*, p.24.

Jorge Miranda, trata-se de uma situação que resulta mais que um Estado *patrimonial*, ou seja, verdadeira ordem jurídica sob regime *patrimonial*.⁷⁷

Não é acertado afirmar em ausência de *direitos protegidos* na Idade Média.⁷⁸ Pode-se asseverar, sim, que os direitos eram conferidos a determinadas pessoas, pelas suas condições na hierarquia social, e devidamente protegidos. Mas não eram direitos no sentido geral, a todos os indivíduos, mas sim verdadeiros privilégios a uns poucos. Com isto não se pode falar da existência de *direitos e garantias individuais nesta época* e, por conseqüência, da existência de Estado de Direito, consoante a matriz teórica adotada.⁷⁹

As profundas crises econômica, social e religiosa desencadeada no século XIV, na Europa, favoreceram acontecimentos históricos como a tomada de Constantinopla pelos turcos (1453), selando o fim do comércio com o Mediterrâneo oriental, vendo-se a burguesia na necessidade de procurar novas rotas comerciais e, ainda, contribuindo para o

⁷⁷ **Manual de Direito Constitucional**, p.60.

⁷⁸ Na Idade Média, a idéia de Estado ficava apenas no estágio das relações mantidas por privilégios recíprocos, inviabilizando o Estado de Direito por faltar a titularidade de direitos enquanto homem, indivíduo, consoante leciona STUMM (**Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.99).

⁷⁹ Neste sentido é a posição de NOVAIS, **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de direito)**. p. 25; e, de: DÍAZ, **Estado de Derecho y sociedad democrática**, p.25.

progresso das novas técnicas de navegação, despontando daí os grandes descobrimentos. Tais acontecimentos provocaram o surgimento de uma nova concepção política, o denominado Estado Absoluto.

4.1.3. Absolutismo

O Absolutismo como regime político caracteriza-se pelo exercício do poder por uma única pessoa, concebida como soberana, sem qualquer limitação jurídica.⁸⁰ Esta espécie

⁸⁰ Cf. CANOTILHO afirma que são características fundamentais do Estado Absoluto: 1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; 2) extensão do poder soberano no âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de “decidir” sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica (*cuius regio eius religio, Dux cliviae est papa in territoriis suis*); 3) dirigismo econômico através da adopção de uma política econômica mercantilista; 4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (“bem estar”, “felicidade dos súbditos”) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado” (*raison d’État*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado “absolutismo empírico” (“momento absolutista” anterior ao “absolutismo iluminado”). Estas dimensões estruturaram um “tipo de Estado-providência” ou “Estado administrativo” caracterizado por uma administração extensa e intensa tendencialmente desvinculada do direito tradicional dos estamentos e da lei superior (constituição) agitada pelo constitucionalismo moderno. Note-se, porém, que se o Estado de Polícia – a *polícia* abrangia toda a administração interna do Estado – justificou a construção de um *jus eminens* legitimador da restrição dos direitos adquiridos dos particulares (*jura quaesita*) através de medidas do soberano, acabou também por acolher alguns limites à possibilidade de disposição dos bens dos súbditos por parte do soberano. Tem, neste contexto, particular importância a “teoria do domínio” (ou “teoria do fisco”), pois os súbditos passaram a gozar do direito de obter o pagamento de uma indenização a cargo do “fisco” ou “domínio” concebido doravante como uma pessoa jurídica autónoma de direito privado. “Suporta mas exige dinheiro” (*Dulde et*

de regime político esteve presente nas Monarquias dos séculos XVII e XVIII.⁸¹

Vários são os teóricos que obraram a serviço dessa teoria, dentre eles Maquiavel, Bodin, Hobbes e Bossuet, na interpretação de Jean-Jacques Chevallier:

“O italiano Maquiavel, o francês Bodin, o inglês Hobbes, e Bossuet, o grande Bispo, ornamento da Igreja de França: que laço intelectual pode unir esses autores díspares, através das diferenças de época e de lugar, que os separam? Esse laço existe, e é fortíssimo: o da causa que todos, em última análise, e por diferentes maneiras, serviram. A causa do poder irrestrito de um só: o absolutismo monárquico. (...).”⁸²

O Estado Absoluto possui duas fases: a) patrimonial; e, b) de polícia. Na concepção patrimonial, o príncipe incorporava *sponte sua* todos os poderes, vigia o *regnun*. No viés polícia, o príncipe assumia a tarefa de prover o bem comum.

Jorge Reis Novais leciona que:

“(...) na primeira fase era o conceito de ‘soberania’ que servia de cobertura para a assunção de poderes absolutos pelo Monarca, agora recorre-se sobretudo à idéia de polícia, de jus politiae, compreendida como

liquidere), “aceita a privação de direitos mas exige a indenização pelos actos de gestão privada” (mas não pelos “actos de gestão pública” do monarca), são idéias agitadas contra um “Estado Administrativo” sem limites jurídicos e que darão origem a um instituto indiscutível do Estado de Direito; o instituto da *responsabilidade do Estado* por atos causados aos particulares. (**Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.87-88).

⁸¹ Cf. STUMM, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.100.

⁸² **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**, p.19.

direito de o Príncipe intervir em todos os domínios no interesse do bem público, em nome da raison d'État."⁸³

Em ambas as fases não se pode falar na existência de Estado de Direito, pois a lei não impunha limites à ação do soberano, ou seja, não o obrigava. Os direitos do ser humano não passavam de ideais inatingíveis, pois além de não existirem instrumentos para sua exigência podiam ser derogados a qualquer momento pelo monarca.⁸⁴

Nesse contexto de *constrangimento continuado*, a burguesia passa a reagir contra o Estado de Polícia, com o intuito de *domesticar* uma administração que não mais se harmonizava com a realidade econômica e o seu crescente poder.⁸⁵

Inicialmente, propugnam pelo ressurgimento dos antigos *jura quaesita*. Todavia, verificando o desconforto pelos resultados, passa deliberadamente a lutar noutra dimensão, pela liberdade individual em oposição à atuação sem limites do Príncipe. Tais direitos passaram a ser concebidos como intangíveis pelo Estado.⁸⁶

⁸³ **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de direito)**, p.28.

⁸⁴ Cf. STUMM, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.100.

⁸⁵ Ibidem, p.101.

⁸⁶ Cf. NOVAIS, *idem*, p.28.

Com isso, manifestou-se o intento de ruptura institucional e, com ele, veio a lume novo paradigma, o Estado Liberal.

4.2. Estado de Direito

4.2.1. Estado Liberal

Jorge Miranda afirma que a concepção Liberal de Estado⁸⁷ tem origem em várias correntes filosóficas (John Locke, Montesquieu e Kant) e, portanto, devido a tais segmentos, pode ser chamado de Estado Constitucional, Governo Representativo e Estado de Direito.⁸⁸

Esclarece ainda esse autor que a expressão *Estado Constitucional* é de origem francesa, *Governo Representativo*, anglo-saxônica e *Estado de Direito*, alemã.⁸⁹

⁸⁷ No encadeamento da exposição deste item não se levará em conta a configuração do Estado Liberal em “Estado de Legalidade”, “Estado Legal” ou “Estado Formal”, como o fazem alguns autores (FERREIRA FILHO e STUMM); não obstante, não se deixará de apor, ao menos em notas de rodapé, seus elementos conformadores, quais sejam: “império da lei” e “princípio da legalidade”. É que, para o escopo do trabalho, basta traçar o perfil histórico do Estado de Direito, a fim de se demonstrar que é, no estágio atual, que ele erigiu-se em “ambiente para a realização do ser humano”.

⁸⁸ **Manual de Direito Constitucional**, p.82.

⁸⁹ *Ibidem*, p.82.

Seu ponto culminante foi a Revolução Francesa, pois uma classe emergente, ressentida com os valores então existentes, procurou instalar uma concepção de Estado que atendesse aos seus anseios.⁹⁰

A instrumentalização do Estado Liberal se traduziu em mecanismo jurídico para contenção do poder⁹¹ e, por outro, apoio à dignificação dos direitos humanos fundamentais, como anota Pablo Lucas Verdú:

“(...) O Estado de Direito serviu de apoio aos direitos públicos subjetivos, convertendo os súditos em cidadãos livres. Os movimentos sociais do século passado tiveram muito cuidado com a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo se tivesse consciência da necessidade da justiça social.”⁹²

O Estado de Direito dessa fase inaugural foi assentado na idéia de liberdade. Destarte, sua compreensão passa, primeiro, pelo entendimento do que seja tal princípio à luz daquela ocasião. A liberdade liberal situa-se no *status*

⁹⁰ Cf. BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**, p.157.

⁹¹ Cf. ZIPPELIUS, **Teoria Geral do Estado**, p.387.

⁹² No original: *“El Estado de Derecho sirvió de apoyo a los derechos públicos subjetivos, convirtiendo a los súbditos en ciudadanos libres. Los movimientos sociales del siglo pasado desvelaron la insuficiencia de las libertades burguesas, permitiendo se tuviese conciencia de la necesidad de la justicia social.”* (**La Lucha por el Estado de Derecho**, p.94).

negativus, ou seja, o espaço de atuação individual face ao Estado.⁹³

Foi em nome dessa *liberdade liberal* que se estruturou a limitação do poder, pondo em relevo os seguintes valores: a) liberdade contratual; b) proteção da propriedade privada; c) recusa à liberdade de associação; d) sufrágio censitário, etc.⁹⁴

Com esse contorno jurídico-político, o Estado Liberal assumiu algumas características que o fizeram, mais adiante, sucumbir diante de novas exigências sociais, quais sejam: a) neutralidade - não intervinha nas relações individuais; b) formalismo - tinha apenas aspectos formais, quais sejam, submissão ao império da lei, divisão do poder e enunciado de garantias individuais; c) individualismo - concepção da liberdade face ao Estado.⁹⁵

O Direito, no ideário liberal, apenas como lei emanada do Poder Legislativo, tende ao Estado de Legalidade ou Legislativo, muito embora a legalidade seja um aspecto importante, não se realiza, o Estado de Direito, completamente nela.⁹⁶

⁹³ ALEXY, **Teoria de Los Derechos Fundamentales**, p.251, e, ZIPPELIUS, **Teoria Geral do Estado**, p.375.

⁹⁴ MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, p.86.

⁹⁵ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.119.

⁹⁶ *Ibidem*, p.118.

Pode-se dizer que, neste quadrante, embora se deva reconhecer a importância histórica, a *preocupação do Estado com os direitos humanos* não era suficiente à realização humana, dadas as características apontadas.

No final do século XIX e início do século XX, movimentos sociais deram conta da necessidade de uma postura ativa do Estado ante o liberalismo exacerbado. Daí o surgimento do designativo *social*, dando um componente novo ao Estado de Direito – Estado (social) de Direito.

4.2.2. Estado Social

O surgimento da nova concepção – Estado Social de Direito – deveu-se à insuficiência do modelo então existente, não como superação do ideal, mas sobretudo como agregação de novos componentes, com escopo de realizar a justiça social, como afirma Pablo Lucas Verdú:

“(...) o Estado de Direito, que já não podia justificar-se como liberal, necessitou para afrontar a maré social descartar sua neutralidade, integrando em seu seio a sociedade sem renunciar ao primado do direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende a justiça social.”⁹⁷

⁹⁷ *“(...) el Estado de Derecho, que va no podía justificarse como liberal, necesitó para afrontar la marea social arrojar por la borda su*

Não é possível precisar a data dessa mudança. Todavia, podem ser assinalados alguns momentos históricos ocorridos no final do século XIX e início do século XX como sendo a época dessa superação, tais como as convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e o progresso técnico da humanidade.⁹⁸

Jorge Reis Novais assinala, todavia, o fim da I Guerra Mundial como sendo o instante de surgimento da nova concepção, pois foi neste contexto que vieram a lume a Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contemplando direitos sociais e, a partir delas, espalharam-se para vários Estados.⁹⁹

Isso importou na imposição de uma nova ordem, ou seja, um Estado com tônica intervencionista, superando o *status* liberal, e mais, procurando corrigir as distorções do individualismo clássico. O instrumento utilizado

neutralidad, integrar en su seno a la sociedad sin renunciar al primado del derecho. El Estado de Derecho, en la actualidad, dejó de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en Estado material de derecho, en cuanto adopta una dogmática y pretende la justicia social." (**La Lucha por el Estado de Derecho**, p.94).

⁹⁸ A mudança histórica assinalada não pode ser precisada com uma data. Isto porque antes da 1ª Guerra Mundial, isto é, nos fins do século XIX, começaram a surgir leis de seguros contra acidentes de trabalho ou doenças profissionais; enfim, uma política tendente a aplacar um pouco o capitalismo selvagem, conforme anota NOVAIS (**Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.189).

⁹⁹ Ibidem, p.188.

foi a política econômica a fim de realizar a nova exigência – justiça social.¹⁰⁰

Paulo Bonavides retrata bem essa fase com as seguintes palavras:

“Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.”¹⁰¹

A justiça social, nesse momento, é compreendida como a necessidade de prover condições mínimas de sobrevivência para os indivíduos e, por conseqüência, uma nova visão de garantia dos direitos fundamentais no plano fático, consubstanciada em direitos sociais.

¹⁰⁰ Cf. STUMM, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.110-111.

¹⁰¹ **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p.186.

Já se afirmou que não houve rompimento de paradigma, pois os componentes do Estado de Direito da formulação anterior (divisão de poderes, princípio da legalidade e proteção jurisdicional dos direitos individuais) continuam presentes, acrescida dos direitos sociais.¹⁰² Aqueles direitos, ditos fundamentais típicos, continuam a preservar o campo da liberdade individual da ingerência estatal, e os novos, direitos sociais, surgem impondo uma postura ativa ao Estado, começando a dar um novo perfil à liberdade.¹⁰³

Não obstante essa nova agregação de valores – realização dos direitos sociais – mostrou-se o Estado de Direito ainda insuficiente, devido às experiências antidemocráticas experimentadas,¹⁰⁴ para as acepções que se pode ter de Direito e Social. Ressentia-se da incrementação *democrática*. É o que afirma Jorge Reis Novais:

“(...) com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Desde logo porque sem o reconhecimento geral dos direitos políticos – só concebível numa

¹⁰² Cf. STUMM, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.112.

¹⁰³ Cf. ZIPPELIUS, **Teoria Geral do Estado**, p.396.

¹⁰⁴ BONAVIDES chama a atenção para o fato de, no apogeu da aspiração social, ter compadecido o “Estado Social” com regimes como os da Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, etc. (**Do Estado Liberal ao Estado Social**, p.184). No mesmo passo é a exposição de NOVAIS (**Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.132-178).

*situação democrática – a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também – e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização dos direitos – porque são radicalmente distintos o alcance e as margens de actuação dos restantes direitos fundamentais num quadro democrático ou num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador da personalidade individual.*¹⁰⁵

Destarte, mudanças importantíssimas foram operadas nesse quadrante, tais como a superação da intocabilidade das zonas *política* e da *jurisdição*, como necessidade para preservação dos direitos fundamentais.¹⁰⁶ Os atos legislativos já podiam ser reavaliados, ante a previsão do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.¹⁰⁷

É oportuna a crítica que José Afonso da Silva lança sobre a expressão Estado Social de Direito adotada por alguns Estados, pois em seu entendimento a locução Estado de Direito já possui conotação *democratizante* e, no lugar da anterior, propugna Estado de Direito Social, sendo o social qualificando o direito. Desta feita estar-se-ia diante de uma concepção jurídica mais progressista e aberta.¹⁰⁸

¹⁰⁵ **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.221.

¹⁰⁶ Cf. STUMM, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.112.

¹⁰⁷ Cf. ZIPPELIUS, **Teoria Geral do Estado**, p.389.

¹⁰⁸ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.120-121.

Diante dessa exposição, verifica-se que, tanto ao Estado Liberal quanto do Estado Social, falta um ingrediente necessário que, do fervor histórico, só passa a ter presença forte nos Estados após a II Guerra Mundial, que é o princípio democrático.

4.2.3. Estado Democrático

A idéia de Estado Democrático passa, de início, pela compreensão do princípio da liberdade nos estádios liberal e democrático. A liberdade no sentido clássico, como já mencionado, se traduz no *status negativus*, ou seja, numa esfera individual livre da ingerência estatal; já na liberdade democrática há superação desse paradigma, transportando-se para o *status activus*, com possibilidade de participação do indivíduo na vontade comum.¹⁰⁹

Houve uma transformação superestrutural. É a idéia de João Ribeiro Júnior, ao afirmar:

“O Estado democrático tem como função primária assegurar, estender e proteger os princípios e direitos necessários ao completo desenvolvimento e à prosperidade de todos, baseado na suposição de que não há melhor juiz do significado e da importância das propostas concretas e da sua relação com os princípios e

¹⁰⁹ Cf. ALEXY, **Teoria de Los Derechos Fundamentales**, p.251-260.

direitos, do que os cidadãos, decidindo livremente e sem medo, isto é, conscientes de seus valores como pessoas.”¹¹⁰

É na confluência das duas acepções de liberdade – clássica e democrática – que se vislumbra maior proteção e intangibilidade dos direitos fundamentais, pois ao Estado foi imposta uma postura ativa na sua realização material.¹¹¹

Assinale-se, todavia, que a vontade comum, consubstanciada na soberania popular e na participação da pessoa na gestão da coisa pública, não pode erigir-se em ditadura da maioria,¹¹² pois o intuito não é outro que a proteção, realização e garantia dos direitos fundamentais.

Outro viês importante da concepção democrática é a transformação operada na compreensão da matriz teórica lei, circunstanciada da transposição liberal para a democrática, exigindo-se dela, agora, influência na sociedade, como explica J. J. Gomes Canotilho:

“(...) a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento; ‘a lei

¹¹⁰ **Pessoa, Estado & Direito**, p.51.

¹¹¹ Cf. SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.121.

¹¹² Cf. TOCQUEVILLE, **A Democracia na América - leis e costumes**, p.294.

como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais."¹¹³

A lei no Estado Liberal era o postulado máximo, concebida como norma jurídica legal e abstrata, com a missão de realizar o princípio da legalidade, sustentando-se no desiderato da generalidade. Nela residia o *justo* e defluía a igualdade.¹¹⁴

No Estado Democrático, a lei continua como princípio fundamental, mas deve conformar-se com a Constituição e ter fundamento na legalidade democrática, com a missão de realizar o princípio da igualdade e da justiça social, não pela generalidade, mas sobretudo pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.¹¹⁵

A lei deve influir na realidade social, impondo-se que haja uma expansão para além do campo normativo. A lei era e continuará sendo expressão do direito positivo, mas o evoluir democrático lhe trouxe outro desiderato, qual seja, o de impor mudanças sociais democráticas, ainda que desempenhe a função conservadora de alguns valores.

O desenvolvimento da personalidade humana se dá nessa ambiência - liberdade antiga, liberdade clássica e

¹¹³ **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, p.363-364.

¹¹⁴ Cf. FERREIRA FILHO, **Estado de Direito e Constituição**, p.20-21.

¹¹⁵ Cf. SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.126.

legalidade democrática – que só se realiza no Estado Social e Democrático de Direito.

4.2.4. Estado (Social e Democrático) de Direito

O Estado de Direito, remodelado com os desideratos *social e democrático*, surge estigmatizado por um proceder racional, devendo todos os seus atos serem ponderados e justificados teleologicamente – com tendência à conservação e garantia dos direitos fundamentais, como salienta Paulo Bonavides:

*“O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.”*¹¹⁶

É a síntese que se pode retirar do conceito de Jorge Reis Novais:

“Estado de Direito será, então, o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que

¹¹⁶ **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p.204.

surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e do próprio Estado."¹¹⁷

O Estado de Direito em sentido material, através de seu proceder ativo – pôr normas e medidas – busca numa constância a *Justiça*, tendo a igualdade num sentido que extravasa o âmbito normativo legal, dado que o desiderato maior é a *Justiça*, que não se opera com a generalidade e abstração, apenas, da época liberal, como sintetiza Raquel Denize Stumm:

*"O Estado em sentido material reside na vinculatoriedade do conteúdo das normas e medidas emitidas pelo Estado a certos fundamentos valorativos. O valor básico do Estado de Direito, desde a sua formulação original, é a realização da justiça."*¹¹⁸

A *igualdade perante a lei* sai renovada e ganha outro matiz, passando a ser instrumento de *Justiça*; com esta idéia, erige-se a participação do povo na própria constituição do direito. A soberania popular com voto igual para todos também é outro viés democrático, propiciando a gerência da coisa pública e impondo um pensar novo nas normas, dada a constante evolução social.

¹¹⁷ **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**, p.17

¹¹⁸ **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.115.

Pelo princípio democrático, o poder político só se legitima se perseguir determinados fins e a realização de valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática). Mais, desde que, nesse desiderato, perfil determinadas regras e processos.¹¹⁹

E continua J. J. Gomes Canotilho:

*“O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais que um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, pois como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos, políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade.”*¹²⁰

Desse complexo, erige-se o princípio democrático como fundamento do Estado de Direito no estágio atual, pois ocupa o âmago de sua dimensão material, propiciando condições objetivas para o entendimento da mutação da concepção liberdade (como se deu da época liberal até os dias atuais), cuja compreensão só pode ser acertada se conjugada com um elevado grau de solidariedade e igualdade social, levando em conta a proteção das classes menos favorecidas.

¹¹⁹ Cf. CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.282.

¹²⁰ *Ibidem*, p.282.

4.2.4.1. Pressupostos materiais do Estado (social e democrático) de Direito

a) Constitucionalidade

O Estado de Direito é um estado constitucional, importando dizer que possui uma ordenação jurídico-normativa fundamental, de cujo bojo ressaem os princípios da supremacia da Constituição e o primado pelo Direito.¹²¹

O princípio da supremacia da Constituição traz a lume uma idéia de uma lei sobre as demais leis, sendo que estas devem conformar-se com aquela, pena de não serem tidas como válidas no ordenamento jurídico. Há, aí, a necessidade da jurisdição para que o Estado de Direito possa tornar-se realidade, como expõe Reinhold Zippelius:

*"(...) Para que o 'Estado de Direito' se torne realidade não basta que o direito público seja determinado por leis, mas tem de existir também uma jurisdição que estabeleça o direito no caso concreto, criando assim um fundamento indiscutível para a sua restituição no caso onde este tiver sido violado."*¹²²

¹²¹ Cf. FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**, p.03.

¹²² **Teoria Geral do Estado**, p.389.

Essa ordem jurídico-fundamental impõe uma vinculação direta do legislador em aspectos formais e materiais. No aspecto formal dita ao legislador um rigoroso *iter procedimental* que deverá seguir na conformação dos atos legislativos. Sobre a vinculação material, impede conhecer sobre determinada matéria, alterando-lhe o conteúdo, como se deduz da lição de Gilmar Ferreira Mendes:

“A exigência de que o âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em uma lei (reserva legal) já seria suficiente para ressaltar a importância vital da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Se a ele compete, em determinada medida, fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o esclarecimento de limitações ou restrições, mister se faz que tal tarefa seja executada dentro dos limites prescritos pela própria Constituição. O legislador deve ater-se aqui não só ao estabelecido na Constituição (reserva legal simples/reserva legal qualificada), mas também aos chamados limites dos limites, especialmente ao princípio de proteção do núcleo essencial e ao princípio da proporcionalidade.”¹²³

No mesmo passo segue Maria Helena Diniz:

“É da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação. Essa possibilidade de limitação jurídica é mais evidente no regime de Constituição rígida. A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas. Os elementos

¹²³ **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, p.210.

limitativos, que se manifestam nas normas atinentes aos direitos democráticos, aos direitos fundamentais, às garantias constitucionais, restringem a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito."¹²⁴

Enfim, todos os atos do Estado devem conformar-se com a Lei Fundamental.¹²⁵

Além dessa vinculação técnico-jurídica, há que se levar em conta o princípio da reserva da Constituição, o que significa dizer que algumas matérias estão fora do âmbito de alcance do legislador ordinário, pois seu raio de conformação está descrito na própria Constituição.¹²⁶

A norma constitucional não é exaustiva, muito embora algumas constituições sejam minuciosas em determinados assuntos, e, mesmo assim, existindo uma normação na Constituição, não pode ela ser postergada em nome de quaisquer interesses, sejam quais forem os pretextos invocados.¹²⁷ Esta é a força normativa da constituição.

¹²⁴ **Norma Constitucional e seus Efeitos**, p.13-14.

¹²⁵ A expressão "Lei Fundamental" está posta no sentido de lei fundante do ordenamento jurídico estatal, conforme conceitua MENDES (**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, p.209-211; e, do mesmo autor, **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**, p.112).

¹²⁶ Cf. CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.243.

¹²⁷ *Ibidem*, p.244.

b) Sistema de direitos fundamentais

O Estado de Direito, desde sua formulação liberal, surgiu com escopo de instituição e proteção dos direitos fundamentais e, consoante exposição, tomou inicialmente feição individualista, depois social e, por último, democrática.

Suas particularidades atuais podem ser informadas como dimensão irrenunciável da individualidade autonomamente responsável, garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade apontando para a libertação da *angústia da existência*, dado seu condicionamento pela socialidade.¹²⁸

Dessa evolução - do liberal ao democrático - surge a necessidade de uma sistematização de seu conteúdo, dadas às diferentes realidades por que passou o entendimento sobre direitos fundamentais.¹²⁹

Destarte, a teoria liberal, nascida do constitucionalismo clássico, base do antigo Estado de Direito, tendo em conta apenas o *status negativus*, mostrou-se

¹²⁸ Cf. CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.244.

¹²⁹ Cf. STUMM, **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.120.

insuficiente,¹³⁰ tanto quanto a teoria institucionalista, cuja compreensão atrelava a hermenêutica dos direitos fundamentais a um caráter teleológico.¹³¹

Os direitos fundamentais, sob o influxo da socialidade,¹³² ganharam sistematização por outras teorias mais modernas, como a teoria dos valores e a teoria democrática. A teoria dos valores eleva o direito fundamental a *status* material, incorporado de valores de natureza espiritual, exigindo do jurista uma postura diferente daquela professada pelo positivismo – normas constitucionais como opção de valor.¹³³ A teoria democrática legitimou os direitos fundamentais como direitos dos cidadãos, dada à participação de todos no processo de sua construção e garantia.¹³⁴

O poder jurisdicional assume, ao lado dos outros poderes, importante papel na potenciação e realização dos direitos fundamentais, pelo seu desiderato de influir, decidindo a conflituosidade social.

¹³⁰ Cf. BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p.561.

¹³¹ Ibidem, p.571.

¹³² Cf. CANOTILHO, *idem*, p.323.

¹³³ Cf. BONAVIDES, *idem*, p.577.

¹³⁴ Cf. STUMM, **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.120.

c) Juridicidade

O Estado de Direito como princípio, levando em conta a natureza indissociável entre Estado e Sociedade, procura conformar o poder político e a sociedade na medida do Direito, à vista de seu conteúdo, extensão e modo de proceder.¹³⁵

Verdade que sobre o *Direito* há uma pré-compreensão (ideológica, política, religiosa, econômica, cultural, etc.)¹³⁶ que sempre deixa o termo vago em seu conteúdo, mas, para o objetivo proposto, impõe-se estabelecê-lo como sendo um método de ordenação racional e vinculativa da sociedade.¹³⁷

Nessa percepção, o direito estabelece regras e medidas, formas e procedimentos e, por fim, cria instituições. O direito, com tal importância, possui ligação estreita com a realização da *Justiça*, efetivação de valores políticos, econômicos e sociais. Globalizado e tendo em conta o ordenamento como um todo, obriga e vincula indivíduos e

¹³⁵ Cf. CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.239.

¹³⁶ Cf. MONTORO, **Introdução à Ciência do Direito**, p.29-60.

¹³⁷ Cf. CANOTILHO, *idem*, p.239.

Estado, propondo soluções genéricas para a pacificação social.¹³⁸

O Estado de Direito, com essa conformação, erige-se em estado de distância, porque garante os indivíduos perante o Estado e perante os próprios indivíduos, fato que não implica uma diferença entre direito e Estado, dado que a função do direito num Estado de Direito material não é apenas negativa ou defensiva, mas positiva, no intuito de assegurar o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural do povo.

A idéia de direito, como afirmado, é inseparável da de *Justiça*. Daí a necessária conclusão de que o Estado de Direito só se erige em *Estado de Direito justo* se se perfilar seu *modus agendi* pela proteção dos direitos.

¹³⁸ Cf. ZIPPELIUS, **Teoria Geral do Estado**, p.390.

CAPÍTULO II

JUSTIÇA: DINÂMICA

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Estado de Direito, como visto no primeiro capítulo, é aquele que tem como cerne de suas preocupações a proteção e *garantia dos direitos humanos fundamentais* e, com tal aspiração, converte-se em meio para realização do ser humano, tendo a *Justiça*¹³⁹ como meta.

O capítulo que ora se inaugura traz a tematização da *justiça*, enfocando durante toda a discussão suas relações com o Estado de Direito e a proximidade com o princípio da *dignidade da pessoa humana*, estabelecido como dinâmica de sua realização.

Num primeiro momento, a preocupação foi determinar uma relação dogmática do princípio da *Justiça* com

¹³⁹ O vocábulo *Justiça* será usado, no correr do trabalho, também como princípio. É uma opção porque, como se verá ao final, possui sinonímia com a *igualdade*, *razoabilidade* e *proporcionalidade*, que são princípios. Diante disso, nada mais razoável que referir-se à *Justiça* como princípio.

o princípio do Estado de Direito, pois o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente, erigiu como valores supremos a *igualdade* e a *Justiça*. Em contraponto foram utilizadas as teorias formuladas por Hans Kelsen¹⁴⁰ e Alf Ross¹⁴¹, que postulam ser a *Justiça* apenas preceito aferidor de um bom ou mau Direito.

O valor *Justiça* foi desenvolvido tendo como cerne a *igualdade*¹⁴² e, para fins metodológicos, preferiu-se como seu conceito *a virtude de dar a cada um o que é seu*¹⁴³. Foi uma opção conceitual para viabilizar a proposta de relacionar o Estado de Direito em termos de *justiça comutativa, distributiva e social*.

Por fim, encetou-se a discussão em torno da *Justiça e dignidade da pessoa humana*, colocando este princípio como *valor-fonte*¹⁴⁴ para o Direito, escorado na proposição doutrinária do *personalismo*¹⁴⁵, já que possui o escopo de *otimização*¹⁴⁶ na seara dos princípios. Este plexo principiológico,

¹⁴⁰ **O que é Justiça?**, p.292, 294 e 299.

¹⁴¹ **Direito e Justiça**, p.326.

¹⁴² Cf. ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**, p.93.

¹⁴³ Cf. MONTORO, **Introdução à Ciência do Direito**, p.130.

¹⁴⁴ “*Valor-fonte*” é a referência feita por REALE para designar, em essência, que a *pessoa* é a fonte de todos os valores (**Filosofia do Direito**, p.279; **Teoria Tridimensional do Direito**, p.131; **Fundamentos do Direito**, p.304-305).

¹⁴⁵ Cf. REALE, **Filosofia do Direito**, p.277-279.

¹⁴⁶ A categoria *mandado de otimização* é desenvolvida por ALEXY. Propugna como sendo o que ressaí da lei de colisão – não existem relações absolutas de precedências entre princípios e, também, não se referem a ações quantificadas. É, enfim, o processo pelo qual se

amparado pelo *devido processo legal*, pressupõe condições jurídicas favoráveis para elevar o Estado Brasileiro em *Estado de Justiça*.¹⁴⁷

1. Idéia de justiça e Estado de Direito

Inicialmente cumpre assinalar o intento do presente item – *idéia de Justiça* – qual seja, perpassar uma elaboração conceitual acerca de *Justiça* relacionada com o Estado de Direito sem, é lógico, esgotar toda a problemática que envolve o tema.

O vocábulo *Justiça* (do latim *justitia*; do inglês *justice*; do francês *justice*; do alemão *Gerechtigkeit*; do italiano *Giustizia*) é daqueles que causam fascinação, encantamento, atração, visto ser o mais invocado nos sítios de contendas.

Há uma acepção subjetiva e objetiva de *Justiça*. A primeira dirige-se ao ato humano – por exemplo *Caio é justo*. A segunda diz respeito à ordem social. Por extensão a palavra é

determina o valor ótimo de uma grandeza (**Teoria de Los Derechos Fundamentales**, p.94-95).

¹⁴⁷ *Estado de Justiça* é a categoria utilizada por DEL VECCHIO para referir a um ambiente onde haja idéia de justiça, ainda que de modo esquemático. Justifica sua preferência em relação a *Estado de Direito* que, segundo ele, possui diversas significações (**A Justiça**, p.108 e 122).

também utilizada como designativa do Poder Judiciário e suas atribuições.¹⁴⁸

Utilizar-se-á, todavia, a idéia de *justiça estrita – virtude ou vontade de dar a cada um o seu Direito*¹⁴⁹ –, para o desenvolvimento do trabalho, pois o enfoque é precisar a *liberdade e a dignidade da pessoa humana*. Desnecessário, portanto, adentrar nas discussões que o assunto reserva.

Chaïm Perelman afirma que é um *valor universal*, pois todas as súplicas são feitas em seu nome, seja qual for o lado em que se encontre aquele que clama:

*“A justiça é uma das noções mais prestigiosas de nosso universo espiritual. Seja-se crente ou incrêdo, conservador ou revolucionário, cada qual invoca a justiça, e ninguém ousa renegá-la. A aspiração à justiça caracteriza as objurgações dos profetas judeus e as reflexões dos filósofos gregos. Invoca-se a justiça para proteger a ordem estabelecida e para justificar as reviravoltas revolucionárias. Nesse sentido, a justiça é um valor universal.”*¹⁵⁰

Disso sobressai a noção equívoca ou confusa do conteúdo da *Justiça*, dado que não se pode afirmar, *a priori*,

¹⁴⁸ Cf. MONTORO, **Introdução à Ciência do Direito**, p.126.

¹⁴⁹ *“Virtude ou vontade de dar a cada um o seu Direito”*. (MONTORO, *idem*, p.126). Trata-se de uma opção, pois o conceito de *Justiça de REALE*, neste primeiro momento de *idéia de justiça*, também mostra-se adequado. Para ele *“justiça é o bem comum ‘in fieri’, como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade”*. É que o autor leva em conta o conteúdo *valor* e também *igualdade*, por isso da pertinência para o trabalho. (**Filosofia do Direito**, p.276). Não obstante, a opção é pelo conceito de MONTORO.

¹⁵⁰ **Ética e Direito**, p.146.

que um deles (revolucionários ou conservadores, por exemplo) estão atuando de má-fé ou com injustiça, pois cada qual possui justificativa para afirmar que a *Justiça* está a lhe socorrer as pretensões.¹⁵¹ Tudo dependerá da noção de *Justiça* adotada.¹⁵²

Há, então, necessidade de análise de seu conteúdo, com vistas à técnica jurídica para, com isso, descortinar seu sentido no Estado de Direito, já que regramentos a positivaram para fins hermenêuticos, como a Constituição Federal (preâmbulo), que a erigiu como valor supremo do Estado Democrático.¹⁵³

André Franco Montoro, enfocando a problemática jurídica da *Justiça*, reconduz ao pensamento de valor universal, afirmando que todas as ações humanas devem ser permeadas pela justiça,¹⁵⁴ arrematando, com Giorgio Del Vecchio, que a noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico.¹⁵⁵

Na concepção de valor fundamental, tem-se a *Justiça* como uma das quatro virtudes cardeais, mas é a única inteiramente boa, visto que pode ser vislumbrada

¹⁵¹ **Ética e Direito**, mesma página.

¹⁵² Cf. REALE, **Filosofia do Direito**, p.278

¹⁵³ Adotou-se a corrente doutrinária de que o preâmbulo da Constituição Federal é parte integrante de seu conteúdo, logo, os princípios nele elencados são normas para todos os efeitos. (nesse sentido: FERREIRA, **Curso de Direito Constitucional**, p.71).

¹⁵⁴ **Introdução à Ciência do Direito**, p.122.

¹⁵⁵ *Ibidem*, mesma página.

independentemente das outras virtudes – a temperança, a coragem e a prudência.

Basta lembrar que a temperança, a coragem e a prudência só podem ser concebidas como virtudes quando possuírem como escopo o *bem*¹⁵⁶ – a *Justiça* – que lhes seria o móvel propulsor. Se estiverem dissociadas do bem já não poderão ser tidas como virtudes, mas tão só como talentos.

É como assinala André Comte-Sponteville:

*“A justiça não é uma virtude como as outras. Ela é o horizonte de todas e a lei de sua coexistência. ‘Virtude completa’. (...) Todo valor a supõe; toda humanidade a requer. Não é, porém, que ela faça as vezes da felicidade (por que milagre?); mas nenhuma felicidade a dispensa.”*¹⁵⁷

Nesse sentido de virtude completa, cujo conteúdo expressaria todas as demais virtudes e, sem ela seriam apenas alento, vigor, habilidade, Aristóteles completa, asseverando:

¹⁵⁶ Segundo REALE, a noção de *bem* é a pedra de toque da idéia de justiça. Quando Aristóteles refere a *viver bem*, na Política, não está utilizando a locução apenas atinente a bens materiais, mas também imateriais (próprios da personalidade da pessoa humana). O *bem* é um valor individual e também social, portanto, comporta uma tensão, daí terem surgido várias teorias apregoando uma ou outra solução (individualismo, personalismo e transpersonalismo, que serão abordadas no último item do trabalho). Verdade que o autor aborda em seu conceito de justiça apenas o *bem comum* e, quanto ao *bem individual*, prefere referi-lo como sendo atinente à moral. O *justo* seria respeitante ao *bem social*, logo, valor fundante do Direito. Importante notar que, para o autor, o ideal do *bem social* consistirá em servir ao todo (à comunidade, ao social) respeitando a personalidade de cada um – a dignidade alheia. (**Filosofia do Direito**, p.271-274).

¹⁵⁷ **Pequeno tratado das grandes virtudes**, p.70.

“(...) a justiça neste sentido é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. Portanto a justiça é freqüentemente considerada a mais elevada forma de excelência moral”.¹⁵⁸

Não obstante, Hans Kelsen¹⁵⁹ e Alf Ross¹⁶⁰ desconsideraram a *Justiça* como ínsita do Direito, pretendendo que Direito e *Justiça* sejam matrizes conceituais diferentes. A *justiça* só teria a função para feitura de um bom Direito e um critério para distinguir um bom e mau Direito. Como valor justificativo do Direito, seria inaceitável.

Com essa concepção, haveria que sentenciar ser o Direito descompromissado com a *Justiça*, melhor ainda, sem qualquer vínculo e, a *justiça* só teria significado para aferi-lo como bom ou mau direito.¹⁶¹

¹⁵⁸ **Ética a Nicômacos**, p.93.

¹⁵⁹ **O que é justiça?**, p.292, 294 e 299.

¹⁶⁰ **Direito e Justiça**, p.326.

¹⁶¹ KELSEN e ROSS entendem como *Direito* o Direito Positivo, e isto é fruto da concepção do *Direito* da Antigüidade até os dias de hoje. FERRAZ JÚNIOR expõe que na Antigüidade a legislação como trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia uma diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre trabalho e ação. Deste modo, o que condiciona o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça. Assinala ele que na Era Moderna assistiu-se uma progressiva perda de sentido da “ação”, que, cada vez mais se confunde com o de “trabalho”; ou seja, a velha noção de ação ligada à virtude passa a se identificar com a moderna noção de ação como atividade finalista, portanto, próxima àquilo que na Antigüidade chamava-se “trabalho”. Identifica-se, então, o *jus* com a *lex*. O Direito então é considerado como conjunto abstrato de normas, como mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem. Por fim, o autor afirma que é necessário refletir sobre as formas hodiernas de atuação, encontrando-lhe um sentido, para então vivê-lo com prudência, marca virtuosa do jurista, que os romanos deixaram e não desapareceram de todo da face da terra.

O preâmbulo da Constituição Federal, quando afirma que o Estado Democrático Brasileiro estaria a assegurar a *Justiça* como valor supremo, de nada valeria. Seria letra sem conteúdo aferível. Todavia, não é assim que se provará, pois o valor *Justiça* é passível de ser avaliado cientificamente, não se podendo conceber sim, nos dias de hoje, a idéia de Direito como sendo somente a de Direito Positivo, senão vai se traduzir em uma simples técnica de dominação.¹⁶²

Em *Justiça*, como valor fundamental e escopo máximo do Estado de Direito, reside o primeiro anseio do ser humano, que é a luta pela igualdade e elevação de todos acerca da *dignidade da pessoa humana*.

O valor *Justiça* deverá permear todas as instituições e ações do Estado de Direito brasileiro, pena de não ser erigido no *status* de *Estado de Justiça* e, como tal, estar desnaturado na técnica jurídica.

São inaceitáveis as postulações de Hans Kelsen¹⁶³ e Alf Ross¹⁶⁴, vez que o ordenamento jurídico é de

(Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação, p.24-29).

¹⁶² É a abordagem que faz o autor encerrando as noções de Direito e Lei. Analisa ambos os conceitos e diferencia um do outro, desde a Antigüidade para, ao final, chamar a atenção para a velha distinção romanística entre *jus* e *lex*. Em nota anterior já consta uma referência completa de seu pensamento (Ibidem, p.24-29).

¹⁶³ **O que é justiça?**, p.292, 294 e 299.

¹⁶⁴ **Direito e Justiça**, p.326.

princípios e regras, como insculpiu Robert Alexy¹⁶⁵ e, sendo a *Justiça* um princípio, deve ser levada em conta como própria do ordenamento.

O escopo do Estado de Direito é a garantia e proteção dos *direitos humanos fundamentais* e, para tanto, deve pautar suas ações e leis pela razoabilidade, almejando a *Justiça*. Só assim se concretizará como *Estado de Justiça*.¹⁶⁶

2. Âmagos da *Justiça*

A *Justiça* é um valor e, como tal, é de difícil descrição, por isso a opção por perscrutar-lhe o âmago, ou, intentar-lhe a essência. Utilizar-se-á, para tanto, o *medium* da *Ética a Nicômacos* de Aristóteles.¹⁶⁷

A *Justiça* faz supor a idéia de uma disposição firme e constante para a prática do bem. A síntese de seu

¹⁶⁵ **Teoria de Los Derechos Fundamentales**, p.81-114.

¹⁶⁶ A categoria “Estado de Justiça” é utilizada por DEL VECCHIO como substituta de “Estado de Direito”. Sua preferência reside no fato de que no “Estado de Justiça” haveria o valor fundamental – a justiça – ao contrário do “Estado de Direito” com suas vicissitudes. A alusão que faz o autor é devido aos vários significados que menciona de “Estado de Direito”. Todavia, o escopo do presente trabalho é demonstrar que o “Estado de Direito” é um “Estado de Justiça”, justamente porque tem como objetivo principal a persecução e proteção dos “direitos humanos fundamentais”. (**A justiça**, p.108 e 122).

¹⁶⁷ **Ética a Nicômacos**, p.35.

conteúdo é a *igualdade*, que se traduz num subprincípio da *dignidade da pessoa humana*.

Para Aristóteles, a *Justiça* é uma excelência moral e produto do hábito. Não nasce com o indivíduo mas ele adquire com a prática constante. A natureza concede ao ser humano a capacidade de percepção e, esta, aperfeiçoa-se pelo hábito. Basta lembrar que a audição, a visão, o olfato, o tato, o paladar, são sentidos naturais do ser humano e, mesmo antes de usufruí-los, já os possui. A habilidade de construtor, músico, só se adquire com a prática, tanto quanto o ato justo, só praticando a *Justiça*.¹⁶⁸

O filósofo distingue no âmbito da racionalidade humana o saber teórico e o saber prático. As virtudes éticas prescindem de saber teórico. Por isso que a beleza da arte possui seus atributos na qualidade enquanto que o ato justo é dirigido pela razão e tem como meta a *Justiça*.¹⁶⁹ Joaquim Carlos Salgado sintetiza a racionalidade afirmando que na ação moral:

"(...) 1º) não basta a sua conformidade com o que se tem como virtuoso; assim, não basta que o homem pratique a justiça, mas é necessário que ele saiba da justiça do seu ato, ou seja, tenha consciência dessa ação justa; 2º) na ação moral, é preciso que o homem aja por força de uma decisão da vontade, uma decisão que se motiva pela própria ação; 3º) na ação moral, o homem deve agir com

¹⁶⁸ **Ética a Nicômacos**, mesma página.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.39.

*firme e inabalável certeza, já que a dúvida quanto à moralidade do ato impede que seja um hábito virtuoso.*¹⁷⁰

É característica própria do ser humano a racionalidade e, a virtude, como tal, tem a utilidade de desenvolver esta qualidade. Todavia, não como um ser isolado, mas como um ser social. A realização da *Justiça* se dá na *igualdade*, ao que Aristóteles chama de *medium* afirmando que:

*“(...) De tudo que é contínuo e divisível é possível tirar uma parte maior, menor ou igual, e isto tanto em termos da coisa em si quanto em relação a nós; e o igual é um meio termo entre o excesso e a falta. Por ‘meio termo’ quero significar aquilo que é equidistante em relação a cada um dos extremos, e que é único e o mesmo em relação a todos os homens; por ‘meio termo em relação a nós’ quero significar aquilo que não é nem demais nem muito pouco, e isto não é único nem o mesmo para todos. (...)”*¹⁷¹

O excesso ou a falta de alimentos para uma pessoa pode lhe gerar um mau estado de saúde, enquanto que uma porção razoável pode lhe trazer bem estar. No sentido de excelência moral tudo o que se afere como excesso ou carência foge do âmbito conceitual da virtude – do *medium*.¹⁷²

A excelência moral objetiva o meio termo, portanto, é algo como a equidistância, podendo ser denominado

¹⁷⁰ **A Idéia de Justiça em Kant – seu fundamento na liberdade e na igualdade**, p.33.

¹⁷¹ Ibidem, p.41.

¹⁷² ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**, p. 41.

como *deficiência moral* tanto o excesso quanto a carência. Por isso da afirmação do filósofo de que *a bondade é uma só, mas a maldade é múltipla*, em alusão ao fato de que a *maldade* pode ser verificada nos extremos quando a bondade apenas no meio.¹⁷³

Nessa perspectiva, a idéia de *igualdade* se resume na própria virtude. O ato justo revela-se no médio alcançado como ação humana, sem excesso ou carência. Sendo a *igualdade* o elemento definidor da *Justiça*, o outro é o seu alvo, pois não se cogita da *igualdade* consigo próprio, mas sim em relação a outrem. Daí a característica social da *Justiça*.¹⁷⁴

O desprendimento egoístico é característica da *Justiça*, dado que sem a vontade de ser equânime não se pode falar em virtude. Há que se ter vontade de respeitar o *direito* dos outros. Por isso que André Franco Montoro situa a *Justiça* como *respeito à dignidade de todos os homens*.¹⁷⁵

A visão de Aristóteles não se dirige apenas ao aspecto subjetivo do ser humano ao tratar dos valores éticos, mas lembra que tal deve ser imanente do Estado, pena de sua

¹⁷³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p.42.

¹⁷⁴ Cf. SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade*, p.36.

¹⁷⁵ *Introdução à Ciência do Direito*, p.126-127.

lei ser incapaz de produzir transformações nos seres humanos.¹⁷⁶

Gustav Radbruch põe a *Justiça* como meta-valor para o legislador e para o Direito Positivo, expondo que:

*“A norma axiológica do Direito Positivo e meta do legislador é a justiça. A justiça é um valor absoluto, como a verdade, o bem ou a beleza; um valor que descansa, portanto, em si mesmo, e não é derivado de outro superior.”*¹⁷⁷

Com tal aspecto, pode-se concluir que a *Justiça* como valor universal tem como medula a *igualdade* (*medium* de Aristóteles) e, como tal, é meta-valor para o legislador e Estado. Portanto, a *Justiça* se traduz na proteção e realização dos *direitos fundamentais da pessoa humana* e, só se realizando esta ambiência é que determinado Estado poderá ser chamado de *Estado Justo*.¹⁷⁸

3. A Justiça e seus atributos

A *Justiça* tem como âmago a *igualdade*, mas possui outras particularidades que lhe são próprias, mormente

¹⁷⁶ **A Política**, p.54.

¹⁷⁷ **Introducción a la Filosofía del Derecho**, p.31.

¹⁷⁸ Cf. CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 241.

quando se pretende uma aproximação jurídica, além de valor fundamental.

Só estabelecer o *medium* não é suficiente, muito menos entrevê-la só no sentido genérico. André Franco Montoro estabelece que a *Justiça* pode ser estudada nos sentidos latíssimo, lato e estrito.¹⁷⁹

Justiça no sentido latíssimo é designativa de virtude no sentido geral, ou seja, congrega todas as virtudes (a temperança, a prudência, a coragem, etc.). Pode ser denominada como virtude total e, nesta direção atributos divinos,¹⁸⁰ como aparece no Novo e Velho Testamento.¹⁸¹

Como *virtude total* influenciou o Direito Romano, tanto que a definição de *Justiça* dada por Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* possui o sentido de submissão do ser humano à lei nas três acepções – divina, natural e humana.¹⁸²

¹⁷⁹ **Introdução à Ciência do Direito**, p. 128-130.

¹⁸⁰ Cf. BÍBLIA: “Isaias, cap. 33, ver. 15: “O que anda em justiça e fala o que é reto; o que despreza o ganho da opressão; o que, com um gesto de mãos, recusa aceitar o suborno; o que tapa os ouvidos para não ouvir falar de homicídios, e fecha os olhos para não ver o mal, este habitará nas alturas; as fortalezas das rochas serão seu alto refúgio, o seu pão lhe será dado, as suas águas serão certas.”

¹⁸¹ Cf. ASCENSÃO, **O Direito - Introdução e Teoria Geral - uma perspectiva luso-brasileira**, p.156.

¹⁸² Cf. SALGADO, **A Idéia de Justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade**, p. 54. No direito romano é constante a identificação do Direito com a Justiça, tendo seu desenvolvimento no sistema geral da moralidade. Basta lembrar a *tria praecepta juris* de Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, interpretada como explicitação da *virtus* justiça (Cf. BOSON, **Filosofia do Direito**, p.293)

Em sentido amplo, é identificada como *virtude social*, própria da convivência humana e, ao mesmo tempo, reguladora das relações de pessoa a pessoa. Compõe-lhe as virtudes da amizade, da generosidade, compaixão, misericórdia, amor filial.¹⁸³

No sentido estrito pode ser reduzida à fórmula *dar a outrem o que lhe é devido segundo uma igualdade*.¹⁸⁴ É o preceito de Ulpiano modificado, vez que se expressava como o *hábito segundo o qual alguém com constante e perpétua vontade dá a cada um seu direito*.¹⁸⁵

A proposição de Santo Tomás de Aquino pode ser tripartida nos seguintes requisitos: a) dar a *outrem* (*alteridade*) ; b) o que lhe é *devido* (*debitum*); c) segundo uma *igualdade* (*aequalitas*).¹⁸⁶

O interesse da pesquisa se circunscreve à *Justiça* nos sentidos estrito e geral. Neste passo, debruçar-se-á sobre os predicativos da *Justiça* no sentido estrito vislumbrados em Santo Tomás de Aquino, pois a partir deles é que cada

¹⁸³ Cf. MONTORO, **Introdução à Ciência do Direito**, p.129.

¹⁸⁴ Cf. TOMÁS AQUINO, **Summa Theologica**, v. 3, p.422: "*ratio justitiae in hoc consistit quod alteri reddatur quod ei debetur secundum aequalitatem*".

¹⁸⁵ Cf. LOMBARDO, **Compendio de Historia del Derecho y del estado**, p.182.

¹⁸⁶ Cf. MONTORO, *idem*, p.130.

espécie de *Justiça* (comutativa, distributiva e social) será vislumbrada.

3.1. Alteridade

A *Justiça* diz respeito à pessoa do próximo – ao outro –, daí o requisito da *alteridade*. Ninguém pode ser justo consigo mesmo, ao contrário das outras virtudes, que o ser humano pode praticá-las sem relação com o outro. É, portanto, a pluralidade de pessoas que distingue a *Justiça* das outras virtudes.¹⁸⁷

No entendimento de que a *Justiça* é sempre em relação ao outro, conclui-se que pertine à convivência em comunidade. Traduz-se, como afirma André Franco Montoro, no reconhecimento que o ser humano faz acerca da *dignidade dos outros seres humanos*.¹⁸⁸

3.2. Devido

A obrigatoriedade e a exigibilidade é o segundo atributo que integra o conceito de *Justiça*.¹⁸⁹ É a distinção do

¹⁸⁷ Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, p.93.

¹⁸⁸ *Introdução à Ciência do Direito*, p.130-131.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.131-132.

ius suum que traz, à definição de *Justiça* de Ulpiano, a nota jurídica, portanto, seria um débito *legal*.¹⁹⁰

Com isso, pode-se fazer alusão às outras virtudes e, nelas, enxergar até a possibilidade do *debitum*. Todavia, não há a exigibilidade. É o que acontece com a gratidão, por exemplo. A boa convivência social pressupõe a gratidão, porém, não há falar em exigibilidade.

3.3. Igualdade

Ao lado da alteridade e do débito, como elemento integrante da *Justiça*, figura a *igualdade*. A *igualdade* possui a mesma importância dos outros elementos, mas, constitui a essência por onde gravita a idéia de *Justiça*.¹⁹¹

O *medium* de Aristóteles é o ponto de partida:

*“Este meio termo é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um ‘mais’ e um ‘menos’ há também um igual. Se, então, o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual, como todos acham que ele é, mesmo sem uma argumentação mais desenvolvida. E já que o igual é o meio termo, o justo será o meio termo.”*¹⁹²

¹⁹⁰ Cf. SALGADO, **A Idéia de Justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade**, p.55.

¹⁹¹ Cf. LLOYD, **A idéia de lei**, p.141.

¹⁹² **Ética a Nicômacos**, p.95.

Muito embora já se tenha falado sobre o *meio termo* e também em que consiste, deixando entrever que a *igualdade* estaria entre os extremos, carência e excesso, ainda é necessário discorrer sobre o assunto.

Aristóteles lembra que se os sujeitos não forem iguais não receberão coisas iguais.¹⁹³ Isto quer dizer que aos iguais devem ser dadas coisas iguais, e aos desiguais, coisas desiguais. A idéia desta assertiva é que realiza a *igualdade*, ora dando conforme o mérito, ora reparando os prejuízos que outrem sofrera, ou presidindo uma troca equânime.¹⁹⁴

André Franco Montoro expõe que a filosofia distingue as relações entre causais e não-causais e, entre elas, coloca-as de conformidade ou adequação, propondo três modalidades:

“a) a identidade, que é a relação de conformidade quanto à essência;

b) a semelhança, que é a relação de conformidade quanto à qualidade;

*c) a igualdade, que é a relação de conformidade quanto à quantidade.”*¹⁹⁵

¹⁹³ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**, p.96: “se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais)”.

¹⁹⁴ Cf. SALGADO, **A Idéia de Justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade**, p.48-49.

¹⁹⁵ **Introdução à Ciência do Direito**, p.135.

Explica com isso que duas realidades são *idênticas* quando possuem a mesma substância. Semelhante às mesmas qualidades. Iguais à mesma quantidade. A relação de *identidade* é referida apenas a um ser, ou seja, um ser humano é idêntico somente a si mesmo. Dois seres humanos com os mesmos traços pode-se dizer que são semelhantes. Cinquenta é igual a vinte e cinco mais vinte e cinco.¹⁹⁶

A *igualdade* pode ser divisada de forma *simples e absoluta* ou *proporcional e relativa*. A primeira é verificada na equivalência dos objetos, como numa permuta, na qual os valores devem ser equivalentes. Na distribuição dos encargos da comunidade a capacidade contributiva é mensurada, daí a afirmativa da proporcionalidade em sua realização.¹⁹⁷

Nesse desiderato, a *Justiça* é uma equivalência de quantidades e, transpondo-se seu teor à natureza das relações humanas, apura-se seu significado para as diversas aplicações na seara jurídica.

As relações humanas possuem natureza própria e, muita vez, é a própria *dignidade da pessoa* que está em evidência. Por isso que o *respeito* deve presidir todos os

¹⁹⁶ MONTORO, *Introdução ao Estudo do Direito*, p.135.

¹⁹⁷ Cf. ARISTÓTELES designa a igualdade simples ou absoluta de "aritmética" e, a igualdade proporcional ou relativa de "geométrica". (*Ética a Nicômacos*, p.96-98).

encontros de vontades, pena de ser sacrificada a *Justiça* no sentido de valor e como ideal de vida.

Nem sempre foi assim, pois até recentemente existia a escravidão. O ser humano, nesse interregno, era considerado como instrumento. Na Antigüidade, Aristóteles defendia a tese de diferença entre homens livres e escravos. Os escravos seriam *meros instrumentos*.¹⁹⁸ Santo Tomás de Aquino concebeu que não é da razão natural a escravidão.¹⁹⁹

Como se vê, choca com o *princípio da igualdade* a concepção de *servo e senhor*, pois ofende a *dignidade da pessoa humana*. Por isso que agride, ainda hoje, a *dominação* e a ausência de *respeito* nalgumas relações, pois que é o retorno àquelas antigas criações.

A concepção do *Direito* como técnica de dominação é de ser desprezada, devendo ser lembrada a distinção romanística entre *jus* e *lex* e, de vez, rechaçar a tese de que Direito é tão só Direito Positivo.²⁰⁰ A lei visa o Direito

¹⁹⁸ **A Política**, p.10.

¹⁹⁹ **Summa Theologica**, v.3, p.420: “*Ad Secundum dicendum, quod hunc hominem esse servum, absolute considerando, magis quam alium, non habet rationem naturalem, sed solum secundum aliquam utilitatem consequentem, in quantum utile est huic quod regatur a sapientiori, et illi quod ab hoc juventur; ut dicitur in I. Polit. (cap. 5); et ideo servitus pertinens ad jus gentium est naturalis secundo modo, sed non primo modo.*”

²⁰⁰ Cf. FERRAZ JÚNIOR, **Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão e dominação**, p.24.

mas não se traduz nele; o Direito, por sua vez, tem escopo maior, que é a *Justiça*.²⁰¹

Por isso que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 salientou a *igualdade* essencial da natureza humana como fonte de valores, independentemente de quaisquer condições. E mais, reforçou a concepção de antítese entre *dominação* e *respeito*, dispondo a prevalência da fraternidade nas relações humanas.²⁰²

O princípio da *igualdade* foi insculpido na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*:

“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, nos seguintes termos.”

Essa regra não proíbe tratamentos desiguais entre as pessoas. É que alcançar a *Justiça* pressupõe ajustamento entre os desiguais e, doutra forma, igualar os iguais. Nesse aspecto informa Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside

²⁰¹ Cf. XAVIER, **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**, p.8: *“O Estado de Direito foi, ao menos inicialmente, concebido como aquele que tem por fim o Direito e atua segundo o Direito; isto é, aquele que tem a justiça por fim e a lei como meio de sua realização”*.

²⁰² Cf. COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.216.

exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos."²⁰³

É a transposição do ideal de *Justiça* de Aristóteles – *tratar desigualmente os iguais na medida em que se desigualam* – para o aspecto jurídico.

O princípio de *Justiça* estabelece na ordem jurídica que as discriminações não podem ser *gratuitas* e *injustificadas*, mas sim fundadas na *dignidade dos direitos fundamentais*, levando em conta as peculiaridades de cada um ou grupo.

Na concepção de Estado de Direito adotada – *Estado de Justiça* – a *igualdade* não é só conteúdo formal, pois a implementação dos direitos deve ser imanente ao projeto democrático. É a *igualdade* nos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O anseio democrático procura o exercício, em *igualdade* de condições, dos direitos humanos elementares.

Flávia Piovesan leciona que democracia confunde-se com *igualdade* e, desta forma, impõe um desafio de eliminação de toda e qualquer forma de discriminação, inclusive

²⁰³ **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, p.12-13.

com a possibilidade de *ação positiva*. Esta categoria resulta na possibilidade de se impor discriminações em favor de um grupo, até que, efetivamente, alcance a *igualdade*.²⁰⁴

A *Justiça*, portanto, é a virtude que procura a realização da *igualdade* e deve permear as ações humanas e persecuções do Estado de Direito como protetor e realizador dos direitos. Este desiderato é enfocado como *justiça comutativa* (relações entre particulares), *justiça distributiva* (relações entre as comunidades e seus membros) e *justiça social* (relações dos membros para a comunidade na formação do bem comum).

4. Classificação da *Justiça*

Neste passo serão desenvolvidas as espécies de *Justiça*, ou, classificações da *Justiça*. Ao final do item anterior já se entremostrou a intenção do desenvolvimento. Todavia, necessário se faz algum esboço preliminar.

Aristóteles distingue duas classes de *Justiça*: a *justiça universal* e a *justiça particular*.²⁰⁵

Joaquim Carlos Salgado expõe que, na ética aristotélica, as virtudes podem se referir ao agente em si mesmo

²⁰⁴ **Temas de Direitos Humanos**, p.137.

²⁰⁵ **Ética a Nicômacos**, p.96-97.

e em relação ao outro. Nesta última hipótese, tem-se a realização da *Justiça*. Quando se trata do cumprimento da lei em geral verifica-se a *justiça* no sentido *geral - universal* - e, se se cuida da observância da *igualdade*, ocorre a *justiça particular - estrita* -.²⁰⁶

José de Oliveira Ascensão expõe as categorias de Aristóteles como sendo *justiça distributiva* e *justiça comutativa*. Para ele, a *justiça comutativa* é a que regula as relações entre os indivíduos entre si e, a *justiça distributiva* é a distribuição das vantagens entre todos os membros da comunidade. Como elaboração classificatória posterior expõe a *justiça geral*, como concernente às relações dos indivíduos para com a comunidade.²⁰⁷

A partir de Aristóteles várias classificações foram produzidas e, como não é objeto do trabalho explorar as divergências entre elas, adotar-se-á a de André Franco Montoro, posto que suficiente para acentuar do atributo *igualdade* em todas as relações sociais.²⁰⁸

²⁰⁶ **A idéia de Justiça em Kant e seu fundamento na liberdade e na igualdade**, p.37.

²⁰⁷ **O Direito - introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**, p.156-157.

²⁰⁸ **Introdução à ciência do direito**, p.138.

Em comum com outros autores,²⁰⁹ André Franco Montoro afirma que a categoria *Justiça* possui bipartição entre *particular e geral, social ou legal*. A primeira subdivide-se em *comutativa e distributiva*. Daí derivam seus estudos para a *justiça comutativa, justiça distributiva e justiça social*.²¹⁰

4.1. Justiça comutativa

4.1.1. Conceito

A *justiça comutativa* é referida como *igualadora, corretiva ou sinalagmática*.²¹¹ É necessário estabelecer o conceito, porque o termo *sinalagmático* é próprio da seara dos contratos, mas nem tudo que é contratual é justo.²¹²

O campo de aplicação da *justiça comutativa* não se circunscreve aos contratos somente, mas possui abrangência

²⁰⁹ Cf. SALGADO, **A idéia de Justiça em Kant e seu fundamento na liberdade e na igualdade**. ASCENSAO, **O Direito - introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. DEL VECCHIO, **A justiça**.

²¹⁰ **Introdução à ciência do direito**, p.139.

²¹¹ Cf. MONTORO, *idem*, p.48.

²¹² É especificamente com a idéia de “justiça comutativa” que se pode realizar a revisão dos contratos por “desigualdade”, porque ela apregoa a “igualdade nas prestações”.

maior, dado que tem como escopo o respeito à pessoa humana, à vida, à personalidade.²¹³

As convenções, por si sós, por conterem a bilateralidade e os demais requisitos, constituindo-se verdadeiro pacto sinalagmático, não constituem em si obrigatoriedade estrita de cumprimento. É como se possuíssem a cláusula *se possível*, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apreciando uma questão contratual.²¹⁴

²¹³ Cf. MONTORO, **Introdução ao Estudo do Direito**, p.149.

²¹⁴ Agravo de Instrumento n.º 018493. DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Contrato com base na variação cambial do dólar norte americano. Direito de o devedor depositar os valores incontroversos. Liminar. Pedido de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento. Negativa. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora*. O poder judiciário e a realidade. 1. Posto que praticamente todos os juizes de primeiro grau ascenderam à magistratura depois de um duro certame, onde o conhecimento jurídico exclui a presunção *juris tantum* e autoriza o reconhecimento da *jure et de jure*, não se afigura correto dizer-se que determinado posicionamento, sufragado por expressiva parcela de magistrados singulares, em vários pontos do país, esteja ao desabrigo da aparência do bom direito. Por óbvio, pode-se até mesmo divergir do pensamento exteriorizado; mas, não sem antes apreciar, com profundidade, as razões que o alicerçam. 2. O pranteado descompasso entre os valores eventualmente arrecadados e os compromissos assumidos pelo credor não tem o condão de, por si só, habilitá-lo como passível de sofrer prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Na hipótese contrária, seria imperativo que se reconhecesse a todos, indistintamente, o direito de vincular compromissos assumidos com terceiros à satisfação de direito próprio, e apenas com esteio numa interpretação unilateral. Aceitar a tese desenvolvida pela instituição financeira, na sede de *periculum in mora*, é afastar, de pronto, a assunção de qualquer risco no negócio acertado entre as partes. 3. Ao poder do estado que existe para traduzir o sentimento de justiça de um povo não se apresenta lícito ficar inerte e de braços cruzados, assistindo, impossível e engalanado – E não raras vezes enganado –, ao esmagamento de seus jurisdicionados. Todo contrato sinalagmático traz implícita a cláusula "na medida do possível", e não comparece razoável que apenas o consumidor seja obrigado a arcar com o insucesso de planos econômicos mirabolantes e messiânicos. Agravo regimental não provido. Maioria. Partes litigantes: Sudameris – Arrendamento Mercantil S/A e Francisco José Correa Torres. Relator Des. Valter Xavier. Acórdão data: 09.08.1999. Publicado no

Prosperasse o *pacta sunt servanda*²¹⁵ em sua inteireza e sendo a *justiça sinalagmática* identificada estritamente com os contratos, poder-se-ia afirmar que seria a *Justiça* das injustiças e, assim, precisaria ser corrigida pela *justiça distributiva e social*.

Lembrando que a *Justiça* consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo um critério de igualdade, pode-se balizar o teor da *justiça comutativa* com os seguintes requisitos: a) um particular dá a outro particular; b) aquilo que lhe é devido; c) com observância de uma igualdade.

Por isso a *justiça comutativa* é chamada de *corretiva* ou *sinalagmática*. Este sentido é lato, pois engloba as relações decorrentes do delito (equivalência entre o delito e a pena).²¹⁶ *Comutativa* porque refere-se às trocas, permutas. *Corretiva* porque seu substrato é corrigir a desigualdade nas relações entre pessoas. *Sinalagmática* porque bilateral.

DJU data: 27.10.1999. Votos vencedores do Relator Des. Valter Xavier e segundo vogal Des. Waldir Leôncio Júnior, vencido o Presidente e vogal Des. João Mariosa.

²¹⁵ Cf. WALD anota que a teoria da autonomia da vontade fez surgir e aperfeiçoar a idéia do "*pacta sunt servanda*" (os pactos devem ser observados), e ela, como anota, encontrou seu apogeu na teoria contratualista, baseada no contrato estatal (Rousseau). (**Obrigações e Contratos**, p.152). É, como se vê, de exacerbado individualismo e está nos limites do marco do Estado Liberal, portanto, inaceitável nos dias de hoje, já que é facilmente verificável que nos pactos existe uma sujeição, sempre, de uma parte à outra. Daí a necessidade de melhor cotejo da justiça comutativa para estabelecer a igualdade.

²¹⁶ Cf. DEL VECCHIO, **A Justiça**, p.49.

4.1.2. Alteridade

Foi mencionado que a *justiça comutativa* rege as relações entre os particulares. Todavia, é necessário perscrutar quem são os particulares, pois não pode ser reduzida, como o faz Edgar Bodenheimer, em *simples relações entre particulares*.²¹⁷

O vocábulo *particulares* precisa ser ampliado,²¹⁸ devendo ser entendido na rubrica todas as pessoas físicas e jurídicas, instituições, inclusive no comércio internacional.²¹⁹

4.1.3. Débito

O *debitum* na *justiça comutativa* é de natureza rigorosa. *Rigorosa* porque tende a assegurar o respeito a um direito próprio (integridade física, bens). Todavia, com larga

²¹⁷ **Ciência do Direito**, p.40.

²¹⁸ Esta é a proposta de MONTORO. É razoável, pois nos dias de hoje, com a *troca* intensa entre todas as pessoas (*lato sensu*), impossível não admitir um *negócio* entre uma empresa brasileira (particular) com a Argentina, por exemplo; ainda, entre um particular e o Município, Estado ou União. Por particular, então, deve-se dar uma amplitude maior (**Introdução à Ciência do Direito**, p.151).

²¹⁹ Pode-se falar em justiça comutativa no caso. É que nas trocas de produtos primários com industrializados, referente ao comércio entre nações, pode-se verificar também uma parte menos favorecida. A oscilação de preços agrícolas com os dos produtos finais, originários dos países desenvolvidos. Estes, muita vez, levam uma certa vantagem, logo, desqualifica a igualdade que deveria reinar. É o cerne da Encíclica Papal *Populorum Progressio*, cujo documento traz,

abrangência, cujo escopo visa, sobretudo, à *dignidade da pessoa humana*.

Abrange prestações positivas e negativas. Positivas pertinentes a um *facere* – pagar um débito, reparar um dano, prestar um serviço. Negativas a um *non facere* – abstenção de causar dano ou ofensa.

Ê, em síntese, a obrigação de respeito à personalidade da pessoa com seus atributos morais²²⁰ e integridade física,²²¹ bem como sua proeminência externa no que diz respeito ao trabalho, obras, bens.²²²

na essência, tal afirmação, exortando sobre as conseqüências iníquas desse jogo.

²²⁰ *Constituição Federal*: “*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.*” (art. 5º, caput); “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.*” (inc. VI); “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*” (inc. X); “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*” (inc. XXVII); “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.*” (inc. XLIX); “*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.*” (inc. LXXV).

²²¹ A inviolabilidade do direito à vida é garantida, também, na *Constituição Federal* (art. 5º, caput, e inc. XLIX). Por outro, no *Código Penal* possui um título específico: “*Dos crimes contra a pessoa*”, com regramento abrangente desde os crimes contra a vida até aos atinentes à liberdade individual (art. 121 *usque* 154).

²²² *Constituição Federal*. Há várias disposições na *Constituição* sobre os direitos. À guisa de exemplo cita-se: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*” (art. 5º, inc. XIII). É princípio fundamental da República Federativa do Brasil “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”, como disposto no art. 1º, inciso IV. Há regramento, também, acerca das obras, dispondo que “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*”, como

A idéia de *justiça comutativa*, portanto, é mais ampla que a relação simplesmente contratual, e o débito abrange prestações negativas (ou de abstenção) de causar dano e, também, positivas (obrigação reparadora), tanto quanto o respeito à *dignidade humana* nas relações.

4.1.4. Igualdade

O escopo da *justiça comutativa* é o estabelecimento de uma *igualdade* fundamental entre as pessoas e, se for o caso, restabelecê-la quando transgredida. A justiça reside na *igualdade*, pois o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual.²²³

A *igualdade* na *justiça comutativa* é aferível e existem critérios. Trata-se de uma *igualdade* objetiva. É a *igualdade* aritmética de que fala Aristóteles:

“(...) quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem a um juiz, e ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a justiça viva; e elas procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa ‘eqüidistante’ (...). O justo, portanto, é eqüidistante, já que o juiz o é. O juiz então restabelece a igualdade; as coisas se passam como se houvesse uma linha dividida em dois segmentos desiguais, e o juiz subtraísse a parte

consta do inciso XXVII, do art. 5º. Assegura, também, o direito de propriedade, vinculada à função social (incisos XXII e XXIII, do art. 5º).

²²³ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p.95.

*que faz com que o segmento maior exceda a metade, e a acrescentasse ao segmento menor. Quando houver sido afinal dividido igualmente, então as partes litigantes dirão que têm aquilo que lhes pertence – isto é, quando elas houverem obtido o que é igual. (...)*²²⁴

Essa igualação – correção –, se for o caso, é feita pelo Poder Judiciário, através de um juiz equidistante (que não conhece as partes – não possui relacionamento com elas). Daí a simbologia da *Justiça* como sendo dois pratos e uma mulher com a venda nos olhos. Os pratos representam que as medidas serão iguais e, a venda nos olhos, a equidistância das partes. Nesta parte Aristóteles afirma que:

*(...) é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa, ou se é uma pessoa boa ou má que comete adultério; a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano. Sendo portanto esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que a pessoa é ferida e a outra fere, ou uma pessoa mata e a outra é morta, o sofrimento e a ação estão mal distribuídos, e o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho. (...)*²²⁵

O nivelamento é feito no cotejo com dois termos, por exemplo: a locação de um objeto equivale a R\$ 100,00, logo, a retribuição deverá ser de R\$ 100,00; um mútuo

²²⁴ **Ética a Nicômacos**, p.98.

²²⁵ *Ibidem*, p.97.

de dinheiro deve ser retribuído com juros legais;²²⁶ por fim, um outro exemplo, atinente à entrega de um objeto especificado só deve ser feita com a efetiva entrega daquele objeto, e não outro. O *medium* é o igual.²²⁷

A dinâmica da *justiça comutativa* está na disposição do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, quando afirma que *todos são iguais perante a lei*. Daí a afirmativa da objetividade perante o binômio *dano e reparação*. A *Justiça* seria o *medium* – o valor do dano igual ao valor da reparação.

4.2. Justiça distributiva

4.2.1. Conceito

O âmbito da *justiça distributiva* é amplo, dado que pretende regular as relações entre a comunidade e seus membros atinentes à distribuição do bem comum.

A proposição de *Justiça* adotada é *dar a outrem o que lhe é devido segundo uma igualdade*. Com isso, pode-se

²²⁶ A expressão juros legais pertine àqueles fixados pela Lei Civil (Código Civil, arts. 1.062 *usque* 1.064).

²²⁷ Não é demais assinalar que é inconfundível “preço justo” ou “prestação justa” com algo “convencionado”. A convenção entre as partes muita vez, como acontece com os contratos bancários na atualidade, não esboça “prestações justas”; por isso da intervenção do “juiz eqüidistante” (de que fala ARISTÓTELES) para o restabelecimento da “igualdade”.

afirmar que a *justiça distributiva* consiste em repartir entre os membros da comunidade o bem comum, segundo uma proporção de igualdade.²²⁸

Aristóteles menciona que a distribuição dos bens deve ser consoante o *mérito de cada pessoa*, a fim de se estabelecer a *igualdade*, pois as pessoas são diferentes; logo, não podem receber participação em igualdade real.²²⁹

A locução *bem comum* possui sentido lato. Nesta acepção pode ser entendida tanto a participação nos bens distribuídos pelo Estado (educação, saúde), bem como a distribuição de lucros e dividendos entre os empregados²³⁰ e sócios²³¹ de determinada empresa.

Diante dessa proposição estabelece-se como requisitos da *justiça distributiva*: a) a obrigação da comunidade dar a cada um de seus membros; b) uma participação no bem comum; b) em igualdade proporcional.

²²⁸ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p.96.

²²⁹ *Ibidem*, mesma página.

²³⁰ *Constituição Federal*, dentre outras normas, afirma que o trabalhador tem direito a: "*participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.*" (inc. XI, do art. 6º).

²³¹ Lei n. 6.404 - 15 dez. 1976. Esta lei dispõe sobre os direitos do acionista em participar dos lucros, do acervo em caso de liquidação, fiscalização, além de outros (art. 109). Tudo com igualdade, levando em conta o número de ações de cada qual dos sócios, ou seja, uma forma de participação igualitária e proporcional.

Com tais particularidades, já se entremostra a importância da *justiça distributiva* e, por outro, as violações comumente detectadas no seio social, dado o desnível:

“(...) a) *entre nações industrializadas e nações subdesenvolvidas, dentro da comunidade mundial;*

b) *entre regiões de um mesmo país, de que é exemplo, no Brasil, a desigualdade de condições entre o Norte, o Nordeste e o Centro-Sul;*

c) *entre os setores econômicos: primário (agricultura e mineração), secundário (indústria) e terciário (serviços: comércio, bancos, profissões liberais, ensino, serviço público);*

d) *entre classes sociais. São muitos os homens que sofrem e aumenta a distância que separa o progresso de uns da estagnação e, até mesmo, do retrocesso de outros.”²³²*

Isso revela a importância da *justiça distributiva*, pois só com a apreensão e prática de seu conteúdo, em essência, é que haverá prestígio e realização dos *direitos fundamentais* e, por conseqüência, do próprio Estado de Direito.²³³

²³² Cf. MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p.175.

²³³ Deve presidir a *justiça distributiva*, principalmente, o princípio da *dignidade da pessoa humana*. Desta feita, deve-se privilegiar sempre e sempre o princípio da *igualdade* cotejado com condições mínimas de existência, ou seja, os mais fracos devem ter proteção especial na comunidade. Neste aspecto é importante lembrar os dois princípios de RAWLS, acerca da justiça, que dispõem: “*Toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: a primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.*” (**O Liberalismo Político**, p.344-345).

4.2.2. Alteridade

A alteridade resulta da relação entre o *todo* e a *parte - comunidade e membros*. A sociedade deve dar aos seus membros aquilo que lhes é devido. Nesta relação, a sociedade situa-se no pólo passivo, e os membros no ativo; todavia, é necessário perscrutar a abrangência dos *membros* e da *comunidade*.

Várias teorias procuram assentar a existência distinta da *comunidade* ou *sociedade* e seus *membros*. Há a afirmação de que a existência real seria só dos membros, não havendo que falar em *justiça distributiva*, mas sim e em *justiça comutativa* ou *sinalagmática*. Daí a necessidade de se expor tais teorias e apontar a mais acertada em termos de *justiça distributiva*.

Destacam-se as teorias da ficção, organicista e instituição.

A *teoria da ficção*, atribuída a Savigny, expõe que só o ser humano possui existência real, sendo a pessoa jurídica mera criação ou ficção legal a fim de exercer direitos patrimoniais e facilitar a função de certas sociedades.²³⁴

²³⁴ Cf. RÁO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, p.725.

Pela *teoria organicista* afirma-se que a existência é só da pessoa jurídica, cuja existência é comparada a de um organismo vivo. Haveria neste organismo vontade própria.²³⁵ O cerne desta teoria é que as pessoas jurídicas não seriam mera ficção, mas uma realidade sociológica,²³⁶ que nascem por imposição social.²³⁷

A *teoria institucionalista* estabelece um ponto intermédio entre as teorias da ficção e organicista. Admite como realidades distintas tanto a pessoa jurídica ou comunidade quanto a pessoa física.

Vicente Ráo leciona que uma instituição se caracteriza por:

*"(...)1. uma idéia de obra ou de empresa, que cria o vínculo social, unindo todos os participantes em vista da realização comum dessa idéia; 2. uma coletividade humana interessada na realização dessa mesma idéia (tais membros do grupo ou os seus beneficiários passivos); 3. uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução de um fim comum; 4. a manifestação de uma comunidade de propósitos entre os membros que não participam diretamente na atividade do corpo social e seus órgãos diretores".*²³⁸

²³⁵ RÁO, **O Direito e a Vida dos Direitos**, p.726-727.

²³⁶ Cf. CARNELUTTI faz distinção entre pessoa física e jurídica, afirmando as categorias "pessoas simples" e "complexas". As pessoas físicas seriam simples e, as jurídicas, complexas. Não aborda a questão de fundo ou teorias que trataram do assunto, preferindo atribuir à pessoa jurídica tão só a "realidade" – fator "sociológico" –, fato que vem de encontro ao que propugna RÁO (**Teoria Geral do Direito**, p.230-231).

²³⁷ Cf. RODRIGUES, **Direito Civil**, v.3, p.65-66.

²³⁸ *Ibidem*, p.730.

E continua:

*“Assim, constituída, a instituição possui uma vida interior e uma vida exterior. Sua vida interior se revela através das decisões tomadas pelos órgãos diretores com relação aos membros da instituição, impondo-lhes prestações, exercendo, sobre os mesmos, um poder disciplinar e praticando atos outros que demonstram a existência de direitos da coletividade sobre os seus membros, atos mediante os quais a instituição começa a revelar sua personalidade jurídica, que se afirma e aperfeiçoa à medida em que entra em relação com terceiros, passando a exercer uma vida exterior”.*²³⁹

Na esteira dessa lição, André Franco Montoro diferencia *contrato de sociedade* e *sociedade por instituição*. Na primeira, diz haver uma congruência de vontades ocasional, como no exemplo de duas pessoas que se associam para prestar um determinado serviço. Na sociedade por instituição ocorre a durabilidade do empreendimento e sua expansão para além de três pessoas envolvidas (os dois mecânicos e o contratante do serviço). De uma idéia de *justiça comutativa* – no *contrato de sociedade* – expande-se para uma visão de *justiça distributiva* – na *sociedade por instituição*.²⁴⁰

Os postulados das *teorias organicista e da ficção* são inaceitáveis, pois não trazem generalização útil à aspiração da *justiça distributiva*. Melhor é a *teoria institucionalista*, pois por ela todos os grupos podem ser tidos

²³⁹ Cf. RÃO, **O Direito e a Vida dos Direitos**, p.730.

²⁴⁰ **Introdução à ciência do direito**, p.178.

como *instituições* e, assim, serem vistos como englobados na *alteridade*.²⁴¹

Com essa proposta já se divisa quão abrangente é a idéia de *comunidade* ou *sociedade* em termos de *justiça distributiva*. Desta feita, ao mesmo tempo em que determinada comunidade ou sociedade situa-se no pólo passivo *justiça distributiva* pode, também, figurar no pólo ativo de outra relação mais abrangente. Por exemplo, o Município em relação aos munícipes está no pólo passivo, mas, verificado como componente do Estado-membro, passa a ser sujeito ativo e, como tal, pode exigir parte do bem comum distribuído pelo Estado.

Acerca dos membros da comunidade - os particulares - sobressaem todos aqueles que por direito participam na distribuição do *bem comum*. Podem ser: a) a pessoa humana; b) instituições particulares ou grupos (família, empresa, a escola, a categoria profissional ou econômica, as associações); e, c) a própria comunidade política. O País em relação à comunidade internacional. Os Estados-membros em relação ao País. Os municípios quanto aos Estados-membros.

²⁴¹ É que a idéia de *instituição* preexiste à de pessoa jurídica. Esta torna-se realidade após aquela. É característico, no caso, o exemplo dos dois mecânicos que tratam um único serviço com outrem, mencionado no texto. e a sociedade de ambos persistir no tempo e se expandir para o meio social verifica-se uma instituição, independentemente de ser *pessoa jurídica*.

4.2.3. Débito

A mensuração do débito na *justiça distributiva* exige verificação, pois a fórmula *distribuição de vantagens entre os membros da comunidade*²⁴² não exprime a abrangência que possui. Melhor seria *a possibilidade de o membro da sociedade participar nos benefícios sociais*.²⁴³

A quantificação dessa participação não é objetiva como na *justiça comutativa*, pois se traduz num *lote de segurança* constante de condições sociais, jurídicas, econômicas, intelectuais, próprias ao desenvolvimento humano.²⁴⁴ Por isso que o débito na *justiça distributiva* é a *participação nos benefícios sociais*.²⁴⁵

²⁴² Esta é a colocação feita por ASCENSÃO, para quem a definição de justiça distributiva, antes citado, é: “*Justiça distributiva é a que preside a distribuição das vantagens entre os membros da comunidade*” (**O Direito - introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**, p.156).

²⁴³ Cf. MONTORO, **Introdução à ciência do direito**, p.182.

²⁴⁴ *Ibidem*, mesma página.

²⁴⁵ A participação nos benefícios sociais, como já afirmado, é ampla e pode ser visualizada no seguinte quadro: “a) *há um primeiro dever negativo e, de certa forma, preliminar, que consiste em respeitar os direitos fundamentais de seus membros: direito à vida, à honra, à liberdade, à propriedade, à nacionalidade, à cidadania, à intimidade, à igualdade, seria absurdo que a sociedade, formada para a defesa e desenvolvimento das pessoas, começasse por despojá-las de seus direitos elementares; b) cabe à sociedade, em seguida, o dever de garantir a seus membros o respeito a esses direitos diante de possíveis violências e atentados de outras pessoas; o que se realiza através daquele ‘quinhão’ de segurança e ordem assegurada a todos pela sociedade; c) deve, ainda, a sociedade a seus membros a repartição equitativa dos benefícios de ordem material e moral, compreendidos no conceito de bem comum; dessa distribuição ninguém pode ser excluído; d) deve a autoridade social realizar essa distribuição segundo um critério de igualdade proporcional; assim,*

O principal *locus* da *justiça distributiva* é o Estado, mas não é o único, podendo ser lembrados a empresa,²⁴⁶ o grupo familiar.²⁴⁷ É o principal porque, através das funções administrativa, legislativa e judiciária tem o poder de influir diretamente na vida das pessoas.

Com isso, pode-se dizer que a *justiça distributiva* possui como cerne a obrigação da comunidade propiciar aos seus membros uma *participação nos benefícios*

*uma proteção especial deve ser dispensada aos mais fracos ou desprotegidos (daí, medidas em defesa dos empregados, da mulher, do menor, dos incapazes, etc.); as funções públicas devem ser conferidas aos mais capazes (daí, a exigência de concursos). Em suma, cada um é chamado a participar dessa repartição de acordo com regras gerais válidas para todos, mas fundadas em qualidades pessoais correspondentes ao elemento do bem comum a ser distribuído; e) finalmente, a distribuição não pode se limitar aos atuais membros da comunidade, mas deve considerar as próximas gerações, daí a necessidade de planos para o futuro e da distribuição equitativa dos benefícios e encargos entre os membros atuais e as gerações futuras. Estão nesse caso, entre outras, as medidas exigidas pela política de defesa do meio ambiente.” (MONTORO, **Introdução ao Estudo do Direito**, p.185-187).*

²⁴⁶ A empresa, como já mencionado, é verdadeira “instituição” e, em assim sendo, figura na justiça distributiva tanto no pólo passivo como no ativo. No pólo passivo possui um plexo de obrigações para com seus empregados ou “membros”, quais sejam: a) proporcionar retribuição financeira capaz de propiciar uma vida digna ao trabalhador; b) estabilidade e indenização contra despedida arbitrária; c) participação na vida da empresa e nos lucros. Como postulante ativa tem direitos contra a comunidade política, podendo ser citados: a) valorização do trabalho na livre iniciativa e meios para existência digna (art. 170, CF); b) exploração de atividade econômica pelo Estado só em caso de interesse público (art. 173, CF); c) medidas de proteção (art. 184 e seg., do CP).

²⁴⁷ Não se pode duvidar da incidência da justiça distributiva no seio da família e, para tanto, basta mencionar o dever de assistência entre os seus membros, como estatui o art. 396, do Código Civil: “*De acordo com o prescrito neste capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir.*”. Por outro, no pólo ativo, a família possui assecuração de vários direitos perante a comunidade política, como: a) proteção e respeito no âmbito da comunidade internacional, como consta da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, art. XVI; b) como base da sociedade, é assegurada especial proteção da família (art. 226, CF); c) deduções fiscais do

sociais e, como comunidade devem ser entendidos aquelas com características de instituição.

4.2.4. Igualdade

A *igualdade* na *justiça distributiva* é proporcional ou relativa. Possui o caráter de proporcionalidade ou relatividade porque não visa atribuir a todos os membros da comunidade a mesma coisa, mas sim uma *participação no bem comum*.

O cerne da *igualdade* é que é o ponto de tormento dessa espécie de *Justiça*, vez que muitos critérios existem, mas nenhum com generalidade capaz de ser erigido como realmente adequado.²⁴⁸ Menciona-se comumente o

Imposto de Renda (Decreto 85.450/80); d) descanso remunerado da gestante a licença paternidade (Art. 7º, inciso XVII e XIX).

²⁴⁸ Cf. BOBBIO, distinguindo a posição de esquerda ou direita na política, afirma que tal se faz tendo em vista a postura que aqueles ou estes adotam sobre a igualdade. A partir daí desenvolve importante raciocínio sobre a igualdade, que merece ser mencionado em termos de justiça distributiva, visto que, mais adiante, serão elencados alguns critérios de justiça e, cada qual, rechaçado tendo em conta a relatividade dos mesmos. Para ele o conceito de igualdade é relativo e possui ao menos três variáveis: 1) os sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e ônus; 2) os bens e ônus a serem repartidos; 3) o critério com base nos quais serão repartidos. Noutras palavras: "igualdade sim, mas entre quem, em relação a que e com base em quais critérios". Os três fatores enunciados são passíveis de fornecerem o postulado *igualitário*. Os critérios são vários, como a necessidade, o mérito, a capacidade, a posição, o esforço, e outros mais. Na ausência de qualquer critério erige-se o princípio máximo, que o autor chama de *princípio igualitarista*. Conclui que nenhum dos princípios possui valor exclusivo, mas, em algumas situações um pode ser aplicado com exclusão de outro. Alguns exemplos: a) na família prepondera a necessidade; b) no marxismo a necessidade; c)

trabalho, a posição social, o mérito, a capacidade e, também, a necessidade como critérios fundantes, mas todos eles encontram óbices argumentativos.²⁴⁹

Acerca do *trabalho* e sua retribuição, Hans Kelsen chama a atenção para o equívoco do pensamento marxista, quando afirma que a *Justiça* estaria na base da ordem social capitalista. O postulado seria a *igual prestação de trabalho cabe igual salário, isto é, cabe igual participação no produto do trabalho.*²⁵⁰

É a fórmula do pretense *direito igual*, que na verdade não leva em conta as desigualdades próprias dos indivíduos, como as habilidades, talentos, força física, predicativos naturais enfim. Ambos os trabalhadores receberiam a mesma prestação, situação que redundaria no *igual pelo desigual*.

Com acerto Hans Kelsen, quando afirma que, a verdadeira *Justiça* seria aquela da razão comunista do futuro, cuja regra é *cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades*. A regra redundante em dois

na escola o mérito (seletivo); d) na sociedade empresarial o número de cotas; e) nas cerimônias a posição da pessoa; f) em algumas situações a idade (critério de desempate em concurso público). A democracia social, a seu ver, estende a todos os cidadãos os direitos de liberdade e, também, os benefícios sociais, desta feita, é mais *igualitária* que a democracia liberal. (**Direita e Esquerda - razões e significados de uma distinção política**, p.95-99).

²⁴⁹ Cf. MONTORO, **Introdução à ciência do direito**; KELSEN, **O problema da justiça**; PERELMAN, **Ética e Direito**.

²⁵⁰ **O problema da justiça**, p.41.

princípios: *a cada um segundo suas capacidades* – traça o dever ou obrigação para o indivíduo de produzir segundo suas capacidades; e, *a cada um segundo as suas necessidades* – seria o direito à satisfação de suas necessidades. Tais postulados direcionam à composição de uma ordem social justa.²⁵¹

A questão da *posição social* – *a cada qual segundo sua posição* – é um critério de enorme resistência nos dias de hoje, visto que instituiria uma espécie de *justiça aristocrática* que privilegiaria categorias de indivíduos. Já foi utilizada na Antigüidade e também em tempos recentes quando se atribuíam diferenciações de tratamento entre livres e escravos, brancos e negros, indígenas e estrangeiros, nobres e burgueses. A regra colide frontalmente com o princípio da *igualdade*.²⁵²

Outro critério seria o *mérito* – *a cada um segundo seus méritos* – que, pelo próprio conteúdo, pode ser tido como de aspiração liberal, logo, não atende ao desiderato da *justiça distributiva*. É que por ele mede-se o merecimento, a aptidão, a superioridade de uma pessoa em determinado empreendimento. Ora, tal pessoa já foi quinhoadada pela natureza com um *dom* e, através dele, recebe compensações mais que

²⁵¹ KELSEN, **O problema da justiça**, p.41-42.

²⁵² Cf. PERELMAN, **Ética e Direito**, p.11-12.

razoáveis na *participação dos benefícios sociais*. Desta feita, poderia soar injusto em sede de justiça distributiva não houvesse uma *redistribuição dos benefícios sociais*.

A comunidade, a despeito de sempre elevar e premiar o mérito, deve ter em conta a *redistribuição*. Propiciará, assim, a participação dos outros neste bem comum – prêmio. É o que ocorre com o Imposto de Renda que incide sobre os grandes ganhos (por mérito), que sofrem um desconto em prol do *bem comum*. Nesse ponto de vista discorre Agnes Heller, afirmando que:

*“Os modelos liberais repousam nas seguintes tendências. Pessoas são átomos. Todas elas perseguem seus interesses. São dotadas de um talento em maior ou menor grau. Alguns desses talentos são ganhos na ‘loteria natural’; outros podem ser considerados meritórios. Quanto mais talento uma pessoa tem, maiores as oportunidades de lucro alto, sucesso, etc. Isso é injusto. O estado tem que realizar a tarefa de redistribuição, preferivelmente com o consentimento de todos. O estado precisa ‘confiscar’ lucro (como taxaçoão progressiva) do mais talentoso e redistribuí-lo entre os menos talentosos. (...)”*²⁵³

O critério a cada qual segundo suas *necessidades* é relevante, mormente quando se leva em conta um mínimo de existência digna para o indivíduo (saúde, educação, encargos de família, etc.), podendo trazer o vezo de não prestigiar a produção ou o mérito. A legislação do Estado

²⁵³ **Além da justiça**, p.249.

Social tem implementado o ordenamento jurídico neste sentido.

Chaïm Perelman leciona neste passo que:

*É óbvio que, para ser socialmente aplicável, essa fórmula deve basear-se em critérios formais das necessidades de cada qual, pois as divergências entre tais critérios ocasionam divergências variantes dessa fórmula. Assim, levar-se-á em conta um mínimo vital que cumprirá assegurar a cada homem, seus encargos familiares, sua saúde mais ou menos precária, os cuidados requeridos por sua pouca idade ou por sua velhice, etc. Foi essa fórmula da justiça que, impondo-se cada vez mais na legislação social contemporânea, pôs em xeque a economia liberal em que o trabalho, assimilado a uma mercadoria, estava sujeito às flutuações resultantes da lei da oferta e da procura. A proteção do trabalho e do trabalhador, todas as leis sobre o salário mínimo, a limitação das horas de trabalho, o seguro-desemprego, doença e velhice, o salário-família, etc., inspiram-se no desejo de assegurar a cada ser humano a possibilidade de satisfazer suas necessidades mais essenciais.*²⁵⁴

Vários critérios poderiam ser explorados nesta sede, porém, nenhum com o atributo da generalidade suficiente para se aferir, com inteireza, o escopo da *justiça distributiva*.

O desiderato é enfocar o princípio da *Justiça* no cotejo com o Estado de Direito e, por outro, procurar generalizações. A realização do Estado de Direito, como muitas vezes lembrado no correr do trabalho, é o prestígio dos *direitos humanos fundamentais*, assim, a generalização plausível estaria nesta sede.

²⁵⁴ **Ética e Direito**, p.10-11.

A *dignidade da pessoa humana*²⁵⁵ é o princípio generalizador e o elo unificador de todo o escopo da *justiça distributiva*. É que todos os seres humanos têm direito a uma esfera intangível pelas condições e circunstâncias da própria vida, resumindo-se em *condições mínimas de existência, oportunidades e respeito próprio*.²⁵⁶ Seriam as instituições os principais veículos propulsores desta *dignidade*, através da *justiça distributiva* e o Estado de Direito, o espectro garantidor de sua realização.

²⁵⁵ O imperativo categórico kantiano “*age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio*” expressa a inteireza da dignidade da pessoa humana. É que o valor da pessoa humana não é relativo, quantificado, como se pode deduzir dos atributos da justiça comutativa, já estudada anteriormente. O valor da pessoa humana é absoluto e não há como imaginar substituição ou equivalência. Nesta esteira, o que não tem preço tem “dignidade”. Quando se tem a pessoa humana não como um meio mas como um fim há a elevação da pessoa humana e, neste foco, há a realização do Estado de Direito (ABBAGNANO, **Dicionário de Filosofia**, p.276 – verbete “dignidade”).

²⁵⁶ Cf. BASTOS afirma que “*embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo ‘dignidade da pessoa’ visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso país. Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico*”. (**Curso de Direito Constitucional**, p.158-159).

4.3. Justiça social

4.3.1. Conceito

A *Justiça social* é nome de uma virtude antiga, estudada desde Aristóteles como *Justiça geral*. A expressão *Justiça social* espelha as preocupações atuais dos seres humanos como conviventes da sociedade. A tônica pode ser resumida como uma procura constante de harmonia e é oportuno lembrar o *ambiente ecologicamente equilibrado*.²⁵⁷

Tomas D. Casares em notas sobre a *justiça e bem comum* distingue a *justiça social* expondo:

*“Mas assim como se parte da comutação e a restituição para dispor o tema da justiça em uma perspectiva concreta, a plenitude de seu sentido se apreende à luz das outras duas formas dela. A distributiva, referente ao devido pelo todo às partes por serem tais; e a chamada tradicionalmente legal ou geral, relativa ao devido pelas partes ao todo social por serem partes dele.”*²⁵⁸

²⁵⁷ A justiça social possui entrelaçamento com um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois se trata, também, de um bem comum. É como dispõe a Constituição Federal, no art. 225. *“Todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. José Rubens Morato Leite conceitua o meio ambiente como de uso comum do povo e, também, bem de interesse público, expondo: *“o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Trata-se de um bem jurídico autônomo de interesse público”*. (Cf. VARELLA e BORGES (Org.), **O Novo em Direito Ambiental**, p.68).

²⁵⁸ *“Pero así como se ha de partir de la conmutación y la restitución para poner al tema de la justicia en una perspectiva concreta, la plenitud*

A idéia é a construção do *bem comum*. Desta feita, não se pode idealizar a *justiça social* como obrigação de prestar aos particulares algo, mas sim destes em cooperar para a formação do *bem comum*.

A *justiça social* é a *virtude de dar a outrem o que lhe é devido*, segundo uma idéia de *igualdade*. A *alteridade* põe de um lado como devedores os *particulares* e, como credora a *sociedade*. O *devido* se resume na contribuição do *particular* para realização *bem comum*. A *igualdade* é *proporcional* ou *relativa*.²⁵⁹

Diante dessa proposição, pode-se conceituar a *justiça social* como a *virtude em que os membros da sociedade dão a ela sua contribuição para o bem comum, orientados por uma igualdade proporcional ou relativa*.

A *justiça social* é dos dias atuais, dada à multiplicidade de questões que a envolve, pois a colaboração dos particulares ocorre de inúmeras formas e, muitas vezes, vêm revestidas de nuances que suscitam debates vários, como no caso dos tributos.

de su sentido se aprehende a la luz de las otras doas formas de ella. La distributiva, referente a lo debido por el todo a las partes por ser tales; y la llamada tradicionalmente legal o general, relativa a lo debido por las partes al todo social por ser partes de él.” (Acerca de la justicia, p.12).

²⁵⁹ Cf. MONTORO, **Introdução à Ciência do Direito**, p.212-213.

4.3.2. Alteridade

A *alteridade* na *justiça social*, assim como na *justiça distributiva*, pode ser entendida na relação da *parte* para o *todo*. A *parte* – particular – tem a obrigação de dar sua participação à sociedade – *todo* – na formação do *bem comum*.

Na *justiça social* podem ser lembradas as mesmas dificuldades expostas quando se tratou da *justiça distributiva* ao ser conceituado o *particular* e a *comunidade*. Desta feita, remete-se para o desenvolvimento posto naquela sede – *justiça distributiva*.

Pode-se trazer a conclusão de que os devedores são as pessoas, grupos, pessoas jurídicas de direito privado e público, países que, de uma forma ou de outra, possuem relação de *parte a todo* com outrem. O *todo* a que se refere como credor, porém, possui alcance reduzido, devendo ser considerado como *comunidade* apenas aquela que possui ingerência sobre o *bem comum*.

A *teoria da instituição* não pode ser utilizada neste passo. É que a família, a empresa, a escola, o clube, como instituições, não têm como escopo o desiderato da *justiça social*, muito embora os ideais se entrelaçam, como por exemplo a concepção de *perseguir uma vida digna*. A

comunidade é a totalidade que gere o *bem comum*, desde o povoado até a comunidade internacional.

4.3.3. Débito

O débito na *justiça social* é aquele legalmente exigível, portanto, inconfundível com o *debitum morale*. Consubstancia-se em toda possibilidade de exigência de contribuição para o *bem comum*.

A Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948 estatui, em seu art. 29, que todo ser humano tem deveres para com a comunidade a que pertence, fato que ressalta a reciprocidade.²⁶⁰ Se na *justiça distributiva* tem direitos e, na *social*, deveres.

O ordenamento jurídico dispõe ação para exigir essa participação, como acontece com a execução fiscal para haver determinado imposto.²⁶¹ Por outro lado, os particulares também dispõe de igual direito para consecução do *bem comum*

²⁶⁰ Cf. COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.221: dispõe o art. 29. “*Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*”.

²⁶¹ Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

e extirpar eventuais desvios, como ocorre com a ação popular,²⁶² a ação civil pública.²⁶³

O *punctum pruriens* da justiça social reside no *bem comum*. Em essência o *bem comum* se traduz no fim último da *sociedade*. Assim sendo, são integrantes deste complexo toda preocupação da comunidade em relação ao *particular*, visando propiciar-lhe uma *vida moralmente digna*.

Investigado o teor do débito na *justiça social*, o qual se consubstancia na obrigação do *particular* em concorrer para o *bem comum*, verificar-se-á doravante como se dará tal contribuição, melhor dizendo, a proporção em termos de realização da *igualdade*.

4.3.4. Igualdade

O dever de concorrer para o *bem comum* na *justiça social*, como já mencionado, é *proporcional* ou *relativo*. Com efeito, um humilde trabalhador não tem a mesma condição de um próspero empresário.

²⁶² Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, regula a ação popular.

²⁶³ Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências.

A construção do acervo denominado *bem comum* é atribuição de todos e possui, em sua essência, dois segmentos que podem ser chamados de *império da lei* e *império espontâneo*.²⁶⁴

O *império da lei* refere-se às formulações legislativas que impulsionam a realização do *bem comum*. Podem ser lembradas as leis que instituem tributos, obrigatoriedade de socorros às vítimas, etc.

O *império espontâneo* refere-se à *solidariedade* entre aos seres humanos, por isso está afeita a espontaneidade, já que traduz o sentimento moral do indivíduo com a vida, os interesses e responsabilidades do grupo social a que pertence.²⁶⁵

A *justiça social* possui caráter abrangente e procura orientar todas as outras virtudes para o *bem comum*. A

²⁶⁴ *Império da lei* e *império espontâneo* são categorias utilizadas por MONTORO para explicitar o entrelaçamento da lei com a solidariedade em tema de justiça social (**Introdução à Ciência do Direito**, p.228).

²⁶⁵ O ordenamento jurídico brasileiro, em várias passagens, refere-se à solidariedade humana. É o caso, por exemplo, das seguintes disposições: a) Constituição Federal, art. 4º, inciso IX: “*cooperação entre os povos para progresso da humanidade*”; b) Lei n.º 9.334, de 20 de dezembro de 1996, art. 2º: “*A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”; c) Lei n.º 9.795, de 27 de abril de 1999, no art. 5º, incisos V e VII, respectivamente: “*V - o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade*”; e, “*VII - o fortalecimento da cidadania,*

justiça comutativa, a *justiça distributiva*, a *coragem*, a *prudência*, quando praticadas, consubstanciam-se em *justiça social*. Bastam alguns exemplos: o juiz, quando julga conforme o direito; o patrão, quando paga salários dignos; o heroísmo em prol da Pátria. Além de praticar a *justiça distributiva* ou *comutativa*, conforme o caso, colaboram reflexamente para a construção do bem comum.

A *proporcionalidade* a que se refere a *justiça social* tem a ver com a harmonia no grupo social, ou seja, em impor ou não impor ônus demais para alguns e quase nada para outros.

O exemplo do humilde trabalhador é característico, pois raramente será compelido a pagar imposto de renda ou, possuindo uma certa deficiência, não será convocado para o serviço militar.

Acerca do serviço militar, pode-se dizer que até nas convocações leva-se em conta o aspecto *proporcionalidade*. É que indivíduos de determinada escolaridade prestarão serviços no posto de oficiais. Ainda aqui verifica-se a obrigação do mais preparado doar mais de si para o *bem comum*, já que ocupará um posto de comando.²⁶⁶

autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade".

²⁶⁶ Lei n.º 4.375, de 17 de agosto de 1964, dispõe sobre o serviço militar. Em seu art. 13 afirma que a seleção para o serviço militar dar-se-á tendo em conta aspectos, físicos, culturais, psicológicos e morais;

Para os impostos, a Constituição Federal estatui, no art. 145, § 1º, que terão caráter pessoal e serão graduados segundo a *capacidade econômica* do contribuinte, princípio este que, expressamente, impõe a *proporcionalidade*.²⁶⁷

A *proporcionalidade* visa graduar os esforços dos *particulares* na formação do *bem comum*. Conforme a possibilidade o *particular* contribuirá mais ou menos, tudo visando a harmonia do grupo social e, assim, estará satisfeita a *igualdade* nesta espécie de *Justiça*.

5. Justiça e dignidade da pessoa humana

Na exposição até agora encetada preferiu-se uma abordagem enfocando a *justiça* como *virtude* e como *igualdade*. Num primeiro momento, afirmando-se que a realização dos *direitos humanos fundamentais* transforma o Estado de Direito em *Estado de Justiça*. Ao depois, que o cerne da *Justiça* é a *igualdade*, acentuando-se, a seguir, a *igualdade*

mais adiante (arts. 20 *usque* 22), acerca do alistamento, aduz que o grau de escolaridade influirá na matrícula nos órgãos de formação, sendo que aqueles que possuírem o segundo grau completo ou tiverem iniciado o terceiro grau serão matriculados nos órgãos de formação de oficiais da reserva.

²⁶⁷ Art. 145, § 1º. “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

nas diversas espécies de *Justiça* – *justiça comutativa, justiça distributiva e justiça social*.

Ressaltaram-se os atributos da *Justiça* como sendo a *alteridade*, o *débito* e a *igualdade*, mas tendo em conta que a *relação justa* pressupõe respeito à *dignidade da pessoa humana*.

O *ponto nevrálgico* de toda a discussão sobre a *dignidade da pessoa humana* passa, de início, pela concepção de *pessoa*, cuja perspectiva é de um ser racional e consciente. Aliás, é esta a constante na idéia de *Justiça*.

É o *dever* da *pessoa*. Possibilidade ampla de tomar deliberações acerca de tudo que a rodeia, permeando direitos próprios, respeitando outras pessoas e assumindo obrigações.

Marilena Chauí anota que:

“Do ponto de vista ético e moral, a consciência é a espontaneidade livre e racional, para escolher, deliberar e agir conforme à liberdade, aos direitos alheios e ao dever. É a pessoa, dotada de vontade livre e de responsabilidade. É a capacidade para compreender e interpretar sua situação e sua condição (física, mental, social, cultural, histórica), viver na companhia de outros segundo as normas e os valores morais definidos por sua sociedade, agir tendo em vista fins escolhidos por deliberação e decisão, realizar as virtudes e, quando necessário, contrapor-se e opor-se aos valores

estabelecidos em nome de outros, considerados mais adequados à liberdade e à responsabilidade."²⁶⁸

J. J. Gomes Canotilho esposa uma concepção de *pessoa* que traduz a mesma lição de Marilena Chauí, fundada na *dignitas hominis*, ou seja, o indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projeto espiritual.²⁶⁹

Essa compreensão de *pessoa* instila a *dignidade*.

A *pessoa* só encontra ambiente para o desenvolvimento de sua personalidade no Estado de Direito, pois permeado pela proteção dos *direitos fundamentais* que, em última *ratio*, pressupõem a dinâmica da *dignidade da pessoa humana*, consubstanciadora da *Justiça* como valor.

Na Antigüidade Clássica, não existia a *dignidade da pessoa* com o tônus constitucional dos dias de hoje, pois lá prestigiava-se a posição do indivíduo e seu grau de reconhecimento perante a comunidade. Portanto, pode-se afirmar que existia uma maior ou menor *dignidade*.²⁷⁰

A importância da *polis* sobrepunha-se ao indivíduo, considerado apenas como um *animal cívico* e, nesta idéia, apenas parte de um *todo*, que era a Cidade-estado. Tinha

²⁶⁸ **Convite à Filosofia**, p.117-118.

²⁶⁹ **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.221.

²⁷⁰ Cf. SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.101.

obrigação de se dar inteiramente à comunidade.²⁷¹ É como afirma Aristóteles:

“(...) É, portanto, evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. Aquele que, por sua natureza e não por obra do acaso, existisse sem nenhuma pátria seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem (...). Assim, o homem é um animal cívico (...). O Estado, ou a sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem realidade, como uma mão de pedra.”²⁷²

A dignidade da pessoa humana com o vigor que se lhe atribui nos dias de hoje só veio a lume com o cristianismo, pois o *princípio cristão* trouxe uma espécie de *reforma de consciência*, com os postulados da *caridade*, *amor*, *fraternidade*, sem intenção de *reformas políticas*. Todavia, influenciou a mitigação de vários institutos jurídicos, como leciona Giorgio Del Vecchio:

“O princípio cristão da caridade, do amor, da fraternidade, não se propôs obter reformas políticas e sociais, mas sim, reformar consciências. A liberdade e a igualdade de todos os homens, a unidade da grande

²⁷¹ Cf. DEL VECCHIO, **Lições de Filosofia do Direito**, p.61.

²⁷² **A Política**, p.4-6.

*família humana, constituem, sem dúvida, corolário da pregação evangélica. (...) A influência da doutrina Cristã fez-se sentir geralmente no sentido de uma mitigação e humanização gradual de numerosos institutos jurídicos, designadamente numa maior consideração pela boa fé; na proibição do abuso do direito de propriedade; num maior favor pelas manumissões e institutos pios em proveito, sobretudo, dos pobres, e no combate ao divórcio, o concubinato e contra as atrocidades das penas e das lutas de gladiadores.*²⁷³

Esse relevo da *dignidade da pessoa humana* restou acentuado na Filosofia Cristã – na *Patrística* e na *Escolástica*. A primeira na fixação dos *dogmas e artigos de fé* e, a segunda, pela aproximação filosófica da Antigüidade Clássica. Os principais expositores, respectivamente, foram Santo Agostinho (354-430) e Santo Tomás de Aquino (1225-1274).²⁷⁴

Dando um salto no tempo, o próximo acontecimento de vulto em termos de *dignidade da pessoa humana* foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É que, por conta de seu caráter universalizante, trouxe disposições acerca da *igualdade* e finalidade da organização política, prestigiando a *pessoa*, como se verifica pelas seguintes disposições:

“Art. 1º. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

²⁷³ **Lições de Filosofia do Direito**, p.59-62.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.62-68.

Art. 2º. *A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*»²⁷⁵

A pretensão dos revolucionários franceses era estabelecer a *Justiça* em seu âmago – *igualdade*, tanto que no preâmbulo da Declaração afirmaram, solenemente que:

“Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrar-lhes sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos. – Em conseqüência, a Assembléia nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão.”²⁷⁶

A formulação do princípio da *igualdade* e a disposição sobre a finalidade da organização política mudou,

²⁷⁵ Cf. COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.139.

²⁷⁶ *Ibidem*, p.138.

sem dúvida, os rumos do Direito Constitucional²⁷⁷ desde aquela ocasião, como afirma Jayme de Altavila:

*“O essencial (...) em ‘o estabelecimento, pela técnica constitucional da Revolução Francesa, fonte fundamental do direito constitucional moderno – dos direitos do homem e do cidadão, com a correspondente obrigação de o Estado respeitar estes direitos e os garantir’. Não interessava, pois, o modus faciendi, desde que ‘A Revolução Francesa criou um direito novo’ e este serviu de orientação à mentalidade jurídica que se processou após a sua implantação violenta e renovadora.”*²⁷⁸

A instituição do *princípio da igualdade* pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não conseguiu evitar o problema da desigualdade real, dadas às experiências históricas de aniquilação do ser humano.²⁷⁹

Nem por isso ela perdeu sua natureza de *marco político*, porque a *Justiça*, com seus conseqüências *igualdade e*

²⁷⁷ O autor traz um rol de países que adotaram o princípio da igualdade e, também, a finalidade da organização política como garantidora dos direitos, dentre eles: Albânia, Alemanha (República Federal), Estado Livre da Baviera, Estado da Renânia, País do Saxe, Áustria, Bélgica, Bulgária, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo (Grão-Ducado), Mônaco, Polônia, Portugal, Romênia, Sarre, Suíça, Tchecoslováquia e Turquia, Iugoslávia (**Origem dos Direitos dos Povos**, p.181-186).

²⁷⁸ Ibidem, p.179-180.

²⁷⁹ Cf. RIGAUX, **A Lei dos Juizes**, p.115-117. O autor disserta sobre as modificações introduzidas no Direito Penal Alemão pelas leis raciais de 15 de setembro de 1935, cujo cerne era definir as pessoas de puro sangue alemão e, por outro, reduzir o povo judeu a uma nacionalidade inferior. Punia uma série de atos ou relacionamentos entre as duas raças, como relações sexuais, tudo tendente a preservar a pureza ou a honra do sangue alemão. O racismo alemão chegou quase ao aniquilamento do povo judeu durante a Segunda Grande Guerra, tudo fruto da não observância do postulado da *dignidade da pessoa humana*. No mesmo passo afirma CANOTILHO acerca das experiências da inquisição, escravatura, nazismo,

dignidade da pessoa humana, é construída dia-a-dia pela ação de todos e do próprio Estado, e a *injustiça* de alguns não desnatura a *Justiça*, antes reforça sua procura.²⁸⁰

Importante notar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 instalou um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo. O Estado que, até então era concebido como entidade total, em si próprio, passou a ter existência em função do indivíduo.

Por isso o acerto em chamar o movimento que a originou de *Revolução*, pois instaurou uma *transformação* radical na concepção do Direito – de *Direito do Estado para indivíduo*.

Esse novo Estado, com o *Direito* deslocado para a *pessoa humana* saiu com uma carga valorativa muito forte, pois não se trata de instituir uma simples *ordenação social*, mas com a missão de alcançar o *bem comum*. Por isso é que Miguel Reale refere que a *Justiça* é o valor do *Direito*:

“O valor próprio do Direito é, pois, a Justiça – não entendida como simples relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como a unidade concreta desses atos, de modo a

stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos (**Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.221).

²⁸⁰ Cf. FARIAS afirma este posicionamento, ou seja, que “o processo de afirmação do homem como pessoa portadora de valores éticos insuprimíveis, tais como a dignidade, a autonomia, a liberdade, exigem uma constante vigilância” (**Colisão de Direitos**, p.45).

*constituírem um bem intersubjetivo ou, melhor, o bem comum.*²⁸¹

Para o autor, a *Justiça* é o *bem comum*, sendo que o *bem* pode ser tido como *individual* e *social*. A ordenação social a que denomina *Direito* diz respeito apenas à última, pois quanto ao bem individual expõe que circunscribe à ética individual. Porém, seu conceito de *Justiça* está assentado segundo os *valores da liberdade e da igualdade*.²⁸²

A afirmação de que a realização do *bem comum* implica na *realização do ser humano* suscitou várias posições teóricas, ora dando preponderância ao indivíduo, ora à comunidade e, por último, propondo uma espécie de equilíbrio, conforme noticia Miguel Reale. Tais teorias são denominadas de *individualismo*, *transpersonalismo* e *personalismo*.²⁸³

Para o *individualismo*, a existência de uma ordem social justa seria aquela que estivesse atendendo o *bem do indivíduo* como *indivíduo*. É a corrente instauradora da concepção do Estado defensor da liberdade individual.

O *transpersonalismo* é a antítese do *individualismo*, vez que apregoa a tese da preponderância do *bem comum coletivo* como condição para existência do *bem individual*. A tônica seriam os valores coletivos, pois uma vez

²⁸¹ **Filosofia do Direito**, p.272.

²⁸² *Ibidem*, p.272-276.

²⁸³ *Ibidem*, p.277-279.

realizados estariam, concomitantemente, sendo realizados os valores individuais.

A última corrente teórica, denominada *personalismo*, sustenta que a realização do *bem individual* ou do *bem comum coletivo* não induz, em sede de hegemonia de um ou de outro, a realização reflexa. Não há a pretendida harmonia.

Pelas correntes mencionadas nota-se uma tensão entre os valores individuais e coletivos. O *personalismo* oferece uma conciliação entre um e outro ao afirmar que há uma parte intangível que é a *pessoa* em seu atributo de *ser*; assim, em cada caso concreto é que se dirá da preponderância de um ou outro valor. Contudo, sempre que ultrapassada a plenitude do *ser humano* haverá arbítrio, visto que este é o *valor-fonte*.²⁸⁴

O *princípio da dignidade da pessoa humana* é um mandado de otimização²⁸⁵ e, no momento de sua aplicação é que haverá a ponderação de valores, situação que facilita a

²⁸⁴ A categoria *valor-fonte* é utilizada por REALE em várias obras, cujo sentido é próprio, o de que é a partir da *pessoa* que emanam todos os demais valores (**Filosofia do Direito**, p.279; **Teoria Tridimensional do Direito**, p.131; **Fundamentos do Direito**, p.304-305)

²⁸⁵ Cf. ALEXY expõe o *mandado de otimização* como sendo o que ressaí da lei de colisão, ou seja, “é um dos fundamentos da teoria dos princípios sustentada. Reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constitui a base para tirar força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.” (**Teoria de Los Derechos Fundamentales**, p.94-95).

conciliação entre valores individuais e coletivos e, de uma vez, ultrapassa os postulados do individualistas e coletivistas.²⁸⁶

A República Federativa do Brasil instituiu a *dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental, como consta do Título I - *Dos Princípios Fundamentais*, da Constituição Federal:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana.”

Erigido à estirpe de *princípio estruturante*,²⁸⁷ a *dignidade da pessoa humana* reafirma aquele deslocamento do *Direito para o indivíduo* e, assim, impõe finalidade e justificação do poder político na *pessoa*. Portanto, é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário.²⁸⁸

Outras passagens do texto constitucional merecem menção, a que trata da ordem econômica (art. 170, *caput*)²⁸⁹ e da família, criança, adolescente e idoso (art. 226, §

²⁸⁶ Cf. FARIAS, **Colisão de Direitos**, p.53.

²⁸⁷ A categoria *princípio estruturante ou fundamental* é mencionada por FARIAS. Afirma ele que expressam decisões políticas fundamentais do constituinte e tem pertinência com a estrutura básica do Estado e as idéias e os valores fundamentais triunfantes na Assembléia Constituinte (**Colisão de Direitos**, p.34-36).

²⁸⁸ Cf. SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.101.

²⁸⁹ Cf. GRAU afirma que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e, também, da ordem econômica. Acentua que o exercício de qualquer parcela da atividade econômica deve ser adequado ao prestígio da dignidade da pessoa humana, pena de se ter como violado o postulado fundamental. Arremata aduzindo que a dignidade só estará assegurada quando for viabilizado a todos, *realmente*, o

7º, 227, *caput* e 230, *caput*), pois o constituinte mencionou a *dignidade da pessoa humana* como postulado²⁹⁰.

A *Justiça* como princípio valorativo do Estado possui sua dinâmica realizadora no *princípio da dignidade da pessoa humana*. É o que se deve ter em conta quando a *pessoa* contata com outras *pessoas* (*justiça comutativa*), recebe parcela do bem comum (*justiça distributiva*) e colabora com a formação do próprio bem comum, dando sua parcela de contribuição (*justiça social*). Todas essas relações devem ser presididas pelo *valor da pessoa humana*, sua *dignidade* enfim.

A *dignidade da pessoa humana* é concebida como *princípio axiológico-aberto*²⁹¹ e, nesta categoria estariam congregados todos os *direitos fundamentais* consagrados no texto constitucional, e mais, outros que porventura vierem a integrar o ordenamento jurídico via art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

acesso às liberdades reais (**A Ordem Econômica na Constituição**, p.217-219).

²⁹⁰ Cf. CARVALHO leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana significa, como fundamento da República, que o Estado se constrói com base nele, cuja abrangência está na dimensão dos direitos individuais, econômicos, sociais e culturais (**Direito Constitucional Didático**, p.182-183).

²⁹¹ Cf. SARLET expõe a categoria *princípio axiológico aberto* no sentido de que ainda não é possível elaborar uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita. Por outro, seria inadequado delimitá-lo de forma *fixista*, sem o necessário apoio no pluralismo e diversidade de valores próprios das sociedades democráticas atuais (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.103).

Numa perspectiva derradeira, frente ao vasto campo dos *direitos fundamentais* positivados no texto constitucional, pode-se afirmar com Ingo Wolfgang Sarlet que:

*"(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana."*²⁹²

Não cabe enumerar as diversas violações da *dignidade da pessoa* dos últimos tempos, aliás nem é o objeto da pesquisa, mas é justamente por conta das violações que o Estado de Direito procura se instrumentalizar juridicamente. Nesse desiderato, é-lhe próprio o *princípio do devido processo legal*.

A Constituição Federal consagrou o *princípio do devido processo legal* no art. 5º, inciso LIV, estatuinto que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. A expressão *liberdade e os bens* possui sentido

²⁹² **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.108-109.

amplo, sendo-lhe curial todos aqueles tendentes à garantia e preservação da *dignidade da pessoa humana*.²⁹³

A República Federativa do Brasil, portanto, instituída como *Estado Democrático de Direito*, fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) e tendo como valores supremos a *igualdade e a justiça* (Preâmbulo da Constituição Federal) é um *Estado de Justiça*, cuja realização jurídica far-se-á pelo *princípio do devido processo legal*.

²⁹³ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.291.

CAPÍTULO III

PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E DA JUSTIÇA

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) foi positivado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV, dispondo, em essência, que a privação da liberdade ou dos bens da pessoa só será possível com a incidência da cláusula.

É um princípio essencial do Estado de Direito, pois erigiu-se, ao longo dos tempos, em instrumento jurídico de tutoria dos direitos humanos fundamentais. Desta feita, interpretá-lo é o mesmo que *vivificar e realizar* continuamente a Constituição.²⁹⁴

Uma leitura apressada pode induzir que tem pertinência apenas com determinada regularidade processual ou procedimental. Todavia, não é só isso, pois possui caráter

²⁹⁴ As categorias *vivificar e realizar* a Constituição são utilizadas, respectivamente por COELHO e CANOTILHO (*Interpretação Constitucional*, p.69; *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p.1126).

dual e atua na forma substantiva atingindo todas as instituições democráticas e o ordenamento jurídico como um todo.

Foi concebido na *Magna Charta Libertatum* em 1215, na Inglaterra Medieval, como instrumento para conter o arbítrio do monarca e, também, dar lineamentos gerais aos direitos e deveres da nobreza. Incorporou-se ao sistema *common law* e espalhou-se para as Colônias da América do Norte, onde acabou integrado na Constituição dos Estados Unidos da América através da Carta de Direitos.

Naquele país o *due process of law* serviu inicialmente para garantir o direito das pessoas um *processo justo* em caso de constrição da vida, liberdade ou propriedade. Num segundo momento, foi elevado à categoria jurídica abalizadora do próprio direito material, através dos subprincípios da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*.

Em síntese: além de um *processo justo* a própria invasão patrimonial deve ser *justa, razoável e proporcional*.

É com essa carga histórica que o princípio ingressou no ordenamento jurídico nacional. Assim, para demonstrá-lo como instrumento de efetivação do Estado de Direito Brasileiro perpetrou-se, de início, contextualização histórica (Direito Inglês, Americano e Brasileiro até a

Constituição de 1988). Em seguida encetou-se a sua abrangência no Direito Brasileiro, expondo a cláusula nos aspectos procedimental e substancial para, ao final, firmar suas funções de garantidora dos direitos humanos fundamentais e da *Justiça*.

1. Contextualização histórica comparada

1.1. Anseios libertários

O sentimento de liberdade é próprio do ser humano. Sempre possuiu forte aspiração para deliberar sobre trabalho, união conjugal, compromissos políticos, enfim, tudo aquilo que é pertinente ao *status* de pessoa.

Nesse sentido, *liberdade* significa independência em não ser submetido a outrem e, por isso mesmo, ter a faculdade de estabelecer e configurar seu destino conforme prerrogativas próprias. É a consciência humana que cria esta espontaneidade livre e racional, a que, convencionalmente, se dá o nome de *liberdade*.

A vida em sociedade, contudo, não proporciona *liberdade absoluta*, mas em certa medida, visto que entre os seres humanos deve a *liberdade* ser harmoniosa. Melhor

dizendo, a *liberdade* de um não pode afrontar a *liberdade* de outro, como expõe Montesquieu:

“É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer.

*Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.”*²⁹⁵

Advirta-se que a lei a que se refere Montesquieu é aquela de caráter abstrato e genérica, aplicável a todos e, portanto, com o atributo da legitimidade, pois haurida no meio social e reconhecida pelo Estado.

A formação do Estado se deu através da abdicação de parcela da *liberdade* individual em prol da comunidade para que alguns, através de governos estabelecidos, pudessem gerir o *bem comum*, sem anular ou destruir o indivíduo, mas com proposta de *proteção individual*, sobretudo. É o que assinala Jean-Jacques Rousseau acerca do pacto social:

“Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: ‘Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da

vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.'

Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de cidade e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes."²⁹⁶

Esse ideal social, todavia, não aconteceu. É que o ser humano ao abdicar-se de parte da *liberdade* em favor da comunidade perdeu-a por completo, pois veio a ocorrência do despotismo, tanto que Luís XIV chegou a afirmar que *L'État c'est moi* (O Estado sou eu).²⁹⁷

A *liberdade*, no sentido de espontaneidade livre e racional, encontra forte liame com o princípio da *Justiça*, anseio que, como a liberdade, é de todos os seres humanos. *Liberdade* com um raio de ação delimitado pelo bem comum democrático e, *Justiça* como realização da *igualdade*.

Muito embora já se tenha discorrido sobre a *Justiça* como *igualdade*, é oportuno trazer a lição de Herbert L. A. Hart, que afirma ser a idéia de justiça uma posição de *igualdade e desigualdade* frente ao corpo social:

²⁹⁶ **Do Contrato Social**, p.71.

²⁹⁷ Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.15.

“O princípio geral (...) da idéia de justiça é o de que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. Trata-se de algo que deve ser respeitado nas vicissitudes da vida social quando se tem de distribuir encargos ou benefícios; é também algo a ser restaurado quando é perturbado. Por isso a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um equilíbrio ou uma proporção, e o seu preceito condutor é freqüentemente formulado como ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’; ainda que devemos acrescentar a este último ‘e tratar diferentemente os casos diferentes’.”²⁹⁸

Sempre que há desrespeito incomensurado da liberdade aliada à justiça surgem revoltas, como se deu com o rei John Lackland (rei João Sem-Terra) nos anos que antecederam 1215, pois como soberano da Inglaterra não se dedicou ao *bem comum*, antes, à tirania, como salienta Roscoe Pound, pois:

“(...) fez uso dos poderes da coroa e da máquina administrativa que o gênio do progenitor lhe havia proporcionado, não para fins nacionais criteriosos, mas para oprimir todas as classes da sociedade. Exigiu dos barões mais do que se costumava. Oprimiu os pequenos senhores de terras indiretamente através dos senhores e diretamente por meio dos funcionários administrativos. Atacou a Igreja, embora na organização política medieva fosse fundamental serem a Igreja e o Estado colaboradores na manutenção da ordem social. Exigiu contribuições pesadas em dinheiro dos comerciantes sem lhes dar, em compensação, proteção e bom governo. Utilizou os órgãos administrativos de proteção como instrumento de extorsão. Com isso uniu todos os

interesses e classes contra ele. Embora os barões tivessem arrancado a Magna Carta, todas as classes a apoiavam e esta procurava, pela maneira inglesa característica, dar remédios concretos a cada uma pelos agravos concretos que sofriam."²⁹⁹

A prática tirânica deu azo a que os barões e os bispos instituíssem o *Exército de Deus e da Santa Igreja* e, a seguir, encetassem a invasão de Londres. O rei João Sem-Terra capitulou e cedeu a uma série de exigências que, articuladas, constituíram o documento denominado *Magna Charta Libertatum*.

A *Magna Charta Libertatum* representou uma ruptura epistemológica, pois não retratou apenas exigências dos nobres e bispos, mas contemplou direitos que, até hoje, suscitam aprofundados estudos, como é o caso do *princípio do devido processo legal*, cujo conteúdo jurídico, nos dias de hoje, é suficiente para proclamação do Estado de Direito e da *Justiça*.

1.2. O princípio do devido processo legal no Direito Inglês

Os institutos básicos da *liberdade* nasceram, efetivamente, no Direito Inglês. Portanto, uma abordagem sobre

²⁹⁹ **Liberdade e Garantias Constitucionais**, p.19.

o princípio do *devido processo legal* passa, necessariamente, pela temática em epígrafe.

O documento antigo de maior importância da Inglaterra Medieval é a *Magna Charta Libertatum*, pois os postulados que assentou constituem o travejamento necessário para dar forma a um *Estado* como sendo *de Direito*.

Verdade que existem outros documentos anteriores e que, segundo historiadores, seriam seus antecedentes. Exemplos são a Carta de Liberdades do rei Cnuto por intermédio da Carta de Liberdades de Henrique II e, as cartas semelhantes de Stephen e Henrique I. Tais documentos, porém, possuem apenas uma genealogia formal com a *Magna Charta*.³⁰⁰

Os barões e o clero poderiam ter derrubado o reinado, porém, a pretensão era obter delineamento mais preciso de seus direitos e deveres em relação ao Governo. É que já haviam experimentado viver sob a *legalidade*, instituída no governo de Henrique II, à qual só não foi submetida o clero.³⁰¹

Todavia, os ingleses conseguiram feitos de importância, como a instituição do júri. O júri proporcionou

³⁰⁰ Cf. POUND, **Liberdade e Garantias Constitucionais**, p.18.

³⁰¹ *Ibidem*, p.17.

investigação e processo contra delinqüentes, representando proteção contra acusações infundadas.³⁰²

Vicente Greco Filho aduz que o Grande Júri era composto de pessoas do local e apreciava matéria de fato nos processos criminais. Revelava, portanto, garantia de *Justiça* e racionalidade na produção de provas:

*“O júri, na verdade, representou enorme evolução em relação ao sistema das ordálias ou juízos divinos, pelo fogo ou pela água, já inadequados à consciência da época, de forma que todo indivíduo passou a preferir ser julgado por ele, porque composto de vizinhos que apreciavam a informação de testemunhas.”*³⁰³

Ricardo Coração-de-Leão, irmão de João Sem-Terra e filho de Henrique II, reinou no período de 1189 a 1199. Acabou morrendo em razão de um ferimento de flecha numa batalha. João Sem Terra o sucedeu, governando no período de 1199 a 1216 e, como já dito, conseguiu desagradar todos³⁰⁴, fazendo emergir a *Magna Charta Libertatum*.

Esse importante documento instituiu o *due process of law* (muito embora não tenha utilizado a expressão) no seu art. 39³⁰⁵, fundamentando-o no art. 40:

³⁰² POUND, **Liberdade e Garantias Constitucionais**, idem, mesma página.

³⁰³ **Manual de Processo Penal**, p.28.

³⁰⁴ Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.21.

³⁰⁵ Cf. SIQUEIRA CASTRO registra que a *Magna Charta* foi redigida em latim, isto, segundo registra, para fazê-la inútil pela maioria da população como instrumento de proteção de direitos. A cláusula foi assim redigida: “Art. 39. *Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis*”

“Art. 39. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou de 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 seus pares ou pelo costume da terra.

*Art. 40. A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça.”*³⁰⁶

A *law of the land* (lei da terra) veio a ser considerada sinônimo do *due process of law* e, este erigido em principal garantia do processo inglês.³⁰⁷ A expressão *law of the land* é, na concepção de Carlos Roberto de Siqueira Castro, de inspiração jusnaturalista, própria da idéia de *Justiça* das instituições anglo-saxônicas.³⁰⁸

A sinonímia da *law of the land* com o *due process of law* é decorrente do reinado de Eduardo III³⁰⁹, em

consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.” (**O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.9). A tradução para o inglês, segundo notícia ALTAVILA, só se deu por volta do século XVI, por isso ficando distante de efetividade (**Origem dos Direitos dos Povos**, p.156).

³⁰⁶ No original: *“Art. 39. No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.”* Art. 40. *To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.”* (Cf. SILVEIRA, idem, p.22).

³⁰⁷ Cf. GRINOVER, **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, p.10.

³⁰⁸ **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.9.

³⁰⁹ Cf. CORWIN, tratando da origem e evolução do *due process of law*, afirma que a expressão é, de fato, originária do reinado de Eduardo III (1335), cuja lei afirmou: *Nenhum homem de qualquer estado ou*

1354, ocasião em que foi editada uma Lei do Parlamento Inglês – *Statute of Westminster of the liberties of London* – tendo a expressão *per legem terrae* substituída por *due process of law*. As expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law* foram empregados de maneira indistinta pelos juristas.³¹⁰

É certo que a idéia de *liberdade* de hoje não é aquela que permeou o desiderato dos barões e dos bispos quando impuseram a João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, como assegura Vicente Greco Filho:

“(...) as modernas idéias de liberdade nem sequer tinham sido formadas. ‘Liberdades’, aliás, significavam ‘privilégios’ para os barões tais como os de não pagarem ao rei taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de escolherem os próprios oficiais ou o de manter uma corte de justiça.

A idéia de direitos individuais, portanto, ainda não se formara no sentido que se tem hoje, de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos, por via de um poder estatal autônomo, o Judiciário. A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade,

condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver antes respondido a processo legal regular (due process of law). Aduz, contudo, que a mesma é originária da Magna Charta (edição de 1225), onde o rei prometeu que Nenhum homem livre (nullus liber homo) será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país (per legem terrae). (Constituição Norte-Americana e seu significado atual, p.263).

³¹⁰ Cf. SIQUEIRA CASTRO, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.10.

*da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar.*³¹¹

A *Magna Charta* tinha alcance e interesse imediato sobre as pretensões dos barões. Todavia, foi paulatinamente estendendo-se para todo o povo, até constituir-se, na visão de Pontes de Miranda, em verdadeira conquista libertária, espreado inclusive para as colônias.³¹²

Vicente Greco Filho evidencia que a *Magna Charta*, além do *due process of law*, trouxe o *Habeas Corpus*, reafirmou a instituição do júri, o princípio da legalidade dos tributos e o respeito aos *direitos adquiridos*.³¹³

Assinala o autor que no decorrer do século XIII ecoou, no continente europeu, uma nova concepção de Estado e organização jurídica, instituída por Frederico II de Svevia.³¹⁴

Esse soberano projetou-se de seu reino na Sicília para a Itália e, através das *Constituições de Melfi* – um conjunto de leis obrigatórias sem contemplar qualquer condição ou privilégio. Seus postulados mais importantes foram:

“1) a justiça só poderia ser administrada por tribunais constituídos por magistrados escolhidos pelo rei, não se admitindo tribunais especiais para nobres e outros para cidadãos comuns; 2) a cidade não poderia eleger magistrados que não tivessem sido aceitos pelo

³¹¹ **Direito Processual Civil Brasileiro**, p.21.

³¹² **História e Prática do Habeas Corpus**, p.47.

³¹³ *Ibidem*, p.22.

³¹⁴ Cf. GRECO FILHO, *idem*, p.22.

*soberano, e os crimes, especialmente os de sangue, deveriam ser punidos com a morte, fosse o culpado nobre ou plebeu.*³¹⁵

A intenção de Frederico II de Svevia era uma *igualdade* jurídica de todos perante a lei e, naquela época, somente pela vontade do soberano é que tal poderia se dar.³¹⁶

O aplacamento do despotismo, contudo, não foi sedimentado com a *Magna Charta* e muito menos com as *Constituições de Melfi*. A história demonstra que, a partir daquele documento, vários outros surgiram com igual escopo, entre os quais: *The Petition of Rights (1628)*, *Habeas Corpus Act (1679)* e, finalmente, o *Bill of Rights (1689)*.

Anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a sujeição de todos ao império do direito e a limitação do poder no sistema de direito não escrito da Inglaterra só se consolidou, paulatinamente, a partir da jurisprudência dos tribunais, denominada *rule of law*.³¹⁷

A *rule of law* pode ser sintetizada em três pontos:

*“Primeiro – ausência de poder arbitrário por parte do Governo; segundo – a igualdade perante a lei; terceiro – serem as regras da constituição a consequência e não a fonte dos direitos individuais.”*³¹⁸

³¹⁵ GRECO FILHO, **Direito Processual Civil Brasileiro**, p.23.

³¹⁶ *Ibidem*, p.23.

³¹⁷ **Direitos Humanos Fundamentais**, p.12-13.

³¹⁸ *Ibidem*, p.13.

O desenvolvimento da *rule of law* se deu a partir do século XII, quando as cortes passaram a aplicar a *law of the land*. A reiteração dos julgados fez evoluir o direito em racionalidade.³¹⁹

Essa gama principiológica transportou-se para as colônias inglesas, inclusive as situadas na América do Norte, onde o *due process of law* passou a constituir o mais amplo instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

1.3. O princípio do devido processo legal no Direito norte-americano

Os ingleses estabelecidos nas colônias da América do Norte trouxeram os princípios da *common law*, inclusive o *due process of law*. Os primeiros estatutos jurídicos: a *Charter of New England* – 1620; *Charter of Massachusetts Bay* – 1629; e outras, não contemplaram o *devido processo legal*, fato que só ocorreu a partir da Declaração de Direitos da Virgínia.³²⁰

A Declaração de Direitos da Virgínia, nas disposições dos artigos 8 a 13, estatuiu a proteção da liberdade, a instituição do júri, a punição conforme a lei da

³¹⁹ FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**, mesma página.

³²⁰ Cf. OLIVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.177-191.

terra e a liberdade de imprensa. O *devido processo legal* consta do art. 8:

*“Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas, de produzir prova em sua defesa, bem como de ser julgado com presteza por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só poderá considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força da lei da terra ou pelo julgamento de seu pares.”*³²¹

A Declaração de Direitos da Virgínia permeou as idéias contratualistas e jusnaturalistas de Locke, Rousseau e Montesquieu. O destaque dos direitos foi na acepção individualista. Para os contratualistas, em resumo, o fundamento da sociedade ancora-se num acordo hipotético de vontades. Dalmo de Abreu Dallari, neste aspecto, afirma que:

*“Há uma diversidade muito grande de contratualismos, encontrando-se diferentes explicações para a decisão do homem de unir-se a seus semelhantes e de passar a viver em sociedade. O ponto comum entre eles, porém, é a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade, o que vem a ter influência fundamental nas considerações sobre a organização social, sobre o poder social e sobre o próprio relacionamento dos indivíduos com a sociedade.”*³²²

³²¹ Cf. COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.102.

³²² **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p.12.

Logo que deflagrada a Guerra da Independência - em 4 julho 1776 -, as colônias firmaram um acordo denominado *Artigos da Federação*. Ao término do conflito as colônias tornaram-se Estados Livres, a partir do Tratado de Paris (1783).³²³

Os *Artigos da Federação* criaram um poder central com muitas limitações, desta feita, os delegados dos Estados Independentes, reunidos em Filadélfia, intentaram revisá-los. Originou-se daí uma República com federalismo equilibrado - poder central forte convivendo com poderes periféricos.³²⁴

Da revisão dos *Artigos da Federação* surgiu a Constituição dos Estados Unidos. Porém, para entrar em vigência dependia da ratificação dos Estados, fato que só se deu após a inclusão do *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) - originário das dez primeiras emendas, sendo que da Emenda V consta:

“Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma, nem

³²³ Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.25.

³²⁴ *Ibidem*, mesma página.

*ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação.*³²⁵

No ano de 1791, aboliu-se a escravatura e o Congresso aprovou três emendas, as de n. XIII, XIV e XV, cujo objetivo era estender os direitos aos escravos originários da raça negra. A XIV emenda estatuiu que:

*“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 de sua jurisdição a igual proteção das leis.”*³²⁶

A proteção outorgada pelo princípio do *devido processo legal*, consoante se infere da Emenda XIV, é a *vida, liberdade e propriedade*. A cláusula oferece bastante elasticidade ao intérprete, daí sua atualidade.

O Direito Norte-Americano adotou a *common law*, mas convivem com a mesma os *statutes* – lei positiva e Constituição Escrita. À Suprema Corte foi outorgado o papel de hermeneuta máximo da Constituição, alçada em garantidora dos direitos e liberdades civis.

³²⁵ Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.26.

³²⁶ Cf. *Ibidem*, p.182.

A Suprema Corte Norte-Americana tem se desincumbido do mister, como salientou José Afonso da Silva ao prefaciá-la obra de Carlos Roberto de Siqueira Castro, asseverando que:

*"(...) a Suprema Corte estadunidense, com a sua extraordinária capacidade de construir fórmulas de garantias constitucionais, mais uma vez extraiu de uma cláusula objetiva toda a riqueza de sentido que ela pode oferecer em favor dos direitos fundamentais do homem. Corte que enriquece, expande, as regras do direito escrito, por mais genéricas ou simples que sejam. Corte que não esteriliza o direito posto, mas recria com o sentimento, com a intuição, das representações jurídicas que os entrosques sociais repontam o âmago profundo da índole do povo."*³²⁷

Maria Rosynete Oliveira Lima salienta que a V Emenda não foi suficiente para suscitar debates e estabelecer os contornos da cláusula *due process of law*, isto por mais de um século. A justificativa seria porque sua instituição foi permeada de pouca polêmica.³²⁸

Na vigência da XIV Emenda, dado o debate e o calor político em torno de sua elaboração e, também, porque os Estados Membros tinham competência legislativa ampla, a controvérsia foi ativada. A Suprema Corte passou a criar, a

³²⁷ **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, (prefácio da obra).

³²⁸ **Devido Processo Legal**, p.70-71.

partir daí, o vigor do instituto³²⁹, elevando-o em instrumento para defesa dos *Bill of Rights*.³³⁰

A cláusula nasceu com aspecto procedimental, ou seja, um conjunto principiológico tendente a assegurar aos litigantes regularidade processual, inicialmente com aplicação na seara penal, estendendo-se depois para a jurisdição civil e procedimentos administrativos.³³¹

A descoberta da dupla dimensão do *due process of law* se deu no julgamento do litígio envolvendo *Dread Scott v. Sandford* (1857), ocasião em que a Suprema Corte julgou inconstitucional o *Missouri Compromiss Act*, de 1820, ao fundamento de que o mesmo estaria violando o direito de propriedade dos senhores de escravos sem o *devido processo legal*.³³²

A decisão causou descontentamento, visto que foi tida como intromissão do Tribunal nos atos do Congresso,

³²⁹ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.71-72.

³³⁰ Cf. COMPARATO, **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, p.107.

³³¹ Cf. SIQUEIRA CASTRO, **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.34.

³³² O *Missouri Compromisse Act* é uma Lei de 1820, originária da petição de admissão do território do Missouri para fazer parte como estado da República. Esta lei dispunha que: “*Em todo o território cedido pela França aos Estados Unidos, sob o nome de Louisiana, que fica ao Norte da latitude norte 36°30’, excetuando parte dele que é incluída nos limites do estado contemplado por esta Lei, a escravidão e a servidão involuntária, salvo na punição de crime pelo qual a parte tenha sido regularmente condenada, será e é, por este meio, sempre proibida.*” (Cf. LIMA, *idem*, p.73).

tanto que, durante largo período, viu-se a Suprema Corte desestimulada em aplicar a cláusula no sentido substantivo.³³³

Foi um momento desprestigiado para o desiderato do *due process of law*, no seu despertar para o novo enfoque. É que a *servidão* afronta a causa da natureza humana, como sentenciou Santo Tomás de Aquino³³⁴ e, se tivessem os Juizes recorrido a preceitos de direito natural, a decisão certamente seria outra.³³⁵

Não obstante o desacerto da deliberação, certo é que, a partir daí, passou a existir o *due process of law* nas formas *procedural* e *substantive*.³³⁶ Naquele garantias de uma notificação prévia e audiência e, neste, despontava-se a *razoabilidade* em caso de restrição aos direitos reconhecidos.

A dimensão procedimental é a mais conhecida e, também, utilizada. Por ela, protege-se o direito por um procedimento regular, sempre que houver possibilidade de

³³³ LIMA, **Devido Processo Legal**, p.73-76.

³³⁴ TOMÁS AQUINO, **Summa Theologica**, v.3, p.420.

³³⁵ Após essa decisão eclodiu a Guerra Civil e, pela XIII Emenda, foi formalmente abolida a escravidão no território Norte-Americano.

³³⁶ LINARES informa que o *substantive due process of law* apareceu, definitivamente, após os julgamentos dos casos *Stone v. Farmers Loan Co.* e *Chicago Milkwaukee v. Saint Paul v. Minnesota*, isto em 1866. E conclui: “*Es así, pues, como al finalizar el siglo XIX el concepto de debido proceso había ganado en profundidad y extensión. De mera garantía procesal, de resorte técnico procesal, comienza a elevarse a la categoría de contenido estimativo y de recurso técnico axiológico que limita también al órgano legislativo. Es en este momento en el que ya podemos hablar del debido proceso como garantía genérica de la libertad, o sea como garantía substantiva y patrón de justicia.*” (**Razonabilidad de las leyes**, p.21-22).

restrição em sua tríplice valoração - *vida, liberdade e propriedade*.

A problemática não se resolve com muita facilidade. Todavia, para se saber da necessidade ou não do *due process* em determinada, questão é necessário recorrer ao direito material e, se houver afetação daqueles direitos protegidos (*vida, liberdade e propriedade*), certamente haverá incidência do *iter procedimental*.³³⁷

Ainda, assim não se pode dogmatizar a questão, pois o princípio do *due process of law* é aberto e de alto grau de generalização. Com a metamorfose social, a Suprema Corte o constrói de acordo com a evolução dos tempos, dando-lhe, assim, a forma mais adequada ao escopo da *Justiça*.

No caso *Goldberg v. Kelly* (1970), por exemplo, em que o Estado de Nova Iorque deixou de fornecer auxílio-alimentação para pessoas carentes, entendeu a Suprema Corte a necessidade de procedimento quase-judicial, pois o interesse era de muita importância. O procedimento estabelecido foi:

"1) uma notificação adequada; 2) uma oportunidade para explanação oral perante o administrador; 3) uma chance de apresentar provas em seu favor; 4) uma oportunidade

³³⁷ No caso *Meyer v. Nebraska* (1923) a Suprema Corte deu o tom da abrangência da cláusula ao dispor que a liberdade deveria ser encarada em sentido amplo e não somente de restrição física, mas também a possibilidade do indivíduo realizar contratos, imiscuir-se nas atribuições comuns da vida laboral, haurir informações úteis para seu desenvolvimento, estabelecer união conjugal, criar filhos e, também, adotar e adorar a Deus conforme suas crenças. (Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.80).

*de confrontar alguma testemunha adversa; 5) uma oportunidade de inquirir estas testemunhas; 6) revelação de todas as provas em seu desfavor; 7) o direito de ter um advogado; 8) o direito a uma decisão baseada somente nas provas produzidas; 9) que o julgador motive adequadamente a decisão que adotar; 10) que o julgador seja imparcial.*³³⁸

Inúmeros casos podem ser arrolados. Todavia, não é objeto do trabalho passar em revista na variedade de julgados da Suprema Corte Americana, mas tão só delinear o *due process of law* em seu berço.

Na dimensão processual, são exemplos os seguintes casos: a) *Mapp v. Ohio* (1961) – A Suprema Corte anulou o julgamento da Corte Estadual porque teria utilizado provas apreendidas ilegalmente; b) *Ageisinger v. Hamlin* (1972) – A Suprema Corte ampliou seu entendimento e afirmou que o acusado tem direito a assistência pericial, inclusive psiquiátrica, sempre que necessário à sua defesa; c) *Gideon v. Wainwright* (1963) – A Suprema Corte anulou a condenação de Clarence Earl Gideon, porque o processo transcorreu sem assistência de advogado. Em decorrência deste precedente mais de 3.000 processos foram revisados; d) *Miranda v. Arizona* (1966) – A Suprema Corte anulou o julgamento, ao fundamento de que o acusado tinha direito a um advogado desde o *pretrial*

³³⁸ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.87.

phase (fase policial) e, como tal não lhe fora propiciado, a confissão não pôde ser utilizada para condenação.³³⁹

A dimensão substantiva é investigada no cotejo dos atos estatais reguladores ou restritivos dos direitos individuais e, vislumbrando afronta desarrazoada (*vida, liberdade e propriedade*), incide a cláusula para declarar o ato espúrio e inconstitucional.³⁴⁰

Os atos entre particulares, se se desprezar a *Justiça*, também são passíveis de sofrer correção pelo *due process of law* – afirme-se, todavia, que a incidência é feita através da XIV Emenda – *equal protection clause*.³⁴¹

Eis alguns casos específicos da incidência do *substantive due process of law*³⁴²: a) *Poe v. Ullman* (1961) – A

³³⁹ LIMA, **Devido Processo Legal**, p.80-84.

³⁴⁰ Cf. NERY JÚNIOR salienta que em sua forma substancial o *due process of law* tem lugar sempre que os atos estatais não observarem a razoabilidade, arrostando os direitos fundamentais. Toda lei que não se traduzir na *law of the land* é contrária ao direito e, portanto, será controlada pela Suprema Corte americana. (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p.37).

³⁴¹ Exemplo é o caso *Shelley v. Kraemer* (1948), no qual a Suprema Corte anulou o julgamento da Corte Estadual que deu como sem efeito uma venda de um terreno que continha cláusula restritiva (proibição de venda a pessoas de outras raças). O julgamento foi anulado e restabelecido o negócio (Cf. LIMA, *idem*, p.141).

³⁴² Cf. NERY JÚNIOR, diante do posicionamento da Suprema Corte, fez uma síntese que, pela abrangência, deve ser mencionada: “Vamos encontrar outros exemplos de incidência do *substantive due process* no direito americano, o que nos dá a dimensão do alcance do preceito: a) a liberdade de contratar, consubstanciada na ‘cláusula de contrato’, afirmada no caso *Fletcher v. Peck* (1810) em voto de Marshall; b) a garantia do direito adquirido (*vested rights doctrine*); c) a proibição de retroatividade da lei penal; d) a garantia do comércio exterior e interestadual (*commerce clause*), fiscalizados e regrados exclusivamente pela União; e) os princípios tributários da anualidade, legalidade, da incidência única (*non bis in idem*) etc.; f) proibição de

Suprema Corte declarou ser direito das pessoas casadas usarem métodos contraceptivos, o qual é considerado como um direito à privacidade; b) *Aptheker v. Secretary of State* (1964) – sobre o direito de viajar para o exterior, tendo a Suprema Corte anulado uma lei federal que proibia a concessão de passaporte a membros de conhecidas organizações subversivas; c) *Webster v. Reproductive Health Services* (1989) – A Suprema Corte declarou constitucional uma lei versando sobre a regulamentação do aborto, mas proibindo a utilização da máquina estatal; d) *Loving v. Virginia* (1967) – A Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei estadual que proibia o casamento entre pessoas de raças diferentes.³⁴³

Carlos Roberto de Siqueira Castro afirma que o:

“(...) papel desempenhado pelo instituto do devido processo legal como autêntico paradigma de justiça e como limite perene à atuação do Estado intervencionista, em particular no que tange ao exercício do poder regulamentar e de polícia, é verdadeiramente estupendo e de inexcédível relevância para a organização democrática.”³⁴⁴

É com esse histórico que o *princípio do devido processo legal* surge no Direito Positivo Brasileiro, não soando

preconceito racial; g) garantia dos direitos fundamentais do cidadão.” (Idem, p.37-38).

³⁴³ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.127.

³⁴⁴ **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.3.

exagerado afirmar que é verdadeira latitude teórica do Estado de Direito e da *Justiça*.³⁴⁵

1.4. Contingências constitucionais brasileiras até 1988

A história constitucional brasileira demonstra a existência, até os dias de hoje, de oito constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988)³⁴⁶. Há dúvidas acerca da Constituição de 1969, se se trata ou não de Constituição. A opção é considerá-la como Constituição outorgada, pois a *Emenda* foi apenas um artifício jurídico para se colocar *nova Constituição* em vigência.³⁴⁷

O princípio do *devido processo legal* não foi consagrado nas Constituições brasileiras, exceto na de 1988. Porém, como se verá no decorrer da exposição, não houve óbice para reconhecê-lo como próprio do ordenamento jurídico, muito

³⁴⁵ Cf. SIQUEIRA CASTRO, **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.3.

³⁴⁶ Registre-se que a coletânea de Constituições do Brasil, da editora Atlas, traz em seu bojo a Emenda n.1 de 1969 como sendo a Constituição de 1969 (Cf. CAMPANHOLE e CAMPANHOLE, **Constituições do Brasil**).

³⁴⁷ Esclareça-se que é opção considerar a Emenda n. 1, de 1969 como Constituição. A Emenda Constitucional mencionada, na verdade, reeditou inteiramente o texto constitucional. Trata-se de uma Constituição outorgada. Nesse sentido é a lição de SILVA (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.89).

embora tenham sido poucos os momentos de democracia no país.

Vigoraram no Brasil, até a vigência da Constituição Imperial, as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Vieram depois o Código Criminal (1832), Código Comercial (1850), o Regulamento 737 (1850), o Código Civil (1917), e outras.

Com a Independência e ainda sob o regime Monárquico, foi outorgada por D. Pedro I a *Constituição Política do Império do Brasil*, jurada a 25 de março de 1824. Adotou-se a teoria quatripartite do poder de Benjamin Constant³⁴⁸ e um rol de direitos e garantias individuais³⁴⁹.

O Poder Moderador era capitaneado pelo soberano D. Pedro I, cujo disciplinamento estava no art. 98 *usque* 101 da Carta Política. Uma breve leitura do seu texto demonstra a grande concentração de poder:

“Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

³⁴⁸ Cf. SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.77.

³⁴⁹ O rol de direitos e garantias individuais, denominado “*Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*”, ocupa o último título da Constituição (n. 8) e, os direitos fundamentais propriamente, o último artigo (179).

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma. (...)

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:

I. Nomeando os Senadores, na forma do art. 43. (...)

V. Prorrogando, ou adiando a Assembléia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua. (...)

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do art. 154.”

Não bastasse, dispunha o art. 102 que o Poder Executivo era exercido pelo Imperador.

As penas infamantes, os açoites, a tortura, a marca de ferro, o confisco, foram abolidas. Estatuiu-se o princípio da personalidade da pena que, a partir de então, deixou de passar da pessoa do delinqüente.

O *Habeas Corpus* não foi previsto na Constituição Imperial. Sua instituição só veio com o Código Criminal de 1832, cujo art. 340 dispunha:

“Todo cidadão que entender que ele ou outrém sofre uma prisão ou constrangimento, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - habeas corpus - em seu favor.”³⁵⁰

Após a Proclamação da República, entrou em vigência a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 24 de fevereiro de 1891.

³⁵⁰ Cf. NORONHA, **Curso de Direito Processual Penal**, p.403.

Foi instituído o federalismo, as Províncias transformaram-se em Estados Unidos, houve menção à ampla defesa no campo criminal, foi abolida a pena de morte, os juizes tiveram a garantia da vitaliciedade, foi mantida a instituição do júri, disciplinou-se o *habeas corpus* e a cláusula proibitiva da prisão sem prévia culpa formada.

Paulo Fernando Silveira aduz que o Supremo Tribunal Federal não ressaltou o seu papel de Corte Constitucional, ao contrário da Suprema Corte americana. Por outro, muitos artigos da Constituição restaram sem aplicação, não passando de *mera folha de papel*, na alegoria de Ferdinand Lassale.³⁵¹

As nuances políticas fizeram com que a Constituição de 1891 fosse emendada em 1926, introduzindo-se alterações no § 5º, do art. 59, cuja redação mostra o tom despótico da ocasião:

“Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer

³⁵¹ **Devido Processo Legal**, p.29-31.

dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo."³⁵²

É importante mencionar que o *Habeas Corpus* teve amplo desenvolvimento e, como não existia o *Mandado de Segurança*, acabou com o seu raio de abrangência ampliado, tendo sido amplamente utilizado como sucedâneo para proteção dos direitos civis (hoje mandado de segurança).³⁵³

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934, inaugurou o Estado Social e trouxe uma Declaração de Direitos compatível com o desiderato.³⁵⁴ Disciplinou a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança, à propriedade, bem como o mandado de segurança.³⁵⁵

³⁵² Trata-se da Emenda Constitucional publicada no Diário Oficial da União do dia 7 de setembro de 1926, que introduziu alterações no art. 59.

³⁵³ Cf. FADEL, **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**, p.11; GRECO FILHO, **Tutela Constitucional das Liberdades**, p.154; NUNES, **Do Mandado de Segurança**, p.1-12; FALKS, **Mandado de Segurança - pressupostos da impetração**, p.4-8.

³⁵⁴ No título IV trouxe "Da Ordem Econômica e Social", cujo art. 150 foi assim redigido: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica."

³⁵⁵ "Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes."

"33. Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações *petitórias* competentes."

No rol da Declaração de Direitos consta a abolição do foro privilegiado, a instituição da retroatividade penal *in melius* e vedação da *in pejus*. Foi estabelecida a ampla defesa, juiz natural e o princípio da personalidade da pena.

Após a Revolução de 1930, sobe ao poder Getúlio Vargas e, com ele, finda a vigência da Constituição de 1934. A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi decretada no dia 10 de novembro de 1937 e, pelo seu preâmbulo já se entrevê a origem autoritária:

“Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência de guerra civil. (...)”

Resolve (...) Decretar a seguinte Constituição.”

O Presidente da República reunia em suas mãos grandes poderes, cuja notoriedade já se entrevia a partir do *caput* do art. 73, no qual se auto denominava *Autoridade Suprema do Estado*, podendo, inclusive, dissolver a Câmara dos Deputados (art. 75, al. a).

O art. 170 dispôs que era vedado ao Poder Judiciário conhecer dos atos governamentais quando em estado de emergência ou guerra.

No âmbito penal houve retrocesso, pois foi restabelecida a pena de morte. O *caput* do art. 122 era adequado ao regime implantado, visto que só afirmou assegurar o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, excluindo-se a “vida”.³⁵⁶

Houve celeuma, na vigência dessa Constituição, sobre a suspensão ou não do *Habeas Corpus*, em virtude da decretação do *estado de guerra*, pois vigia a vedação do art. 170.

Pontes de Miranda registrou que:

“A Constituição de 1937, arts. 166-173, traduziu o que pretendia o grupo antipático a toda ordem liberal e democrática. O estado de sítio, chamado, então, estado de emergência, permitia (art. 168): a) a detenção em edifício ou local não destinado a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir; b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas; c) suspensão da liberdade de reunião; d) busca e apreensão em domicílio. O Presidente da República podia pedir a suspensão das imunidades parlamentares (art. 169) e, até, se não fosse concedida, em doze horas, a licença, detê-los assumindo a responsabilidade. Monocracia típica; regressão do Brasil para aquém de 1822. No art. 170 dizia-se: ‘Durante o estado de emergência ou o estado de guerra,

³⁵⁶ “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:”

*dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os juizes e tribunais'.*³⁵⁷

Anotou ainda que seus comentários à Constituição de 1937 (volumes II e IV) estiveram proibidos de circular, e mais, que a Carta Política não foi posta em prática:

*“Ora, todos sabemos que a Constituição de 1937 não foi cumprida. Era emendada como se fora aviso ministerial ou decreto do Poder Executivo. Pelo fato mesmo de lhe realçarmos o conteúdo, foram proibidos de sair os volumes II e IV dos Comentários.”*³⁵⁸

Em virtude do afastamento da jurisdição em caso de estado de guerra – *poderes quase absolutos* – vários Tribunais pátrios entenderam que o *habeas corpus* estava suspenso e, em conseqüência, denegaram ordens, como o fizera a Corte de Apelação do Distrito Federal, no *Habeas Corpus* n. 8.804 (26 mar. 1936).³⁵⁹

O fim da Segunda Guerra Mundial coincidiu com o término do governo de Getúlio Vargas e, como resultado, foi convocada Assembléia Constituinte em 1945, tendo entrado em vigência a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18 de setembro de 1946.³⁶⁰

Foi uma constituição democrática e pródiga em reconhecimento de direitos individuais, tanto que inaugurou o

³⁵⁷ **História e Prática do Habeas Corpus**, p.408.

³⁵⁸ **Comentários à Constituição de 1967**, v.1., p.16.

³⁵⁹ Cf. **História e Prática do Habeas Corpus**, p.409.

³⁶⁰ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.163.

Capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais, afirmando que:

“Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.”

Em sua lista de direitos e garantias individuais restabeleceu o júri como garantia constitucional (com soberania dos vereditos e competência para julgar os crimes dolosos contra a vida), a inafastabilidade da jurisdição e, também, não excluiu outros direitos próprios dos princípios adotados (art. 144).

Com o Golpe Militar de 1964³⁶¹ veio, em 1967, a Constituição do Brasil promulgada no dia 24 de janeiro de 1967 e de 1969 (Emenda n. 1). Muito embora acompanhada de um rol de direitos e garantias individuais, salienta Paulo Fernando Silveira que não foram respeitados.³⁶²

Através do Ato Institucional n. 5, de 1968, foram suspensos os direitos políticos e garantias constitucionais, retirando-se do Poder Judiciário a

³⁶¹ Cf. MIRANDA, sobre a temática, leciona que: *“Quanto à ‘revolução’ de 1964, foi apenas golpe. O elemento revolucionário, que procurara o poder, foi, em grande parte, posto de lado, para que apenas se implantasse, com a contribuição de algumas influências inconfessáveis, a ditadura. Não se tentou somente a volta a 1937 e a 1930: com os mesmos remanescentes, procurou-se o caminho para algo que não fosse mais o Brasil, pois o Brasil, conforme mostramos em conferência de São Paulo e aqui, mais adiante, nesta obra, reproduzimos, nunca foi colônia.”* (**Comentários à Constituição de 1967**, v.1, p.37).

³⁶² Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.33.

possibilidade de apreciar os atos do governo, tidos como *revolucionários*.³⁶³

Em 17 de novembro de 1985 foi convocada a Assembléia Constituinte que, em 5 de outubro de 1988, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, positivando o *devido processo legal* no art. 5º, inciso LIV.

Apesar de não expresso no ordenamento jurídico brasileiro, o *devido processo legal* foi abordado pela doutrina e jurisprudência até 1988. Daí a possibilidade de se entrevê-lo como princípio implícito até então.

2. O Devido Processo Legal como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro até 1988

À exceção da Lei Fundamental de 1988, não estava positivado o princípio do *devido processo legal* no ordenamento jurídico brasileiro, embora as Constituições contivessem cláusula de não exclusão de outros direitos. Houve, não obstante, algum desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre a temática:

³⁶³ Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.33.

É conveniente acentuar que só a Constituição de 1937 não ofereceu um arsenal principiológico para desenvolvimento da cláusula, já que pelo art. 123 os direitos fundamentais restaram amesquinhados. Eis a regra:

“A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

A dicção dessa norma é clara, os direitos e garantias fundamentais estavam subordinados àquilo que o Governante entendesse como *bem público, necessidade de defesa, bem estar, paz, ordem coletiva e segurança da Nação*. Por isso pode-se assegurar que não vigorava democracia.

A afirmação encimada no item que ora se propõe é feita com esta ressalva e, também, aquela da ocasião dos Atos Institucionais – Golpe de 1964, pois, com certeza, não há que falar em direitos e garantias fundamentais e, logicamente, em vigência implícita do *princípio do devido processo legal*.

Não se intentará perpassar ou esgotar todos os pontos de vista doutrinários e jurisprudenciais acerca da

cláusula, mas tão só, pontualmente, referenciar quão tímido foi seu progresso no meio jurídico nacional.

A situação se deve ao pseudo-Estado de Direito³⁶⁴ em que o Brasil esteve imerso, cuja tônica era de Estado de Legalidade³⁶⁵ e nada mais. Os laivos de Estado de Direito foram tão poucos que não chegaram a constituir terreno fértil para a evolução do princípio do *devido processo legal*.

San Tiago Dantas, em 1953, produziu um artigo intitulado *igualdade perante a lei e due process of law*, no qual procurou analisar aspectos ligados à *lei arbitrária* – que impõe tratamento absurdo e caprichoso – e, apesar de se demonstrar conhecedor da cláusula, rechaçou a idéia de concebê-la como própria do ordenamento jurídico brasileiro.³⁶⁶

³⁶⁴ Saliente-se que *Estado de Direito*, como objeto do trabalho, é aquele que possui como cerne de suas preocupações a persecução e realização dos direitos humanos fundamentais. Logo, é fácil afirmar que, em ocasiões históricas onde simplesmente *afastou-se a jurisdição* sobre alguns atos e, também, foi suspensa a garantia do *habeas corpus*, com certeza, não se pode falar que vigia um Estado de Direito. O conceito está melhor desenvolvido no Capítulo I do Trabalho.

³⁶⁵ O *Estado de Legalidade*, na visão de FERREIRA FILHO, é aquele em que, em última análise, se “*recusa a subordinação a um Direito a ele superior. Mais, identifica o Direito com o comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhe quiser reconhecer, que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça. E que a Constituição não passa de uma lei, mais alta que as outras, que se estabelece por um procedimento mais complexo do que o ordinário. O Estado Legal guarda o princípio de que, por meio de lei, é ditada a conduta dos particulares, que a lei é condição e limite da atuação dos órgãos públicos, todavia a encara como um instrumento para realização de objetivos politicamente definidos.*”. Numa palavra conclui-se o Estado Legal – é aquele apegado à lei, desprovido ou distanciado do valor *Justiça*. (**Estado de Direito e Constituição**, p.39).

³⁶⁶ **Problemas de Direito Positivo – estudos e pareceres**, p.37-64.

Enfrentando a tese e cotejando a doutrina norte americana sobre o *due process of law*, afirmou que a noção da cláusula importa dois requisitos: 1) a referência à proteção de *general rules*, que a ninguém pode ser retirada; 2) a tese de que nem todo ato legislativo pode ser considerado *law of the land*.³⁶⁷

No segundo aspecto aduziu que a lei, cujo sentido teria sido haurido no Estado Liberal, estava *destronada* frente ao *due process of law*, pois para ser considerada em sua gênese tinha que corresponder à *law of the land* – perseguir a *Justiça* como valor e não prejudicar direitos fundamentais.³⁶⁸

O autor considerou o princípio, não obstante, entendeu que seu equivalente no ordenamento jurídico pátrio era a *igualdade*. Isto demonstra que naquela ocasião o *devido processo legal* era implícito.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 23.993, decidiu sobre constitucionalidade da Lei n.º 368, de 10 out. de 1951, que diferenciava aumentos de salários entre juizes aposentados e da ativa do Estado da Paraíba. Afirmou que a mencionada norma não poderia prevalecer, pois feria o princípio da isonomia.³⁶⁹

³⁶⁷ **Problemas de Direito Positivo - estudos e pareceres**, p.44.

³⁶⁸ *Ibidem*, p.64.

³⁶⁹ Recurso Extraordinário n. 23.993-PB, Relator: Min. Nelson Hungria, Acórdão de 06 ago. 1954. *Ementário do STF*, v.192, p.351.

Há outras decisões do Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1946, nas quais analisou vários subprincípios concretizadores do *devido processo legal*, sem lhe fazer menção expressa. Eis uma síntese dos princípios abordados: a ampla defesa, cessação da incomunicabilidade de preso e violação do contraditório.³⁷⁰

José Frederico Marques, no artigo intitulado *a garantia do due process of law no direito tributário*, afirmou categoricamente que, no regime da Constituição do Brasil de 1967 vigorava o princípio do *devido processo legal*. São suas palavras:

“No direito pátrio, está implícita, entre as garantias constitucionais, a do chamado ‘due process of law’ (ou ‘devido processo legal’) em face do que diz o art. 150, § 35, da Constituição do Brasil de 1967, ‘in verbis’:

‘A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.’

³⁷⁰ “A Constituição, no art. 141, dispõe que a defesa será a mais ampla e o processo contraditório, não admite denúncia implícita. Concessão da ordem.” Recurso de Habeas Corpus n. 40772, Relator: Min. Gonçalves de Oliveira, Acórdão de 31 ago. 1964, *Ementário do STF*, v.603. p.1233

“Rebelião político-militar de Aragarças. Prisão de Oficial sedicioso determinada com assento no art. 156, do CJM. Incomunicabilidade. Sua cessação, mormente no que tende ao profissional incumbido de promover a sua defesa, após o decorrer do primeiro interrogatório precedido no curso do respectivo IPM. Ordem concedida.” Recurso de Habeas Corpus n. 37.399, Relator: Min. Henrique D’Avila, Acórdão de 04 jan. 1960, *Ementário do STF*, v. 433, p.656.

*Desse modo, também entre nós: 'ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal'.*³⁷¹

O autor centrou a discussão da cláusula no direito tributário, mais especificamente no processo administrativo tributário. Fundamentou que a Administração Pública goza dos princípios da *auto-executoriedade* e da *presunção de legitimidade*, todavia, disso não decorre que pode descurar da cláusula *due process of law*. É como afirma:

*"Daí não se segue, porém, que tais atos possam ser praticados sem nenhuma limitação decorrente do devido processo legal. A administração prescinde do Judiciário quando pretenda impor uma situação determinada aos administrados; mas prescindir não pode do respeito ao 'due process of law', se for atingir a fazenda ou a liberdade quando exercida seu poder de autotutela do bem público."*³⁷²

A pesquisa encetada pelo autor cingiu-se ao *procedural due process of law*, ou seja, o *iter procedimental* para que a Administração Pública tivesse legitimidade na limitação do gozo de direitos. Não fez referência ao *substantive due process of law*.

Ada Pellegrini Grinover, acerca dos *princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, admitiu expressamente a incidência da cláusula *due process of law* no

³⁷¹ **A garantia do due process of law no direito tributário**, p.28-33.

³⁷² *Ibidem*, p.29.

Direito Pátrio. Suas referências não se circunscreveram apenas a alguns princípios processuais, mas aludiu à isonomia, à liberdade física etc., afirmando que:

“(...) a própria Constituição se incumbe de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas sim, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça. (...)”

Os princípios da isonomia e do juiz natural – erigidos em preceitos constitucionais desde os primórdios da independência – figuram no art. 153, § 1º e 15, respectivamente. Conseqüência lógica do princípio da igualdade jurídica, é a garantia de assistência judiciária, a qual tutela o efetivo exercício dessa igualdade perante os tribunais (art. 153, § 32).

Em matéria penal, substancial e processual, a Constituição brasileira (segundo a tradição do direito constitucional pátrio) é rica em garantias, vedando penas e protegendo a liberdade física, expedindo normas sobre a prisão legal, erigindo em preceito constitucional a incomunicabilidade da pena, assegurando a integridade física e moral do preso, garantindo o contraditório e o direito de ampla defesa.”³⁷³

Ao apontar para a valoração teleológica do processo – *Justiça*, expôs as duas faces do *due process of law*. De um lado buscar um procedimento que assegure todos os direitos processuais e, de outro, a *Justiça* como valor.

³⁷³ Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, p.11-13.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 102.299-PR, sendo partes o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul - BRDE e Hermedes Cestari e outros, decidiu que a Justiça Trabalho havia afrontado o *due process of law*; desta feita, reformou o acórdão e reconheceu o direito de propriedade do recorrente.³⁷⁴

Trata-se de um processo em que litigavam Cerâmica Monreal Ltda. e seus ex-empregados (Hermedes Cestari e outros), tendo sido penhorado um bem alienado fiduciariamente para garantir a execução. Em todas as instâncias da Justiça do Trabalho foi negado ao BRDE o direito de propriedade. O fundamento do acórdão do Supremo Tribunal Federal foi nos termos do art. 153, § 22, da Constituição do Brasil de 1969 (direito de propriedade).

Em outro processo, Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança n. 115.708-PR, litigantes Simeão Moreira de Souza e o Secretário da Administração do Estado do Paraná, o Supremo Tribunal Federal também entendeu afetado

³⁷⁴ “Direito do Trabalho. Alienação Fiduciária. Ainda que resolúvel a propriedade do credor garantido pela alienação fiduciária de bens determinados, constitui direito fundamental assegurado pelo art. 153, § 22 da Constituição contra agressões que desatendam ao “*due process of law*”.” Recurso Extraordinário n. 102.299-PR, Relator: Min. Rafael Mayer, Acórdão de 11 set. 1984, *Ementário do STF*, v. 1352, p.656.

o direito de propriedade do impetrante, pois não teria sido observada a cláusula *due process of law*.³⁷⁵

Nessa lide, o impetrante do *mandamus* havia se aposentado e, após calculados os proventos e integrado ao seu patrimônio, houve por bem o Secretário da Administração, através de uma portaria, diminuí-los. O Ministro Célio Borja, ao lançar seu voto, concluiu que:

“embora não desfrute do direito a vencimentos irredutíveis, não está o servidor público exposto à possibilidade de tê-los diminuídos por comando emanado de outra fonte que não ‘a lei’ e uma vez percorrido o due process of law, e, in hoc, casu, o v. Acórdão recorrido deixou assentado que a redução dos vencimentos do Recorrido foi determinado pela autoridade coatora antes de qualquer ‘decisão no processo revisional de aposentação, permanecendo em vigor a Resolução que deu origem aos proventos...’.”

Com tais considerações e levando em conta as ressalvas pertinentes às peculiaridades políticas do Estado Brasileiro, isto até a positivação do *devido processo legal*, é possível falar que se tratava de um princípio implícito do

³⁷⁵ *“Redução de Proventos de Aposentadoria. Embora o servidor público não desfrute da garantia de irredutibilidade de vencimentos, a diminuição dos seus proventos de aposentadoria não pode ser determinado por comando emanado de outra fonte que não a lei e uma vez percorrido o “due process of law”.*” Recurso Extraordinário n. 115.708-PR, Relator: Min. Célio Borja, Acórdão de 11 out. 1988, *Ementário do STF*, v.1521, p.702.

ordenamento jurídico, dada sua concretização através de subprincípios.

Não obstante, outro cenário se desponha, agora como princípio expresso, que é o assunto do próximo item.

3. O Devido Processo Legal como realidade do Direito Positivo

3.1. Abrangência do devido processo legal no direito brasileiro

O princípio do devido processo legal foi positivado no art. 5º, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte disposição³⁷⁶:

³⁷⁶ Através do Decreto n.º 678, de 06.11.1992 foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), estando o Brasil obrigado ao respeito e garantia dos Direitos Humanos, cujos arts. 7º e 8º dispõem:

“Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

- 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
- 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
- 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*
- 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.*

5. *Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*

6. *Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*

7. *Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. *Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

2. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada 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 um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;*

b) *comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*

c) *concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à 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, livremente 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, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

f) *direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*

g) *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e*

h) *direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.*

3. *A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*

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

Ressalte-se que no texto constitucional ficou constando a abrangência somente a *liberdade ou bens*. Já na Constituição Americana há a tríplice proteção: *vida, liberdade e propriedade*.

Inicialmente abordar-se-á a dualidade da cláusula (*procedural e substantive*) e, ao depois, o significado dos bens e a aparente restrição imposta pelo constituinte brasileiro.

As abordagens de San Tiago Dantas³⁷⁷ e José Frederico Marques³⁷⁸ são insuficientes para delinear o conteúdo do princípio em estudo. Não bastasse, é bom lembrar, com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que a grande maioria dos doutrinadores brasileiros só mencionam a cláusula na vertente do *procedural due process of law*:

“36. Devido processo legal processual (Procedural due process). É nesse sentido apenas processual que a doutrina brasileira, com honrosas exceções (...), vem entendendo a cláusula due process. O tipo de processo (civil, penal ou administrativo) é que determina a forma e o conteúdo da incidência do princípio.”³⁷⁹

4. O acusado absolvido por sentença transitada 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.”

³⁷⁷ **Problemas de Direito Positivo – estudos e pareceres**, p.37-64.

³⁷⁸ **A garantia do due process of law no direito tributário**, p.29.

³⁷⁹ **Código de Processo Civil Comentado**, p.139-140.

Maria Rosynete Oliveira Lima, no mesmo passo, denuncia esta estreiteza interpretativa dada pelos doutrinadores pátrios no trato com a cláusula, afirmando o equívoco.³⁸⁰

Verdade que, inicialmente, o princípio foi instituído tendo como pertinência apenas assuntos processuais, ao modo como as leis deveriam ser aplicadas pelos tribunais e Administração Pública. As primeiras decisões da Corte Suprema Americana foram nesse sentido. Mas, em 1884 o Tribunal afastou-se daquele entendimento, para atestar que o *due process of law* protegia a natureza material dos direitos individuais à *vida, à liberdade e à propriedade*.³⁸¹

Avulta, portanto, a necessidade de se consolidar que, sendo o *devido processo legal* similiar àquele vigente nos Estados Unidos da América, possui natureza dual: processual e substancial, e não só a primeira vertente.

Paulo Fernando Silveira, num ensaio conceitual, traz para sua assertiva o pronunciamento do *Chief Justice Burger* da Suprema Corte Americana, o qual salientou que o conceito do:

³⁸⁰ **Devido Processo Legal**, p.177-180.

³⁸¹ Cf. PENNOCK, *Due Process*, p.374-375. Não obstante o autor considerar o ano de 1884 como o marco de incidência do *substantive due process of law*, mais consentâneo é reportar ao julgamento *Dread Scott v. Sandford* (1857), pois foi o primeiro julgamento que afetou a liberdade em substância.

*“devido processo abraçado em nossa Constituição remonta diretamente, há 600 anos, a Runnymede. É mais do que um conceito técnico legal, pois ele permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema, e nosso próprio modo de vida.”*³⁸²

Raquel Denize Stumm expõe a dualidade da cláusula, salientando que inicialmente (1835-1890) ela inspirava uma garantia do réu, consubstanciada numa exigência de um procedimento regular. Num segundo momento (1890-1937) evoluiu para ser instrumento de aferição da inconstitucionalidade de leis e, por fim, passou a perseguir o ideal de *Justiça*:

*“O estágio atual do devido processo incorpora o dogma da legalidade ‘num estágio superior e criativo’, sendo ‘elevado à potência de ideal supremo de justiça nas nervosas relações entre a autoridade constituída e as autonomias individuais e coletivas. (...) Ele representa o ‘filtro da legalidade do poder regulamentar de polícia do Estado’, tendo um conteúdo necessariamente aberto, a fim de possibilitar aos juizes o controle da ‘razoabilidade e racionalidade das classificações legislativas’.”*³⁸³

Acerca do trinômio *vida, liberdade e propriedade* cumpre assinalar que nos Estados Unidos da América cabe à Suprema Corte dar contornos e definições de tais direitos. Desta feita, ao longo da história ora se deu um sentido lato e, ora, mais restrito. Atualmente, só se entendem

³⁸² **Devido Processo Legal**, p.79.

³⁸³ **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.153-159.

protegidos pelo *due process of law* aqueles *interesses intimamente relacionados* com os direitos.³⁸⁴

Saliente-se que é em cada caso que aquele Tribunal decide se o *bem da vida* invocado está ou não protegido pelo *due process of law*. É com esse *modus próprio* que se constrói o Direito Americano.

Alguns casos esclarecem, por exemplo: a) *vida*:

1) No caso *Roe v. Wade*, estabeleceu-se que era considerado *pessoa* apenas o ser humano após o nascimento, logo, o feto não estava protegido. 2) No caso *Ford v. Wain Wright*, decidiu-se que aos crimes mais graves pode ser aplicada a pena de morte. 3) No caso *Profitt v. Flórida*, afirmou-se a constitucionalidade de três leis estaduais que autorizavam a pena de morte, desde que presentes modelos objetivos e regras para controlar o poder discricionário das pessoas com autoridade para impor as penas; *liberdade*: este é mais amorfo que a propriedade. Tem sido interpretado como liberdade de ação, de escolha; *propriedade*: o termo propriedade inclui todas as formas tradicionais de propriedade real e pessoal geralmente reconhecidas.³⁸⁵

³⁸⁴ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.209.

³⁸⁵ Cf. MOURA, **O Devido Processo Legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**, p.73-78.

A Constituição Brasileira de 1988 referiu a *liberdade e bens*, não repetindo o bem *vida*. Todavia, Carlos Roberto de Siqueira Castro explica que a medida foi proposital, para não pairar dúvidas de que a pena de morte estava, de fato, proscrita no Brasil:

“(...) Repare-se, em comparação ao figurino norte-americano, que foi excluída da proposição a tutela da vida humana por essa garantia constitucional, o que atendeu ao intuito deliberado de não arrefecer ou por em dúvida a proscrição constitucional da pena de morte em nosso País, eis que esta fora em boa hora expressamente banida (...).”³⁸⁶

Por isso é que se afirma de uma *aparente* restrição da cláusula pelo constituinte de 1988. Por outro, a *vida* já estava protegida pelo *caput* do art. 5º e, como o *devido processo legal* é um dos direitos fundamentais, pode-se argumentar, com segurança, que também está a proteger aquele bem supremo.

Nelson Nery Júnior leciona que a liberdade e os bens mencionados na cláusula devem ser interpretados de forma genérica e ampla, tudo conforme a moldura insculpida pela Corte Suprema Americana:

“Genericamente, o princípio do due process of law caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da

³⁸⁶ **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.377-378.

vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da due process clause."³⁸⁷

Nagib Slaibi Filho, partindo da interpretação dada pela Suprema Corte Americana, entende que a abrangência deve ser a mesma no Direito brasileiro:

"Para nós, em face de constarem as expressões 'liberdade' e 'propriedade' do caput do art. 5º, poderíamos também dar sentido mais amplo, na esteira da jurisprudência americana, reservando a expressão 'liberdade' para expressar o conceito jurídico de que se pode fazer tudo que a lei não proibir e para a expressão 'bens' o sentido de que abrange não só os direitos reais, mas também, no seu sentido econômico, tudo aquilo que possa satisfazer uma necessidade."³⁸⁸

O Supremo Tribunal Federal interpretou em sentido *lato* a *liberdade*, inclusive estendendo-a à pessoa jurídica, quando do julgamento da ADI n. 958-RJ, aferindo a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, da Lei n. 8.713/93, que limitou o direito dos partidos políticos de lançar candidatos. Vale citar um excerto do voto do Ministro Moreira Alves:

"Ora, os dispositivos em causa partem de fatos passados, e portanto já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles, constituindo-se, assim, em

³⁸⁷ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p.33.

³⁸⁸ **Anotações à Constituição de 1988 - aspectos fundamentais**, p.185.

*verdadeiros preceitos ad hoc, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado.*³⁸⁹

Foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo citado, ao fundamento de que a restrição à *liberdade partidária*, inscrita no texto legal, estava a ferir o princípio da *razoabilidade* – subprincípio do *substantive due process of law*.

O Brasil erigiu-se em Estado Democrático de Direito e, como fundamento, insculpiu no art. 1º, inciso III, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, dentre outras. Destarte, o limite de interpretação dos bens abrangidos pelo *devido processo legal* é este postulado fundamental, como bem acentuou Maria Rosynete Oliveira Lima.³⁹⁰

A avaliação e emprego prático do *devido processo legal* passa, então, por uma reaproximação³⁹¹ de seu

³⁸⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 958-RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio, Acórdão de 11 mai. 1994, *Ementário do STF*, v.1797, p.77

³⁹⁰ **Devido Processo Legal**, p.214.

³⁹¹ Esclareça-se que, *reaproximar* está no sentido literal do vocábulo, qual seja, aproximar de novo. É que, ao ser instituído o *devido processo legal* no Brasil, aproximou-se o ordenamento jurídico brasileiro do norte-americano. Assim, a compreensão do conteúdo do princípio só será alcançada se houver nova aproximação dos exegetas.

conteúdo no Direito Americano, pois a cláusula representa um rompimento no dogmatismo brasileiro.³⁹²

3.2. O Devido Processo Legal no sentido procedimental

O *procedural due process of law*, ou devido processo legal processual, procedimental ou adjetivo, em síntese, tem o significado de um encadeamento lógico segundo ditames estabelecidos. O concretizador do princípio deverá sempre observar o *iter* quando for necessário atingir a *vida, a liberdade e a propriedade* da pessoa.³⁹³

Uma abordagem sobre o *procedural due process of law* passa por um viés de abrangência. É que, além de ser observado o *iter procedimental*, deverá, também, atingir escopos maiores, quais sejam, os valores supremos da *igualdade* e da *Justiça*.

Na lição de Carlos Roberto de Siqueira Castro a cláusula é proeminente, pois eleva garantias explícitas e implícitas. Noutras palavras, há que se ter em conta um *iter*

³⁹² LIMA, **Devido Processo Legal**, p.180.

³⁹³ *Ibidem*, p.190.

procedimental com aparência e conteúdo previstos na legislação pertinente, a fim de atingir os objetivos colimados.³⁹⁴

São garantias expressas do estatuto constitucional norte-americano: a) proibição de *bill of attainder*³⁹⁵ e de leis retroativas (*ex post facto law*); b) direito a julgamento por júri (*jury trial*); c) proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*); d) vedação de auto-incriminação forçada (*self incrimination*); e) direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), por júri imparcial e com competência; f) direito a ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além de defesa e contraditório; g) assistência de advogado. Ao lado de tais garantias existem aquelas implícitas, que podem ser assim enunciadas: a) direito a ter seu dia na Corte (*his day in the Court*) e a ser ouvido o quanto antes em audiência judicial (*prompt hearing*); b) direito de contraditar argumentos e pronunciar-se sobre as provas; c) direito de qualquer suspeito ser notificado pela autoridade policial da prerrogativa de permanecer calado e ser assistido por advogado.³⁹⁶

³⁹⁴ **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.34.

³⁹⁵ A expressão significa, no direito anglo-americano, ato que venha considerar alguém culpado sem lhe propiciar a ampla defesa, ou processo e julgamento regular (SIQUEIRA CASTRO, *idem*, p.34).

³⁹⁶ *Ibidem*, p.34-37.

Em síntese, sobreleva o autor que é direito da pessoa um processo penal que seja *justo* e que:

*"(...) assegure o contraditório e a ampla defesa dos acusados, além da igualdade das partes e a imparcialidade dos julgadores, requisitos esses cuja falta importa em verdadeira denegação de justiça, circunstância essa que já era repelida desde a primitiva Magna Carta."*³⁹⁷

Nesse passo far-se-á inicialmente uma abordagem acerca do aspecto extrínseco, ou puramente instrumental e, depois, intrínseco. Ambos são condutores necessários da denominada *Justiça processual*.

A doutrina e a jurisprudência sempre reconheceu, mesmo antes da positivação do *devido processo legal* pela Constituição de 1988, a existência do instituto em sua vertente procedimental (puramente instrumental).³⁹⁸

Saliente-se que não se esgotarão todas as nuances que presidem os procedimentos, visto que a jurisprudência e a doutrina são casuísticas. O intento será demonstrar, através de generalizações, a aplicação do *devido processo legal* e, se forem relegadas as fórmulas no duplo

³⁹⁷ SIQUEIRA CASTRO, **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p.37.

³⁹⁸ Cf. MARQUES, **A garantia do due process of law no direito tributário**; GRINOVER, **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**; Recurso de Habeas Corpus n. 58.797 SP, Relator: Ministro Cunha Peixoto, Acórdão de 31 mar. 1981, *Ementário do STF*, v. 1211, p.218.

aspecto (extrínseco e intrínseco), haverá ofensa à garantia constitucional.

No caráter instrumental, de mero instrumento, de meio para se atingir uma meta – *decisão de alguma questão* –, cuidará o concretizador do princípio de, apenas e tão somente, observar o *iter procedimental*.³⁹⁹ Se houver supressão ou descuido com as fórmulas, estará o procedimento fadado à nulificação.

A Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a desapropriação para reforma agrária, por exemplo, disciplina que o órgão interessado está autorizado a ingressar no imóvel; todavia, deverá notificar o proprietário antecipadamente. É como consta do art. 2º, podendo ser *in faciem* ou através de editais.⁴⁰⁰

Veja-se que é um *iter procedimental* a ser seguido e, havendo infração, certamente ferirá o *devido processo legal*. É a situação que enfrentou o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 22.613, no qual declarou

³⁹⁹ É neste sentido que WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINE vislumbram a cláusula, afirmando: "(...) toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei." (**Curso avançado de Processo Civil**, p.64.)

⁴⁰⁰ Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

nulo o ato desapropriatório porque não houve a notificação prévia.⁴⁰¹

Outro fato que também pode ser lembrado, acerca de falta de formalidade legal, é a intimação do Defensor Público nos processos judiciais. Ela só pode ser pela forma pessoal, conforme o comando do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal. Em sendo desatendida, haverá ofensa à cláusula.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando *Habeas Corpus* referente a processo criminal dos Juizados Especiais da 1ª Turma Recursal do Mato Grosso do Sul, analisou a espécie e, verificando que a intimação do Defensor Público não se operou na forma legal - *pessoalmente* -, inquinou o julgamento de nulidade absoluta, determinando que outro se operasse.⁴⁰²

O Código de Processo Penal é um dos maiores repositórios de procedimentos do ordenamento jurídico brasileiro. Os procedimentos estão regulados desde o inquérito policial até a sentença, isto sem contar a parte recursal, nulidades, etc.

⁴⁰¹ Mandado de Segurança n. 22.613-TP. Relator: Ministro Maurício Correa. Publicado no Diário Oficial da União, de 7 mai. 1999. p.5.

⁴⁰² Recurso de Habeas Corpus n. 77.647 MS. Relator: Ministro Sidney Sanches. Publicado no *Diário Oficial da União*, de 16 abr. 1999. p.4.

O *devido processo legal* é uma garantia constitucional e, por ela, não se elevou qualquer restrição, portanto, é aplicável ao inquérito policial. A bem da verdade não existe, naquela fase, o contraditório e a ampla defesa. Todavia, a Constituição procurou ao máximo cercá-lo de medidas para que a constrição da liberdade seja com um mínimo de segurança.

O desatendimento de quaisquer requisitos tira-lhe a força de cercear a liberdade da pessoa. Não bastasse, há sobre ele um controle judicial efetivo, pois a autoridade policial, dentre algumas exigências, é obrigada a: a) emitir nota de culpa quando da prisão em flagrante⁴⁰³; b) comunicar o juízo sobre a prisão da pessoa⁴⁰⁴; c) designar curador ao indiciado menor de 21 anos de idade⁴⁰⁵; d) nomear defensor para o indiciado que não dispõe de condições de contratar advogado⁴⁰⁶.

O processo administrativo também está regido pelo *devido processo legal*. Há muito insistiu José Frederico

⁴⁰³ Dispõe o art. 306, do Código de Processo Penal que a Autoridade Policial deverá, no prazo de 24 horas da prisão, emitir a nota de culpa.

⁴⁰⁴ O art. 5º, inciso LXII, da Constituição de 1988 dispõe que a prisão da pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente e, também, à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

⁴⁰⁵ Dispõe o art. 15, do Código de Processo Penal, que a autoridade policial deverá nomear curador ao indiciado menor de 21 anos.

⁴⁰⁶ O inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição de 1988 dispõe, textualmente, que será *assegurada* a assistência da família e de advogado ao preso. Disso ressaí que, sendo uma garantia constitucional, *deve* a autoridade policial propiciar a assistência advocatícia ao preso em flagrante. Demais disso, é um ato construtivo da liberdade, logo, está resguardada pelo *devido processo legal*.

Marques e, agora, é medida expressa da Constituição Federal de 1988, como consta do art. 5º, inciso LV, assegurando-se aos litigantes em processo administrativo a *ampla defesa* e o *contraditório*.⁴⁰⁷

Como se verifica, nessa vertente o *devido processo legal procedimental* assume um sentido quase que literal. A preocupação está afeta apenas e tão somente com a *formalidade* dos atos processuais.⁴⁰⁸

A forma literal da cláusula não satisfaz, mostra-se insuficiente. A justificativa é que, no Estado Democrático de Direito não se pode conformar com decisões com *aparência* de *Justiça*, mas sim que substancialmente a virtude seja alcançada.⁴⁰⁹

A Constituição de 1988 e as normas infraconstitucionais, mormente os Códigos de Processo, dispõem de uma enormidade de princípios processuais. Há que

⁴⁰⁷ **A garantia do due process of law no direito tributário.**

⁴⁰⁸ Esclareça-se, entretanto, que no Direito brasileiro a declaração de nulidade está atrelada ao princípio do *pas de nullité sans grief*, albergada em nossas próprias leis (CPC, art. 250, parágrafo único; CPP, art. 563; CPPM, art. 499). Trata-se de uma máxima de origem francesa, significando que a nulidade só será declarada se se demonstrar que houve prejuízo.

⁴⁰⁹ É interessante o pronunciamento do THEODORO JÚNIOR, rompendo com o dogmatismo processual, ao afirmar que *“a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que ‘numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade’.*” (**Prova. Princípio da verdade real. Poderes do juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)**, p.23)

se ter em conta uma iteração principiológica para, no âmago, realizar o objetivo maior do *processo*, que é a pacificação social com *Justiça*.⁴¹⁰

Isso remete para o *due process of law* intrínseco.

Maria Rosynete Oliveira Lima lembra que, nos Estados Unidos, o *procedural due process* deve conter três requisitos mínimos: *notice, hearing and legally competent tribunal*. Literalmente, que haja uma notificação da pessoa interessada e, em seguida, lhe seja propiciada uma audiência e decisão por um juiz ou órgão competente.⁴¹¹

O marco teórico da fórmula pode ser sinalizado tendo como base Antônio Carlos A. Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, quando afirmam que:

"(...) a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há que realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do

⁴¹⁰ Cf. DINAMARCO refere à *pacificação social com justiça*. (**A Instrumentalidade do Processo**, p.159-167).

⁴¹¹ **Devido Processo Legal**, p.265.

juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional."⁴¹²

Nelson Nery Júnior expõe um longo rol das garantias comumente consagradas na doutrina brasileira, assim enunciadas:

"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 alegada infração às leis ex post facto; f) direito à 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."⁴¹³

A presença marcante da cláusula está nos limites da *ampla defesa* e do *contraditório*. Na verdade, tais princípios possuem o condão de se concretizarem; todavia, são chamados para, como subprincípios, realizarem o *due process of law*.⁴¹⁴

⁴¹² Cf. GRINOVER, DINAMARCO e ARAÚJO CINTRA, **Teoria Geral do Processo**, p.84.

⁴¹³ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p.39.

⁴¹⁴ *"Ausência do defensor constituído no julgamento do processo. Competência originária dos Tribunais. Analogia com o art. 449, do CPP ditada pelas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. HC deferido para que outro julgamento se realize."* Recurso de Habeas Corpus n. 76.869, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Acórdão de 28 abr. 1998, *Ementário do STF*, v.1913, p.298.

Nesse enfoque, deve-se ter em mente que à parte cabe um atuar ativo frente à decisão que será tomada e, nisto se resume o princípio da *ampla defesa*. No Processo Penal é mais saliente a situação, pois quando a defesa não atua a contento é tida como *deficiente* e, como tal, acaba por ferir o *devido processo legal*.⁴¹⁵

Na esteira das lições e entendimentos judiciais arrolados, é possível sintetizar que o conteúdo da cláusula, em seu sentido procedimental, possui os seguintes elementos: a) igualdade das partes; b) decisão fundamentada; e, c) juiz natural e imparcial.⁴¹⁶

Com a isonomia assegura-se a paridade das partes no embate, propiciando-lhes direitos e deveres processuais, permitindo a realização das provas e, também, oportunidade de contrariá-las. Enfim, deve-se observar o *contraditório* e a *ampla defesa*.

Decisão fundamentada é aquela que se reporta aos argumentos das partes, aos pontos controvertidos da

⁴¹⁵ “Defesa. Deficiência. Prejuízo. Nulidade. No Processo Penal, quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da súmula 523. HC concedido.” Recurso de Habeas Corpus n. 57510, Relator: Ministro Rafael Mayer, Acórdão de 18 dez. 1979, *Ementário do STF*, v.1162, p.158.

⁴¹⁶ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.266.

demanda, às provas produzidas, enfim, a todas as questões submetidas a julgamento.

Os princípios do *juiz natural e imparcial* estão insculpidos no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, bem como no art. 93, IX, da Constituição de 1988. Juiz natural é aquele instituído em lei anteriormente ao litígio, pois se fosse criado posteriormente seria *juízo de exceção*. Juiz imparcial e isento é o despido de quaisquer interesses na demanda.

Afirme-se que o ato administrativo, em homenagem ao *devido processo legal*, seja ele discricionário ou vinculado, deve ser motivado. Isto porque a *motivação* (fundamentação) vai exteriorizar a moral administrativa e, assim, propiciar o exame de seu mérito, se for o caso.⁴¹⁷

Acerca da *Justiça* nas decisões judiciais, Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

*“(...) em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrarias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.”*⁴¹⁸

Esse critério de *Justiça* a que refere Cândido Rangel Dinamarco, na linha de raciocínio deste trabalho,

⁴¹⁷ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.267.

⁴¹⁸ **A Instrumentalidade do Processo**, p.293.

consubstancia-se no princípio do *devido processo legal*. Isto não só na vertente do *procedural due process of law*, mas conjugado com o *substantive due process of law* que será o objeto de estudo do próximo item.

3.3. O Devido Processo Legal no sentido substancial

As primeiras manifestações do *devido processo legal* foram no sentido *procedimental*, como exposto no item anterior e, logo após foi *construído* no sentido *substancial* (ou substantivo). Inicialmente cuidava-se de inculpir um *iter procedimental* no caso de restrição dos direitos e, no segundo, de verificar a *razoabilidade* do ato.⁴¹⁹

A Suprema Corte dos Estados Unidos tem afirmado que a restrição dos bens *vida, liberdade e propriedade*, para se constituir em *law of the land*, não pode ser arbitrária e deve obedecer aos ditames da *Justiça*.⁴²⁰

A sedimentação da cláusula no Direito Americano se deve ao fato de a Constituição não estabelecer procedimentos, pois é competência do Poder Legislativo. Este,

⁴¹⁹ Cf. BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p.210.

⁴²⁰ Cf. SIQUEIRA CASTRO, *O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p.56-57.

atuando em sua função primordial – expedindo atos legislativos –, nem sempre observa os limites materiais (direitos fundamentais) de atuação, logo, aqueles que ferem a *razoabilidade* não são válidos.⁴²¹

Quanto ao Brasil, noticia Luís Roberto Barroso que:

*“(...) o apego excessivo a certos dogmas da separação de poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à conveniência e oportunidade.”*⁴²²

Maria Rosynete Oliveira Lima entende que o Brasil teve uma aproximação muito grande dos Estados Unidos da América em termos de legislação. Todavia, aos poucos foi se afastando e aliando-se à corrente romano-germânica.⁴²³

A afirmativa de ambos autores deve ser levada em conta. Não obstante, já se assentou anteriormente que outro fator preponderante também contribuiu, qual seja, os poucos momentos de Estado de Direito do Brasil. Daí a timidez no desenvolvimento da cláusula em seu aspecto substantivo.

⁴²¹ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.200.

⁴²² **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p.224.

⁴²³ *Ibidem*, p.273.

Outra questão que deve ser abordada, antes de adentrar especificamente na temática, é a que diz respeito propriamente ao vocábulo *razoabilidade*. A jurisprudência e a doutrina utilizam o vocábulo como sinônimo de *proporcionalidade*, e vice-versa.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, avaliando a insignificância de um ato apontado como delituoso, afirmou falta de *justa causa* para a ação penal, pois soava *desproporcional e desarrazoada a persecutio criminis*.⁴²⁴ Noutro caso também utilizou as duas categorias com o mesmo sentido, ao censurar ato que compelia determinada pessoa a fornecer material para exame de DNA.⁴²⁵

Gilmar Ferreira Mendes e Suzana de Toledo Barros utilizam as categorias como sinônimas.⁴²⁶ Raquel Denise Stumm prefere *proporcionalidade*⁴²⁷.

⁴²⁴ “Insignificância do ato apontado como delituoso. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando a atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência de concurso público. Votação unânime. Pedido deferido.” Habeas Corpus n. 77.003 PE, Relator: Ministro Marco Aurélio, Acórdão de 16 jun. 1998, *Ementário do STF*, v.1922, p.380.

⁴²⁵ “DNA. Submissão compulsória ao fornecimento de sangue para pesquisa. Hipótese que, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal.” Habeas Corpus n. 76.060 SC, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Acórdão de 31 mar. 1998, *Ementário do STF*, v.1910, p.130.

⁴²⁶ **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**, p.42; **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de**

Sem levar em conta as diversas nuances que um ou outro vocábulo apresenta, convém apontar que, no vernáculo, *proporcionalidade* refere-se à matemática, pertinente a uma variável, etc. Razoabilidade diz respeito à razão, ao racionável, moderado, comedido, justo, legítimo, ponderado, etc.⁴²⁸ Neste trabalho ambas serão utilizadas como sinônimas.

Não se pode intentar uma definição jurídica, pois é a própria essência do *substantive due process of law*, comumente utilizado para expandir os bens *vida, liberdade e propriedade*. Ao longo do tempo tem se mostrado mutável ao sabor da evolução social⁴²⁹, mas, tendo em conta justamente esta peculiaridade, pode-se concebê-lo como um *mandamento de otimização do respeito máximo* a todos os direitos fundamentais.⁴³⁰

Luís Roberto Barroso tem o mesmo entendimento:

“(...) a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos

Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais, p.126.

⁴²⁷ **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.95.

⁴²⁸ Cf. HOLANDA FERREIRA, **Dicionário Aurélio Eletrônico** (CD ROM).

⁴²⁹ Cf. SILVEIRA, **Devido Processo Legal**, p.80.

⁴³⁰ Cf. GUERRA FILHO, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, p.67.

*não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no Texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.*⁴³¹

Mas, não se pode aprisionar o princípio nos estritos limites dos atos legislativos ou governamentais, visto que os direitos fundamentais podem ser afrontados por qualquer um. É a sustentação que o mesmo autor faz ao aduzir que:

*(...) o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo interprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento.*⁴³²

As palavras *razoabilidade* e *proporcionalidade* deixam perplexos os positivistas, pois não oferecem um parâmetro para o que chamam de *segurança jurídica* (ou *pseudo-segurança*). Mas é de se lembrar que a evolução dos tempos tem exigido uma tomada de postura; não se trata de uma volta ao *jusnaturalismo*, mais sim um progresso do *positivismo* para o *neopositivismo*.⁴³³

⁴³¹ **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p.211.

⁴³² *Ibidem*, p.228.

⁴³³ Não é pretensão dissecar nas categorias *jusnaturalismo*, *positivismo* ou *neopositivismo*. Todavia, como foram mencionadas, cumpre dar, ao menos em síntese, uma idéia do que sejam: a) *jusnaturalismo* – procura fundamentação dos direitos humanos fundamentais numa ordem superior, universal, imutável e inderrogável; b) *positivismo* – entende que a origem dos direitos humanos fundamentais ressaí da própria ordem normativa, enquanto manifestação da soberania popular; e, c) *neopositivismo* – encontra fundamento para os direitos humanos na própria experiência e consciência moral de um

É um avanço das *regras* (somente) para os *princípios* (inclusive), pois não raro aquelas se mostram insuficientes para a resolução de determinado caso. O fundamento é antigo e data de Aristóteles:

*"(...) Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por essa regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão."*⁴³⁴

Os juizes, diante de uma situação onde a regra incidente pode proporcionar *injustiça* ou desarrazoada resposta, devem recorrer a uma espécie de ponderação ou análise entre meio e fim para estabelecer o *Direito* no caso concreto.

É essa a missão do *substantive due process of law* no Direito dos Estados Unidos da América e, também, no Brasil, pois é um Estado de Direito e contemplou o *devido processo legal* na sua Lei Fundamental.

Willis Santiago Guerra Filho leciona que o princípio da *proporcionalidade* possui três subprincípios parciais: 1) da proporcionalidade em sentido estrito ou *máxima*

determinado povo. (MORAES, **Direitos Humanos Fundamentais**, p.34).

⁴³⁴ **Ética a Nicômacos**, p.109.

*de sopesamento; 2) da adequação; e, 3) da exigibilidade ou máxima do meio mais suave.*⁴³⁵

Pela *proporcionalidade em sentido estrito* impõe-se que haja uma correspondência entre o fim objetivado por uma determinada norma e os meios empregados. Quanto aos princípios da adequação ou exigibilidade, determina-se que, dentro da realidade fática, o meio deve se prestar a atingir o fim visado e, além de tudo, mostrar-se exigível.⁴³⁶

Luís Roberto Barroso distingue *razoabilidade* interna e externa e, com dois exemplos elucidada a teoria. Sobre a *razoabilidade* interna (existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins), afirma:

*“(...) Se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. Ao revés, se, diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isso porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexiste qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.”*⁴³⁷

⁴³⁵ **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, p.67.

⁴³⁶ *Ibidem*, p.68.

⁴³⁷ **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p.217.

Sobre a razoabilidade externa, exemplifica que:

“(...) diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma desse teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre os brasileiros etc.”⁴³⁸

O Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra Lei do Estado do Amazonas, que concedia gratificação de férias de 1/3 para servidores inativos, trouxe à concreção o *substantive due process of law*, na modalidade *razoabilidade*, tendo o Ministro Celso de Melo, em seu voto, afirmado:

“(...) Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

⁴³⁸ **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p.228-229.

*Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável. (...)*⁴³⁹

A proteção jurídica outorgada pela decisão visou o patrimônio público, pois era injustificável pagar adicional de férias para *aposentados*. Tão irrazoável, como afirmou o Ministro Celso de Melo, que dá até para imaginar que, fosse possível o pleito, viabilizaria pagamentos mensais do acréscimo, já que as férias do *aposentado* são permanentes.

Esclareça-se, porém, que não foi mencionada a *moralidade* como princípio norteador da atividade estatal. Este princípio seria suficiente para o deslindamento jurídico da questão. Poderia, também, como subprincípio, ser chamado para concretizar o *devido processo legal*.

A argumentação desenvolvida não foi coerente com o escopo teleológico do *substantive due process of law*, vez que destinado a proteger os *direitos fundamentais*.

Na ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional – PRONA, na qual questionava a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, da Lei n. 8.713/93, que vinculava

⁴³⁹ “Lei Estadual que concede gratificação de férias a servidores inativos. Vantagem pecuniária irrazoável e destituída de causa. Liminar deferida.” ADIMC 1.158 AM, Relator: Ministro Celso de Melo, Acórdão de 19 dez. 1994, *Ementário do STF*, v.1788. p.51.

a indicação de candidatos a Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do Partido Político no pleito anterior à edição do regramento, entendeu a Corte que era arbitrária e *desarrazoada* a norma, findando por declarar os dispositivos inconstitucionais.

O Ministro Moreira Alves manifestou que:

“(...) os dispositivos em causa partem de fatos passados, e portanto já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles, constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos ad hoc, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado.”

Mais adiante, referindo-se às minorias, sentenciou:

“(...) O dispositivo não tem o condão de abrir ao legislador ordinário a possibilidade de limitar a participação, nos certames eleitorais, dos pequenos partidos, afastando, assim, a representação das minorias. (...)”⁴⁴⁰

⁴⁴⁰ “Partidos Políticos. Indicação de Candidatos. Pressupostos. Inconstitucionalidade dos preceitos dos parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, da Lei n. 8.713/93, no que vinculam a indicação de candidatos à eleição majoritária a certo desempenho em eleições passadas. Votação por maioria. Deferido em parte.” Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 958 RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Ementários do STF*, v. 1797, p.77.

A “*farra do boi*”, costume antigo do Estado de Santa Catarina, também foi tida pelo Supremo Tribunal Federal como uma prática *desarrazoada*, pois infligia crueldade contra animais, contrariando o escopo do art. 225, inciso VII, da Constituição Federal.⁴⁴¹

Diante dessas considerações, é plausível afirmar, acompanhando Maria Rosynete Oliveira Lima que, não é consentâneo, nos dias de hoje um ambiente estritamente positivista.⁴⁴² Por isso que a *Teoria Pura* de Hans Kelsen deve ser reexaminada, como afirma Chaïm Perelman, ao aduzir que:

*“(...) em toda matéria, o inaceitável, o desarrazoado constitui um limite para qualquer formalismo em matéria de direito. É por essa razão que a teoria pura do direito de H. Kelsen não dá explicação suficiente do funcionamento efetivo do direito, na medida em que se empenha em separar o direito do meio em que ele funciona e das reações sociais desse meio. Com efeito, a idéia do desarrazoado, vaga mais indispensável, não pode ser precisada independentemente do meio e do que este considera inaceitável.”*⁴⁴³

E arremata:

⁴⁴¹ “*Costume. Manifestação cultural. Estímulo. Razoabilidade. Animais. Crueldade. A obrigação do Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valoração e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225, da Constituição Federal, no que veda a prática que acabe por submeter animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado farra do boi.*” Recurso Extraordinário n. 153.351 SC, Relator: Ministro Francisco Rezek, Acórdão de 3 jun. 1997, *Ementários do STF*, v.1902, p.388.

⁴⁴² **Devido Processo Legal**, p.283.

⁴⁴³ **Ética e Direito**, p.437.

*“Todo direito, todo poder legalmente protegido é concedido com vistas a certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto ao modo como o exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é direito.”*⁴⁴⁴

O *razoável* ou *proporcional* não é algo arbitrário, e sim o *desarrazoado* ou o *desproporcionado*, de forma que não pode haver resistência do intérprete em apreciar seus conteúdos. A situação concreta é que indicará a solução plausível, dentro dos valores atuais da comunidade.

As matrizes teóricas *igualdade*, *proporcionalidade*, *razoabilidade* atuam como sintetizadoras de um valor maior – a *Justiça*. Há inclusive a concepção de que são sinônimas.⁴⁴⁵ É a lição de Willis Santiago Guerra Filho:

*“Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica – ou, antes ‘pitagórica’, como prefere Del Vecchio – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescente àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações. (...)”*⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ **Ética e Direito**, p.437-438.

⁴⁴⁵ Cf. LINARES, **Razonabilidade de las leyes**, p.111.

⁴⁴⁶ **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, p.63.

Concluindo, pode-se afirmar, com segurança, que o *substantive due process of law* é princípio aberto e, sua concretização pode-se dar em toda e qualquer questão submetida ao intérprete⁴⁴⁷ e, como tal, representa ruptura com a corrente jurídica romano-germânica, sugerindo novo paradigma na realização dos direitos fundamentais.⁴⁴⁸

4. Funções do Devido Processo Legal

4.1. Controle do poder

O princípio do *devido processo legal* foi idealizado, nos primórdios – art. 39 da *Magna Charta Libertatum*, com o escopo principal de contenção do poder arbitrário e, embora a história tenha demonstrado sua ampliação em muitos aspectos, não abandonou o matiz originário.

A ação do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) é sentida mais de perto pelos servidores públicos – hipótese do processo administrativo disciplinar – e pelos administrados em geral – exercício do Poder de Polícia.

⁴⁴⁷ Cf. PERELMAN, *Ética e Direito*, p.437-435; BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p.228.

⁴⁴⁸ Cf. LIMA, *Devido Processo Legal*, p.273.

A incursão da Administração Pública, seja no poder disciplinar ou poder de polícia, deve ser presidida pelos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*, como insculpido no art. 37 da Constituição de 1988 e, sobretudo, guardar correlação com o *devido processo legal* em sentido amplo (*procedural e substantive due process of law*).⁴⁴⁹

A discricionariedade e a auto-executoriedade⁴⁵⁰, como atributos dos atos administrativos, não perderam o conteúdo, mas tão só ganharam estrutura legitimadora através do *devido processo legal*. A falta de legitimidade do ato leva à sua invalidação judicial, se for o caso.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ LIMA, **Devido Processo Legal**, p.217.

⁴⁵⁰ MEIRELLES sintetiza a discricionariedade e a auto-executoriedade como atributos do ato administrativo. A discricionariedade “*se traduz na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções legais e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público.*”. A auto-executoriedade é “*faculdade de a Administração decidir e executar diretamente a sua decisão, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia.*” (**Direito Municipal Brasileiro**, p.338-339).

⁴⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, acerca do *devido processo legal*, leciona apenas sobre a exigência de um procedimento formal para que a Administração possa tomar decisões gravosas a um dado sujeito. Não obstante, trouxe dois subtítulos: *razoabilidade e proporcionalidade*. Afirma que pela *razoabilidade* a Administração “*terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidem a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada.*”. Acerca da *proporcionalidade* afirma que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para

Erige-se a cláusula, portanto, em eficaz e abrangente instrumento jurídico de contenção do poder arbitrário e *desarrazoado*.

4.2. O Devido Processo Legal como instrumento legitimador da construção na interpretação

A Constituição Federal de 1988, como já afirmado em várias ocasiões, é um plexo principiológico *aberto*, visto que formada de normas princípios e regras, além de, como norte ideológico, ter estatuído *valores supremos (igualdade e Justiça)* em seu preâmbulo.

O ato de interpretar, nesta seara, assume singular importância, pois sendo os princípios dotados de alto grau de generalização e indeterminação, como salienta Inocêncio Mártires Coelho, a escusa em materializá-los é o mesmo que renunciar à pretensão de *vivificar* a Constituição.⁴⁵²

Mauro Capelletti lembra da correlação existente entre a multiplicidade de leis e a necessidade de se intensificar

cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas." (**Curso de Direito Administrativo**, p.66-67 e 71).

⁴⁵² **Interpretação Constitucional**, p.69.

a interpretação. Neste ato, mesmo que as leis sejam simples e de linguagem direta, nunca dispensarão o ato de interpretar.⁴⁵³

A produção legislativa, no estado contemporâneo, possui o escopo de regular toda e qualquer situação. Para tanto, *reconhece* o Direito existente no Estado e, às vezes, fere esferas individuais intangíveis – *direitos humanos fundamentais*.

Nessa ânsia regulatória, sempre existirão ambigüidades, contradições, incertezas, arbitrariedade e, é neste campo que o intérprete atuará e, atuando, acabará por também *construir* (ou *criar*) o Direito. Em passagem única Mauro Capelletti faz tal afirmativa dizendo que:

(...) O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só do Direito, mas também na concernente a todos outros produtos da civilização humana, como na literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.

(...) Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou

⁴⁵³ **Juizes Legisladores?**, p.20-21.

poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa."⁴⁵⁴

A criação judicial mais intensa conhecida no mundo ocidental pertence à Corte Suprema dos Estados Unidos da América que, como salienta Lêda Boechat Rodrigues, sua jurisprudência historia a vida do país:

"Na verdade, estudar a jurisprudência daquele grande tribunal quase significa fazer um curso de história americana, pois todos os problemas nacionais importantes sempre lhe foram submetidos sob a forma de um caso ou controvérsia jurídica. Seus julgados evidenciam, para os que os percorrerem com a mente aberta à modernidade dos temas de cada época, as lutas e atritos entre os membros da Federação e o governo central; as forças aglutinantes criadoras da nação; todos os aspectos mais expressivos da produção, crédito, distribuição e consumo; a formação das grandes sociedades por ações; o uso e abuso do poder econômico; a crescente cobertura do país por uma extraordinária rede de transportes; os embates pela melhoria das condições de trabalho e de salário; as crises econômicas e as conseqüências das guerras; os problemas da criminalidade e dos desajustamentos sociais; os movimentos de opinião e correntes religiosas; em suma, todos os temas de um mundo composto de gentes de todos os lados, de todas as classes e estamentos, que animadas de uma espécie de misticismo terreno e nutridas, em sua maioria, do credo calvinista e da religião do trabalho e da eficiência, se lançaram na grande aventura do país novo e de horizontes ilimitados."⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ **Juízes Legisladores?**, p.20-22.

⁴⁵⁵ **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**, p.14.

Verdade que a histórica jurídica daquele país é bem diferente da do Brasil, mas o *construtivismo* judiciário da Suprema Corte tem feito a longevidade da Constituição, fato que não se deu nestas plagas.

O *devido processo legal* tem o condão de chamar à sua concretização inúmeros subprincípios e, da mesma sorte, fazer surgir valores⁴⁵⁶ extra-legais necessariamente mutáveis, como o é a própria sociedade onde o Direito nasce e, conseqüentemente, aplicado.⁴⁵⁷

A aplicação da cláusula não importa em discricionariedade exagerada do intérprete. Ao contrário, ela constitui marco para atividade do hermeneuta, já que os valores que utilizará são aqueles comumente aceitos pela comunidade

⁴⁵⁶ É condicionante do *dever ser* o *valor*. HESSEN leciona neste sentido, afirmando que: “A filosofia dos valores de base fenomenológica é a corrente moderna que mais tem se esforçado por obter uma aclaração da relação entre valor e *dever ser*. Esta corrente repudiou com energia a idéia de um *dever ser* abstrato, como que pairando no ar, representada, como se sabe, pela filosofia neokantiana. Todo *dever ser* se funda num valor – ensina essa corrente moderna – e não inversamente. Não é o *dever ser* que nos dá o fundamento do valor; é o valor que nos dá o fundamento do *dever ser*. Segundo Max Scheler, o primeiro princípio pois que deve ser formulado acerca destas relações entre valor e *dever ser* é este: ‘todo o *dever ser* se funda num valor’.” (**Filosofia dos Valores**, p.84).

⁴⁵⁷ Tanto é verdadeira a afirmativa que LINARES aduz que a Suprema Corte americana ao conceituar o que é razoável conforme o equilíbrio conveniente, para fins de aplicação do *devido processo legal*, tem em mente que é a conformidade do ato com uma série de princípios filosóficos, políticos, sociais, religiosos, os quais se considera ligado à existência da sociedade e a civilização dos Estados Unidos da América”. (**Razonabilidad de las leyes**, p.28-29.)

jurídica e pela civilização. Afirme-se, em síntese, que interpretar princípios é indissociável do recurso a valores.⁴⁵⁸

É justamente a generalidade e indeterminabilidade do conteúdo do *devido processo legal* que o erige em uma *pauta aberta à concretização* e, só o intérprete⁴⁵⁹ provocará, no ato de concretizá-lo, os lineamentos de seu conteúdo⁴⁶⁰, deixando transparecer o Estado de Direito e a *Justiça*.⁴⁶¹

Mais ainda, é a transformação através da hermenêutica do Estado Clássico em Estado Democrático de Direito, pois o que vale não é mais a *vontade do legislador*, mas o *Direito e a Justiça*. É o que assenta Paulo Bonavides:

⁴⁵⁸ Cf. LIMA, **Devido Processo Legal**, p.183.

⁴⁵⁹ Lembre-se aqui a tese de HÄBERLE, cujo cerne é abrir o leque de intérpretes da Constituição e, assim, conseguir plasmá-la democraticamente. (**Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**).

⁴⁶⁰ Saliente-se que, muito embora possa haver grande influência subjetiva no estipular os valores, isto não representaria perigo de arbítrio. Os valores aqui mencionados são aqueles com validade geral, cujo juízo seria guiado pelo *ethos* jurídico dominante. (LIMA, *idem*, p.184).

⁴⁶¹ Não representa exagero esta assertiva, pois possui embasamento na lição de LINARES, que menciona, como aspectos principais do *devido processo legal* o seguinte: a) seu parentesco com a *common law* enquanto ambos são expressões de uma concepção saxônica de direito: o *devido processo legal* vem da *common law* e se inspira em grande parte em suas valorações; b) constitui um verdadeiro ideal de *Justiça*: é parte de um direito natural constitucional; c) é um arbítrio técnico para manter uma democracia liberal temporária. Reafirma, por fim, que o *devido processo legal* exige que exista uma certa razoabilidade na relação entre lei e segurança, moralidade e bem estar, etc., e é o que se tem chamado de *equilíbrio conveniente* (*balance of convenience rule*), ou racionalidade das relações substanciais. (**Razonabilidad de las leyes**, p.28-29).

*“Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de Justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição. (...)”*⁴⁶²

Sendo o princípio do *devido processo legal* “aberto” e, ainda não alcançado por um conceito “fechado”, vez que sua origem não permite tal, pode-se afirmar que entronizou no Direito Brasileiro com o mesmo potencial norte americano, apto a legitimar a atuação criativa dos Juizes brasileiros na defesa da *vida, da liberdade e da propriedade*⁴⁶³ (síntese dos direitos humanos fundamentais).

4.3. Controle da Constitucionalidade

A idéia de controle da constitucionalidade surge quando, confrontado determinado ato (administrativo ou legislativo), verifica-se sua desconformidade com a

⁴⁶² **Curso de Direito Constitucional**, p.435.

⁴⁶³ Advirta-se que o *direito propriedade*, em tema de direitos fundamentais, está indissociavelmente ligado à sua *função social*, como disposto na Constituição Federal de 1988.

Constituição. Trata-se de uma relação conflituosa, antagônica ou de colisão que precisa ser demonstrada.⁴⁶⁴

No Brasil, conforme noticia Maria Rosynete Oliveira Lima há um apego por parte de alguns ao formalismo, ou seja, se a inconstitucionalidade não for literal – *confronto a olhos vistos*, não é concebida.⁴⁶⁵

Entretanto, há determinadas inconstitucionalidades que são implícitas, como aquelas que ferem determinado princípio não expresso – como a *proporcionalidade ou razoabilidade*. A Constituição, não custa lembrar, é um plexo de normas princípios e regras.

O Supremo Tribunal Federal, muito embora analisando plexo principiológico que envolve o Estado Democrático de Direito, tais como a *individualização da pena*, a *dignidade da pessoa humana* e a *isonomia*, contrariou a *razoabilidade* ou *proporcionalidade* ao declarar a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que impõe o cumprimento da pena no regime integralmente fechado aos autores de crimes hediondos.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Cf. VELOSO, **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, p.93.

⁴⁶⁵ **Devido Processo Legal**, p.231.

⁴⁶⁶ “Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena. O juiz tem como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere a

A Lei dos Crimes Hediondos elencou vários ilícitos como sendo hediondos e, desta forma, impôs regime mais severo para cumprimento da pena – integralmente fechado. Relegou aspectos pessoais dos autores dos ilícitos que, no Direito brasileiro, sempre foram a tônica para a individualização da pena.

Foi o Ministro Marco Aurélio quem suscitou o incidente de inconstitucionalidade da referida regra e, muito embora tenha seu voto sido vencido, alguns excertos devem ser citados:

“(...) considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso. (...)”

Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso

intensidade da mesma. Indeferido por maioria.” Habeas Corpus n. 69.657 SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, Acórdão de 18 dez. 1992, Ementários do STF, v. 1708. p.410.

mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

(...) tenho que o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do 'mal pelo mal causado' e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. (...)

No interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrado, a mais não poder, ser uma quase utopia. (...)

(...) foi editada sob clima de emoção, como se o no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

(...) fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização. (...)

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático de Direito como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada para o bem comum. (...)"

Analizando a Lei dos Crimes Hediondos e o permissivo constitucional, é de convir do acerto da maioria que

sufragou a tese de *constitucionalidade* de seu dispositivo. Todavia, vislumbrando a *isonomia*, a *dignidade da pessoa humana* e também o aspecto *Justiça*, próprio do Estado Democrático de Direito, é de se concordar com o Ministro Marco Aurélio – “a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, quando impõe regime integralmente fechado, é manifesta”.

Trata-se, como alinhavado antes, de uma inconstitucionalidade de princípios que, infelizmente, não foi detidamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Na visão de Maria Rosynete Oliveira Lima, foi um apego ao formalismo.⁴⁶⁷

Não se levaram em conta os *valores* que deveriam permear a referida lei, como a *humanização da pena* e, também, o *bem comum*. Houve afronta ao princípio da *razoabilidade*, descurando-se o Legislativo da valoração desse ato estatal – *Justiça*.⁴⁶⁸

Com essa observação, pode-se afirmar com segurança que o *substantive due process of law*, através de suas matrizes *proporcionalidade* e *razoabilidade*, constitui-se em instrumento amplo e eficaz para se aferir da constitucionalidade dos atos estatais.

⁴⁶⁷ **Devido Processo Legal**, p.231.

⁴⁶⁸ Cf. LINARES, **Razonabilidad de las leyes**, p.107.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste último momento, é de se registrar que as conclusões foram feitas ao longo da exposição dos capítulos, com o enfrentamento de cada uma das teses abordadas; assim, urge que agora se faça uma sistematização pontual dos três capítulos, a fim de que, do conjunto, se tenha uma síntese da temática e suas conclusões.

1. Estado de Direito é aquele que possui como ponto central de suas preocupações a *proteção e garantia dos direitos fundamentais* e, ainda, a lei como expressão da vontade geral, a divisão de poderes e a atuação dos órgãos do poder consoante a lei, com possibilidade de controle judicial.

2. A concepção de Estado de Direito adotada é originária da Revolução Francesa (1789), aliás, mesma ocasião em que se rompeu com o paradigma *dos deveres*, fazendo surgir a era dos direitos. Ao longo da história os direitos consubstanciaram-se em várias *dimensões* (civis, políticos, econômicos e sociais, solidariedade, etc.). São, portanto (Estado de Direito e Direitos Fundamentais), realidades de um só momento, melhor ainda, *duas lutas de um só tempo*.

3. Nessa perspectiva e tendo em conta o arquétipo substancial, é possível afirmar que o Estado de Direito, indissociável da persecução e garantia dos direitos fundamentais, eleva-se em *meio para realização da pessoa humana*.

4. A história do Estado de Direito foi interposta por várias vicissitudes. Nesta sucessão de combates, sintetizados do *status passivus* ao *status activus*, dimensionados e superpostos, exsurge a lei como novo tónus, cujo desiderato é influir na realidade social para realização dos direitos fundamentais.

5. O Estado de Direito com essa conformação compreende como pressupostos materiais a constitucionalidade, um sistema de direitos fundamentais e a juridicidade. Possui, então, uma ordenação jurídico-normativa fundamental, de cujo bojo avultam-se os princípios da supremacia da Constituição e o primado pelo Direito. Os direitos fundamentais não se limitam ao carácter formal, mas ganharam sistematização pela teoria dos valores e teoria democrática, exigindo do jurista uma postura diferente daquela professada pelo positivismo. A juridicidade visa dar resposta ao problema de conteúdo, extensão e modo de proceder do Estado, propiciando garantia do Direito com *Justiça* e uma fórmula de distanciação, ou seja, preservando o núcleo

intocável dos direitos fundamentais na relação indivíduos – Estado e indivíduos – indivíduos.

6. O ponto de partida e chegada de um conceito de Estado de Direito consolida-se na garantia e proteção dos direitos fundamentais e, só com este desiderato é que seu arquétipo substancial prosperará e, assim, erigirá em *ambiente para realização do ser humano*.

7. A teoria dos valores impôs um rompimento paradigmático na forma de se conceber o jurídico. O Estado de Direito, nesta nova conformação, passa a ter a *Justiça* como *valor supremo* e, assim, constitui-se em *Estado de Justiça*.

8. A *Justiça* é um meta-valor para o Estado de Direito e, só realizando-o, é que poderá ser chamado de *Estado Justo*.

9. Os valores não comportam conceito ou definição. São mais fáceis de serem sentidos do que definidos ou conceituados. Todavia, a *Justiça* pode ser compreendida como sendo *a virtude de dar a outrem o que lhe é devido segundo uma igualdade*. Disto resultam seus atributos, quais sejam: a *alteridade*, o *débito* e a *igualdade*.

A *alteridade* caracteriza a *Justiça* como uma virtude social, compreendendo todas as ações praticadas em relação ao próximo.

O *débito* refere-se à característica legal da prestação devida; traduz-se na exigibilidade e obrigatoriedade de se prestar algo.

A *igualdade* é comumente mencionada como sendo o cerne da *Justiça*. Não se trata de uma igualdade apenas formal, mas sobretudo material, impondo-se a todas as pessoas e ao próprio Estado a obrigação de respeitá-la na consecução dos direitos.

10. A *Justiça* comporta classificações, quais sejam: *justiça comutativa*, *justiça distributiva* e *justiça social*.

A *justiça comutativa* (corretiva ou sinalagmática) tem pertinência nas relações entre os particulares (pessoas físicas ou jurídicas). Procura, nas relações individuais, *restabelecer* a igualdade tendo em conta uma relação aritmética.

A *justiça distributiva* preside as relações entre a comunidade e os seus membros na repartição do *bem comum*, segundo uma igualdade proporcional e relativa. É através dela que se elevam os *direitos fundamentais* e a igualdade das pessoas no seio do Estado de Direito, pois como prestacionista do bem comum (educação, saúde, condições mínimas de vida), tem o condão de elevar e preservar a *dignidade da pessoa humana*.

A *justiça social* é a virtude em que os membros da comunidade dão a ela sua contribuição para formar o bem comum, orientados por uma igualdade proporcional ou relativa. Ela é abrangente e congrega, em sentido amplo, a *justiça comutativa* e *distributiva*, pois toda e qualquer ação justa pode se traduzir numa ou noutra espécie de *Justiça* mas, de forma abrangente, configuram *justiça social*.

11. A *Justiça* como princípio valorativo do Estado possui sua dinâmica realizadora no princípio da *dignidade da pessoa humana*. É o que se deve ter em conta quando a *pessoa* relaciona-se com outras pessoas (*justiça comutativa*), recebe parcela do bem comum (*justiça distributiva*) e colabora com a formação do próprio bem comum, dando sua parcela de contribuição (*justiça social*). Todas estas relações devem ser presididas pelo *valor da pessoa humana*, de sua *dignidade*, enfim.

12. O Estado de Direito e a *Justiça* não se constituem em algo pronto e acabado, pois são construídos de momento em momento pelas pessoas e comunidade. A arquitetura de um e de outro, juridicamente, carece de um instrumento conformador que, *in casu*, é o *princípio do devido processo legal*.

13. O *due process of law* foi instituído na *Magna Charta Libertatum* (1215) – Inglaterra – para balizar os

direitos dos nobres frente ao absolutismo monárquico. Nos Estados Unidos da América foi positivado na Constituição e elevado em sustentáculo dos direitos à vida, liberdade e propriedade.

14. A Suprema Corte americana, inicialmente, concebeu o *princípio do devido processo legal* como direito a um *iter procedimental regular* no caso de constrição dos bens *vida, liberdade e propriedade*. Num segundo momento o construiu para balizar a razoabilidade e proporcionalidade do ato. Nas duas vertentes (procedimental e substancial) o que se busca é a *Justiça* como valor.

15. São desdobramentos do *princípio do devido processo legal*, então, o direito a um *iter procedimental justo* e a *razoabilidade* ou *proporcionalidade* em qualquer invasão dos bens *vida, liberdade* ou *propriedade*.

16. O *devido processo legal* passou a integrar o direito positivo brasileiro com a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, haurido do direito norte-americano.

17. A doutrina e a jurisprudência já reconheciam o *devido processo legal* como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, houve tímido desenvolvimento teórico, mas, entronizado como dogma

constitucional, sua percepção passa, em primeiro lugar, por uma reaproximação com o direito estadunidense.

18. O *devido processo legal* é um princípio aberto e de alto grau de generalização, cujos contornos são dados pela metamorfose social. Por isso, traduz-se num instrumento eficaz para realização da *Justiça*, pois não está aprisionado a padrões legais.

19. A efetivação do princípio do devido processo legal ocorre através de outros subprincípios, como por exemplo: o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a isonomia, a proporcionalidade, a razoabilidade, etc.

20. Na vertente procedimental, a obediência à cláusula será notada quando a decisão for motivada, proveniente de um órgão julgador natural e imparcial. No viés substancial é reconhecida quando a restrição dos direitos fundamentais for razoável e proporcional, atendendo, sobretudo, o valor *Justiça*.

21. O *devido processo legal* está insculpido entre os direitos e garantias fundamentais, assim, a cláusula está a proteger todos os direitos necessários à preservação da *dignidade da pessoa humana*, e mais, contra todos (outros indivíduos e o próprio Estado).

22. O *devido processo legal* possui várias funções: controle do poder, instrumento legitimador da

construção na interpretação e controle de constitucionalidade das leis.

A função de controle do poder é a mais antiga, aliás, a que originou a idealização do princípio. Neste quadrante deve-se entender que toda e qualquer ação da Administração Pública deve ter conformação com a cláusula em seu caráter dual – *procedimental e substancial*.

O Estado contemporâneo é altamente regulatório e, ao instituir as normas, deve pautar-se por apenas *reconhecer* o Direito no seio da comunidade. Não obstante, comumente existirão ambigüidades, contradições, incertezas, arbitrariedades, etc. e, é neste campo que o intérprete atuará, reconstruindo o Direito. A cláusula serve, neste desiderato, como instrumento legitimador da *construção jurisprudencial*.

O Estado de Direito é um estado constitucional; logo, todas as normas infraconstitucionais devem guardar conformidade com a Lei Fundamental. Não se trata de uma harmonia formal apenas, mas sobretudo *razoável, proporcional*. O *devido processo legal*, havendo indevida intromissão nos direitos fundamentais, atuará para viabilizar a declaração de inconstitucionalidade da norma.

23. Em conclusão:

a) o Estado de Direito só o será, se possuir como cerne de suas preocupações a proteção e garantia dos

direitos fundamentais - mormente o princípio fundamental *dignidade da pessoa humana* - e, assim atuando, constituir-se-á em *Estado de Justiça*. Portanto, a *Justiça* será inata ao Estado de Direito.

b) sendo o *devido processo legal* um princípio que tem como função controlar o poder, a constitucionalidade das leis e legitimar a construção hermenêutica, visando à *Justiça* como valor, pode-se afirmar que é um *instrumento da realização do próprio Estado de Direito e da Justiça*, já que seu escopo é a proteção da esfera intangível dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTAVILA, J. **Origem dos Direitos dos Povos**. 8.ed. São Paulo: Ícone, 2000.

ALTHUSSER, L. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Ética a Nicômacos**. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ASCENSÃO, J. O. **O Direito - introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira.** 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado.** 35.ed. São Paulo: Globo, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo.** 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BARROS, S. T. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BESTER, G. M. **Cadernos de Direito Constitucional – Parte I: teoria constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BÍBLIA Sagrada. Trad. João Ferreira de Almeida. 2.ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1996.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 9.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A Teoria das Formas de Governo**. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. **Direta e Esquerda – razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BODENHEIMER, E. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES FILHO, N. **Direito da razão ou a razão do direito**. Belo Horizonte: Estado de Minas, 2000.

BOSON, G. B. M. **Filosofia do Direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOUDON, R.; BOURRICAUD, F. **Dicionário Crítico de Sociologia**. São Paulo: Ática, 1993.

CADEMARTORI, S. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPANHOLE, H. L.; CAMPANHOLE, A. **Constituições do Brasil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2.ed. Portugal: Coimbra, 1984.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, M. **Juizes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, F. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional Didático**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CASARES, T. D. **Acerca de la justicia**. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1978.

CHAUÍ, M. **Convite à Filosofia**. 10.ed. São Paulo: Editora Ática, 1998.

CHEVALLIER, J.-J. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1966.

COELHO, I. M. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMTE-SPONTEVILLE, A. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COUTINHO, C. N. **Marxismo e Política: a dualidade de poderes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 1996.

CORWIN, E. S. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1954.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL VECCHIO, G. **A justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

DÍAZ, E. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. 8.ed. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, M. H. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FADEL, S. S. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança.**

2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1976.

FALKS, M. **Mandado de Segurança - pressupostos da impetração.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FARIAS, E. P. **Colisão de Direitos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, P. **Curso de Direito Constitucional.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de Direito e Constituição.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FUSTEL DE COULANGES, N. D. **Cidade Antiga.** 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, V. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Manual de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, A. P. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. DINAMARCO, C. R.; ARAÚJO CINTRA, A. C. **Teoria Geral do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HELLER, A. **Além da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HESSEN, J. **Filosofia dos Valores**. Trad. L. Cabral de Moncada. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

HOLANDA FERREIRA, A. B. **Dicionário Aurélio Eletrônico (CD ROM)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

KELSEN, H. **O que é Justiça?**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O problema da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, F. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIMA, M. R. O. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

LINARES, J. F. **Razonabilidad de las leyes**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

LLOYD, D. **A idéia de lei**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBARDO, F. X. G. D. **Compendio de Historia del Derecho y del estado**. México: Limusa, 1975.

MARQUES, J. F. **A garantia do due process of law no direito tributário**. (Revista de Direito Público) São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1968.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEIRELLES, H. L. **Direito Municipal Brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENEZES, A. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **História e Prática do Habeas Corpus**. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTESQUIEU, C. S. B. **O espírito das leis**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTORO, A. F. **Introdução à Ciência do Direito**. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOURA, E. M. **O Devido Processo Legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999. (Dissertação, Mestrado em Direito Constitucional).

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA, A. **O Estado é meio e não fim**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NORONHA, E. M. **Curso de Direito Processual Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOVAIS, J. R. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito)**. Coimbra: Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

NUNES, L. A. R. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES, C. **Do Mandado de Segurança**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

OLIVEIRA, C. **Devido Processo Legal**. (Revista de Direito Constitucional e Internacional do Instituto Brasileiro de Direito

Constitucional). São Paulo: Revista dos Tribunais, n.32, jul./set., 2000.

OLIVEIRA, O. M. B. A. **Monografia jurídica**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PENNOCK, J. R. **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

PERELMAN, C. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

POUND, R. **Liberdade e Garantias Constitucionais**. Trad. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

RADBRUCH, G. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

RÃO, V. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

RAWLS, J. **O Liberalismo Político**. 2.ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

REALE, M. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Filosofia do Direito**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Fundamentos do Direito**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIBEIRO JÚNIOR, J. **Pessoa, Estado & Direito**. Campinas: Copola Livros, 1994.

RIGAUX, F. **A Lei dos Juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, L. B. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUES, S. **Direito Civil. Parte Geral**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROSS, A. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. **Do Contrato Social – ensaio sobre a origem das línguas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SALGADO, J. C. **A Idéia de Justiça em Kant – seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. **Problemas de Direito Positivo – estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, P. F. **Devido Processo Legal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SIQUEIRA CASTRO, C. R. **O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SLAIBI FILHO, N. **Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

STUMM, R. D. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

THEODORO JÚNIOR, H. **Prova. Princípio da verdade real. Poderes do juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas. Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA) (Revista Brasileira de Direito de Família)**. Porto Alegre: Síntese, n. 03, out./nov./dez. 1999.

TOCQUEVILLE, A. **A Democracia na América - leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOMÁS AQUINO. **Summa Theologica**. Roma: Forzani, 1946.

VARELLA, M. D.; BORGES, R. C. B. **O Novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VELOSO, Z. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

VERDÚ, P. L. **La Lucha por el Estado de Derecho**. Bolonha: Real Colegio de España, 1975.

VIEIRA, S. **Como escrever uma tese**. 3.ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

XAVIER, A. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

WALD, A. **Obrigações e Contratos**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. **Curso avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

WEBER, M. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1997.

ZIPPELIUS, R. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.