

DA IMPORTÂNCIA DO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Wilson Roberto MATEUS¹

SUMÁRIO

O trabalho tem por meta fazer um estudo sobre o princípio do devido processo legal, sua evolução e características marcantes como garantia fundamental, abarcando questões históricas, inclusive contemporânea, e a adoção explícita no direito constitucional brasileiro.

Palavra-chave: Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The work has the purpose to study the principles due process of law, its evolution and remarkable characteristics, as a essential guarantee, that includes historical matters, as well as its implicit adaptation by Brazilian Constitutional law.

Key work: Due Process of Law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a fazer considerações sobre o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, ou ainda, *nulla poena sine iudicio*, com o fito de destacar a sua importância como garantia individual fundamental, e a sua conseqüente incidência sobre o processo judicial e administrativo.

Na verdade, a doutrina é pacífica em afirmar que todos os outros princípios decorrem do devido processo legal, pois é o processo o instrumento de tutela do direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, à motivação das decisões judiciais etc.

Tal afirmação, colocando o devido processo legal como berço dos demais princípios, não chega a ser exagero, eis que, como veremos, está intimamente ligado à liberdade e a proteção que o indivíduo goza de ter, no processo, o mesmo tratamento do Estado, ou seja, “a generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a equal protection of law”, tal seja, a igualdade na lei”².

Assim, quando o Estado julga, ou mesmo quando conduz um processo administrativo, o faz nos limites do *due process of law*, abstendo-se da arbitrariedade, procurando administrar a Justiça para todos,

⁽¹⁾ O Autor é Responsável por Equipe Técnica do E.TCESP, Advogado, Especialista em Direito Constitucional pela PUC-Campinas, Professor das Faculdades de Valinhos.

⁽²⁾ Lúcia Valle Figueiredo, *Estado de Direito e Devido Processo legal*, Salvador: Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>

indistintamente, com fundamento nos princípios mais elevados como a liberdade e a igualdade.

Na verdade, como se verá fartamente, todos os princípios processuais têm berço no *due process of law*, porque a decisão que careça de devida motivação³, é nula, pois não se amolda ao processo democrático⁴.

E assim sendo, demonstraremos a incidência do princípio junto aos processos administrativos, eis que a Administração não se pode furtar do cumprimento do raciocínio constitucional de que o cidadão deve ter assegurados seus direitos fundamentais, em face da explícita determinação na Carta Maior.

Também não se presta aqui, à apologia de delongas processuais, formalismos exacerbados, os quais somente se prestam a desacreditar no sistema.

Aliás, sobre a demora na prestação jurisdicional, já se arvorava o grande jurista Rui Barbosa⁵, aconselhando:

Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vazo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa a desmenda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos.

Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

⁽³⁾ Brasil. Constituição Federal/88.

“Art.93 – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

⁽⁴⁾ BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba – Apelação Cível nº 96.002470-8 da Comarca da Capital – Relator Des. Plínio Leite Fontes, julgada em 12.12.96.

⁽⁵⁾ Rui BARBOSA. *Oração aos Moços*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, ps. 36/37.

⁽⁶⁾ Brasil. Código de Processo Civil.

“Art.250 – O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único – Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”.

⁽⁷⁾ Manuel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1985, p.11.

⁽⁸⁾ Ruy Rebello Pinho; Amauri Mascaro Nascimento. *Instituições de Direito e Noções de Ética Profissional*, São Paulo: Atlas, 2002, p.74.

No mesmo sentido de desapego às formalidades incipientes está o princípio *Pas de Nullité Sans Griet*, ou seja, somente haverá anulação de um processo, ante a uma falha processual, em havendo prejuízo manifesto.

Neste norte também está nosso Código de Processo Civil⁶, pelo Princípio da Instrumentalidade das Formas, porque o interesse, ou o valor contido, é pela fiel observância a um processo que garanta a observância dos direitos básicos das partes, inclusive, perante o Estado.

I – DOS PRINCÍPIOS

1.1. Dos Princípios Constitucionais

Constituição, em conceito amplo, é a organização de alguma coisa.

Aplicado ao Estado, Constituição significa a organização fundamental, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica.

Por organização jurídica, entende-se “conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do Poder, ao modo de aquisição e exercício do Poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”⁷

Constituição pode ser definida como:

“conjunto de princípios e normas jurídicas que regulam a própria existência do Estado Moderno, sua forma, estrutura e funcionamento dos seus órgãos, o modo e os limites do exercício de sua soberania, seus fins e interesses fundamentais e do Estado brasileiro em particular”⁸.

A idéia é de que a Constituição deve ser entendida como um conjunto de regras e princípios de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico e que tem por fim organizar e estruturar o poder político, além de definir os seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão⁹.

A Constituição é um sistema normativo aberto, e portanto, dinâmico.

Contudo, há normas constitucionais que mais se aproximam das do direito comum, isto é, daquelas normas que têm elementos necessários para investir alguém na qualidade de titular de um direito subjetivo.

São exemplo na nossa Carta Magna, os textos sobre a Educação, a Cultura, o Desporto, Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Meio Ambiente, Família, Criança e Adolescente, Idoso, Índio, e tantos outros.

Outras normas não apresentam esse aspecto funcional, em razão de seu alto nível de abstração e de indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas.

Estas normas são denominadas de princípios, os quais, em que pese a falta de precisão de conteúdo, ascendem para uma posição que lhes permite sobrepor uma área muito mais ampla, ou seja, estar acima de um sem-número de outras normas.

São os princípios que dão feição de unidade ao Texto Constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais.

Em síntese, há duas categorias principais no texto constitucional – a regra e o princípio.

Fica claro, porém, que umas não têm importância superior às outras, tendo o mesmo nível hierárquico.

Em razão desta distinção entre regras e princípios, é possível propor a seguinte classificação das Constituições¹⁰:

CONTEÚDO	MATERIAIS	Somente se refere à matéria constitucional (Estrutura do Estado, organização, direitos fundamentais)
	FORMAIS	Conteúdo de matérias que normalmente seriam relegadas ao Direito comum, contudo, sendo modificáveis pela forma estabelecida no próprio texto constitucional.

Repisando, os princípios são imbuídos por valores, os quais, entende-se como conteúdos materiais da Constituição, conferindo legitimidade a todo o ordenamento jurídico – pois expressam o sentimento comum de toda a sociedade.

São também chamados de *metanormas*, ou melhor dizendo, estão além das normas.

Destarte, todas as demais normas devem ser interpretadas em consonância com os valores, bem como, criadas em harmonia com estes, posto que o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, ou o seu próprio alicerce¹¹.

Princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do direito. Assim, o direito

constitucional deve ser estudado e interpretado à luz desses princípios.

Em síntese, conforme a melhor doutrina¹², os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nessas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas o que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o Texto Constitucional, emprestando-lhe significação única traçando os rumos e os vetores em função dos quais as demais normas devem ser entendidas.

São, pois, vigas mestras do Texto Constitucional, ganhando concretização a partir de outras regras da Constituição, mas também, de uma legislação ordinária, a qual deverá guardar correlação com o princípio.

⁽⁹⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52 e ss.

⁽¹⁰⁾ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 10 e ss.

⁽¹¹⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p. 58.

⁽¹²⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*.

Uma questão bastante interessante, é a possibilidade de que haja conflito entre esses princípios, situação que vem a expressar que nenhum direito constitucional é absoluto, e portanto, deverá haver uma composição interpretativa, harmônica com a cedência parcial recíproca. Tomamos por exemplo o direito à liberdade, como expressão maior dos direitos e garantias fundamentais, que deverá ceder ante as regras de comportamento na sociedade.

Na mesma linha está o direito à propriedade, coexistindo com a possibilidade da prescrição aquisitiva, ou usucapião.

Contudo, sendo o princípio o vetor da norma, este não pode ser relativizado na medida em que se concretiza, posto que a regra inferior deve sempre estar sempre em conformidade com o princípio, e não ao contrário.

1.2. Dos Princípios Gerais de Direito

Ao contrário dos princípios constitucionais, os princípios gerais de direito são cânones de incidência obrigatória, significando dizer que sempre deverão impor-se na atividade interpretativa, enquanto os princípios constitucionais só serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando¹³.

Ou seja, toda interpretação guardará consonância com os princípios gerais de direito, enquanto os constitucionais, em cada caso concreto.

Os princípios gerais de direito tem como nota predominante a generalidade absoluta.

Exemplos são os princípios de justiça, de igualdade, de liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Tais princípios são intuitivos.

Conforme ensina o Prof. Caio Mário¹⁴:

...a invocação dos princípios gerais de direito faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, e joga com aquelas regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um cânão que o legislador não chegou a ditar sob a

forma de preceito, mas que se contém imanente no espírito do sistema jurídico.

Aliás, diga-se de passagem, diante da lacuna legal, o magistrado deverá efetuar uma construção jurídica, visando atingir tais princípios¹⁵.

Os princípios gerais de direito, em que pese a sua força, dada a sua evolução civilizatória, não podem ser entendidos como superiores à Constituição, ao contrário, eles penetram-lhe por força da própria vontade constitucional.

Sobre o tema em estudo, consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Fazendo uma análise histórica, ainda que superficial, o Texto trazido à colação, espelho do *due process of law*, reflete uma noção do homem, que vinha de duas grandes guerras mundiais, mormente porque a segunda foi consequência direta das atitudes tomadas após a primeira.

Trata-se, na verdade, de vontade extraída de consenso, que traduz um princípio geral, forjado pela dor da experiência.

Assim, fácil é perceber que o princípio do devido processo legal, e por extensão a ampla defesa e o contraditório, colocam-se como princípios universais, e portanto, regras de incidência obrigatória que deverão compor o Texto Constitucional que se preste a ser democrático.

II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1. Breve menção histórica ao *due process of law*

A doutrina é consensual ao afirmar que o princípio do devido processo legal, incorporado expressamente ao Texto da Constituição brasileira,

⁽¹³⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p.60

⁽¹⁴⁾ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.55.

⁽¹⁵⁾ BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657, de 04.09.1942

“Art. 4 – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância ao direito anglo-saxão¹⁶.

Lembra a Profa. Lúcia Valle Figueiredo que

*o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, em 1215, na Magna Carta, escrita em latim (exatamente para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo), época em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei – ele mesmo – mas, a lei era o que o soberano ditava*¹⁷.

Contudo, de origem bem mais remota, pode ser observada a existência do dever a um processo regular, em pelo menos um dos trechos bíblicos:

Juízes e oficiais constituirás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com reto juízo.

Não torcerás a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno. Porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos.

*A justiça seguirás, somente a justiça, para que vivas, e possuas em herança a terra que te dá o Senhor teu Deus*¹⁸...

Mais adiante,

*Quando no meio de ti, em alguma das tuas cidade que te dá o Senhor teu Deus, se achar algum homem ou mulher que proceda mal aos olhos do Senhor teu Deus, transgredindo a sua aliança, que vá e sirva a outros deuses, e os adore, ou ao sol, ou à lua, ou a todo o exército do céu, o que eu não ordenei; e te seja denunciado, e o ouvires, então indagarás bem: e eis que, sendo verdade, e certo que se fez tal abominação em Israel, então levarás o homem ou a mulher que fez este malefício, às tuas portas, e os apedrejarás, até que morram. Por depoimento de duas ou três testemunhas será morto o que houver de morrer; por depoimento de uma só testemunha não morrerá*¹⁹. A mão

*das testemunhas será a primeira contra ele, para matá-lo. E depois a mão de todo o povo: assim eliminarás o mal do meio de ti*²⁰.

O texto sagrado, de cerca de 6.000 anos, dá a clara noção de:

- uma lei prévia,
- de um juiz natural,
- de uma denúncia,
- de um juízo de admissibilidade,
- do depoimento pessoal,
- da instrução pela oitiva de testemunhas,
- da valoração das provas,
- da busca pela verdade material,
- de prévia cominação legal,
- e da prévia forma de punição.

Ou seja, em outras palavras, ainda que um pouco diferente da noção contemporânea, temos a exata noção do devido processo legal, ao qual estavam subordinados povo e autoridades.

Lembramos ainda Beccaria²¹, para quem, discursando sobre a formação da sociedade, da origem das penas e do direito de punir, “a tendência do homem é tão forte para o despotismo que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros”.

Com base nesse pensamento, que remonta à segunda metade do século XVIII, parece-nos seja próprio do homem, uma vez convertido em Estado, fazer prevalecer sua vontade, razão pela qual seja necessário, a fim de conter aforismos despóticos²², por meio de um processo regular, e assegurar-se ao indivíduo uma garantia de defesa material e formal.

2.2. Evolução do *due process of law* no Direito Americano

Conforme já afirmado, o princípio do devido processo legal teve origem na Magna Carta, conquista

⁽¹⁶⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, p. 117.

⁽¹⁷⁾ Lúcia Valle FIGUEIREDO. *Obra citada*.

⁽¹⁸⁾ BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio*, 16-18,20, Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969, p.211.

⁽¹⁹⁾ “*testis unus, testis nullus*”

⁽²⁰⁾ BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio*, 17-2,7, ps. 211/212.

⁽²¹⁾ Cesare BECCARIA. *Dos delitos e das penas*, São Paulo: Hemus Editora, 1983, p.14/15

⁽²²⁾ É impossível deixar de vir à lembrança a imagem de Luiz XIV, (1661-1715), rei da França, autor da célebre frase: “L’état cest moi” (O Estado sou eu.)

dos barões feudais saxônicos junto ao rei João “Sem Terra”, tendo nascido sob inspiração jusnaturalista, a qual assegurava aos homens livres – barões e proprietários de terras, a inviolabilidade dos direitos inerentes à vida e à liberdade, e em especial a propriedade, que somente poderiam ser suprimidos pela lei da terra (*per legem terrae* ou *law of the land*)²³.

Frise-se que o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem expressão com que, depois, passaria do Direito Inglês para as Colônias Americanas, e, mais tarde, para a Federação Americana.

As Colônias Americanas tiveram a sua independência a partir de 1776.

Os constituintes, reunidos na convenção de Filadélfia em 1787, não incluíram no Texto, inicialmente, nenhuma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), quicá porque naquele momento o importante era definir-se uma constituição de natureza orgânica para a jovem nação.

No prazo de dois anos, 10 (dez) artigos adicionais foram incorporados ao Texto por meio de Emendas, os quais continham a consagração dos direitos fundamentais²⁴.

Conforme anota Lúcia Valle Figueiredo²⁵, somente com as Emendas V e XIV, é que o *due process of law* toma corpo.

Quando inserta na Constituição Americana, pela V Emenda, a cláusula do devido processo legal não visava a questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, mas sim, a assegurar o direito a um processo regular e justo.

Ainda persistia o caráter formal do princípio.

Diz o texto da Emenda V da Constituição dos Estados Unidos da América:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto

em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação.

A Emenda XIV, promulgada em 1863, buscou garantir aos ex-escravos e seus descendentes de cor negra, em sede constitucional, os direitos inerentes à cidadania e às liberdades civis²⁶.

Reza o texto da Emenda XIV:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos. Também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei.

Agora, sob o manto da Emenda XIV, houve grande transformação, pois não se fala mais no processo legal apenas no aspecto formal, mas na igual proteção da lei, ou *equal protection of law*.

A partir daí, sobretudo com a sua aplicação pela Suprema Corte Americana, a cláusula ganha abrangência, significando igualdade na lei, e não só perante a lei. Desta feita, na apreciação da aplicação da lei, o magistrado passa a observar se não haverá confronto com os valores fundamentais consagrados na Constituição.

Conforme anota Geraldo Brindeiro²⁷, a partir de 1890, na vigência da 14ª Emenda à Constituição Americana, foi incorporado o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis assegurados no *Bill of Rights*, posto que “a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial (*construction*) e baseando-se em critérios de razoabili-

(23) Carlos Roberto de Siqueira CASTRO. Origem e evolução do devido processo legal, Rio de Janeiro: Forense, 1989, cap.2. Biblioteca da EMERJ – Resenhas elaboradas pelos estagiários da EMERJ em 2000 – Fabrício Fernandes de Castro – texto disponível no site: <http://www.emerj.rj.gov.br/bibliote/resenhas/2000/fabricio.htm>

(24) Celso Ribeiro BASTOS. Obra citada, p. 177.

(25) Lúcia Valle FIGUEIREDO. Obra citada.

(26) Carlos Roberto de Siqueira CASTRO. Obra citada.

(27) Geraldo BRINDEIRO. O devido processo legal. Texto disponível no endereço <http://www.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm>

dade (reasonableness), passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação irrazoável e arbitrária (protection from arbitrary unreasonable action)”.

Ainda conforme Geraldo Brindeiro, a doutrina constitucional americana tem evoluído quanto ao significado da cláusula, e neste sentido, houve um renascimento do *substantive due process*, eis que a Suprema Corte Americana após análise dos casos *Grissold v. Connecticut* em 1965, e *Roe V. Wade* em 1973, volta a enfatizar a importância da proteção de valores fundamentais.

Assim, nas investigações criminais, segundo a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a revelação de dados sigilosos, somente pode ocorrer existindo fundada suspeita, o que somente se apura obedecidos os ditames do *due process of law*. A excepcionalidade da medida relativamente à privacidade dos cidadãos, assegurada na Constituição, somente pode ser verificada no âmbito do Poder Judiciário, fundada em critérios de razoabilidade e interesse público relevante.

De passagem, pode-se afirmar que no Brasil, inspirada na jurisprudência que a Suprema Corte Americana adotou, insere-se no Art.5º, Inciso LVI, da Constituição Federal, o princípio da invalidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Consagra-se, assim, no nosso sistema constitucional, a famosa doutrina constitucional americana sintetizada na expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) observada em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a história é dinâmica...e por vezes, o retrocesso impõe sua marca.

Em que pese o histórico apego do povo norte-americano à liberdade, parece-nos que, contemporaneamente, cabem algumas considerações relativas ao princípio em enfoque.

Notadamente, são os Estados Unidos da América, há quase um século, a nação mais rica e poderosa do mundo, situação claramente traduzida em números.

Tamanha riqueza, e portanto, forte influência nas decisões políticas e econômicas do *resto* do mundo,

sempre atraiu a admiração e o ódio de muitas pessoas, de muitas nações.

Como estamos falando de liberdade, não poderíamos deixar de tocar a questão do medo que tomou conta daquele país, e porque não dizer do Mundo, após os atos terroristas em 11.09.01, contra as “torres gêmeas” do *World Trade Center*.

Frise-se que não pretendemos fazer nenhuma análise valorativa sobre o bem ou o mal que possa encarnar aquele país ou os seus agressores, ou melhor dizendo, tentar desvendar quem são os *mocinhos* ou os *bandidos* do mundo.

Na verdade, estamos diante de um marcante fato histórico, que será contado para as gerações futuras, seja em livros acadêmicos, seja por qualquer outro tipo de manifestação cultural (cinema, música, teatro etc).

Como estamos observando, o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, é uma formulação abstrata e genérica, que ganha contornos maiores e mais fortes, na medida em que a crença na liberdade e no ser humano vão se enraizando.

Evidentemente, a fé no ser humano, atualmente, está cedendo ao temor.

A imprensa traz notícias sobre a atual organização dos E.U.A. contra possíveis atos de terror, a qual está pondo em risco toda a evolução do conceito em estudo.

Entendemos que o momento atual é muito delicado para a liberdade (que o digam os *hóspedes* da Base Naval de Guantánamo²⁸, os quais se acham sem qualquer proteção jurídica) sobretudo, porque está próxima de ser aviltada dentro de seu próprio berço, o que certamente trará influência para todas as outras jovens nações, a exemplo do Brasil, que se espelham naquele modelo.

2.3. O *due process of law* na Constituição brasileira

Com o intuito de sermos didáticos, estamos propondo o seguinte quadro comparativo dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias individuais e coletivos nas recentes Cartas Políticas brasileiras.

⁽²⁸⁾ “Cerca de 660 pessoas de 42 países, capturadas em maioria no Afeganistão, estão atualmente presas em Guantánamo, base militar americana a sudeste de Cuba”. <http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0%2C5502%2CO151203-EI294%2C00.html>

Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1946	Constituição do Brasil 1967	Emenda Constitucional nº 1/69	Constituição da República Federativa do Brasil 1988
			Art.5º... LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
Art.141... § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, (...), será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória	Art.150... §15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes. (...) §16. A instrução criminal será contraditória, (...).	Art.153... §15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (...). §16. A instrução criminal será contraditória, (...).	Art.5º... LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Pelo que se percebe, em cotejo com os Textos anteriores, a atual Carta faz menção expressa ao *due process of law*; contudo, é interessante notar que mesmo no período de turbulência política, pós 1964, os Textos também faziam menção à necessidade da ampla defesa e do contraditório, ainda que restritamente ao processo penal. Ao menos, em tese, garantia constitucional.

A Constituição Federal de 1988, também é chamada de “Carta Cidadã”, “porque consagradora de substantivas conquistas da Sociedade brasileira no plano distributivo dos direitos e garantias sociais – individuais, difusas e coletivas –, a maior parte delas fruto de históricos pleitos e árduas lutas por várias décadas”²⁹

No tocante a inclusão do princípio do devido processo legal, nossa Carta Política tem o mesmo conteúdo do Direito Americano, abrigando a igualdade substancial e formal, sendo equiparável às melhores Constituições do Primeiro Mundo³⁰.

E muito importante, o devido processo legal, conforme pode ser observado, é adotado expressamente também para os processos da **esfera administrativa**, situação que configura-se uma grande novidade, e sem dúvida um avanço, em relação aos Textos constitucionais anteriores.

2.4. O Estado de Direito e o devido processo legal

Pelo que podemos observar, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo:

*a simples sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais seja, a separação de poderes para a existência dos freios e contrapesos, do juiz natural, ou em outras palavras, de juiz não de exceção ou “post facto”, além de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente*³¹.

O Texto Constitucional anterior, o qual previa garantias mínimas no processo penal, foi totalmente anulado em face de edição de atos de força editados no período.

Na verdade, se admitíssemos a lei sem tais garantias, não estaríamos em face de Estado de Direito, mas em arremedo, em aparência de legalidade, posto que quaisquer regimes de exceção, como por exemplo o nazista, estariam amplamente justificados.

Assim, conforme leciona José Afonso da Silva³²:

(29) http://www.ajuris.org.br/jornal/jor46_20.htm

(30) Lúcia Valle FIGUEIREDO. *Obra citada*.

(31) *Idem, Idem*.

(32) José Afonso da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 313.

Por outro lado, se se concebe o direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

Destarte, poderá haver Estado de Direito, pelo cumprimento da lei, e no entanto, sem que seja democrático, tal qual foi no Brasil no período do regime pós 1964.

Conforme previsto na atual Constituição Federal, o poder emana do povo, que o exerce, direta ou indiretamente, dentro do Estado Democrático de Direito³³.

Contudo, o que a história indica, e aqui ainda que palidamente lembrada, é que a simples menção de texto em lei positivada, não garante a efetividade dos direitos.

III – ASPECTOS DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1. Desdobramentos do Princípio

Pelo devido processo legal, procura-se proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado³⁴.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando:

- No âmbito material, ou substancial, de proteção ao direito de liberdade;
- No âmbito formal:
 - ao assegurar paridade total de condições com o Estado-persecutor;
 - plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de

produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal etc)³⁵.

Ou seja, todos os princípios processuais têm alicerce no princípio do devido processo legal, pois se prestam a garantir a própria liberdade do indivíduo perante a sociedade e o Estado.

Conforme leciona Nelson Nery Junior,

genericamente, o princípio do due process of law caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade³⁶, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da 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 clause³⁷ (grifamos).

Ou seja, **não se comporta uma decisão judicial ou administrativa sem motivação, ou sem que houvesse sido observadas as garantias processuais básicas para produção da defesa**, pois estará arbitrariamente colidindo com os bens mais elevados do ser humano, vida e liberdade, além da propriedade, tutelados pelo princípio do devido processo legal.

Assim, o princípio se desdobra em uma série de outros princípios, sendo-lhes fonte inesgotável, a exemplo, conforme a doutrina³⁸:

- Princípio da publicidade dos atos processuais;
- Impossibilidade de utilizar-se em juízo provas obtidas por meios ilícitos;
- Postulado do juiz natural;
- Contraditório e ampla defesa;
- Procedimento regular

A seguir, procuraremos discurrir brevemente sobre tais princípios.

⁽³³⁾ Brasil. Constituição Federal/88

Art. 1º -...

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁽³⁴⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p. 234 e ss.

⁽³⁵⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, p. 117

⁽³⁶⁾ Aqui entendido em seu conteúdo mais amplo, posto que no Direito Norte-Americano acrescenta-se o item “vida”, eis que presente em alguns Estados da Federação a possibilidade da aplicação de pena de morte.

⁽³⁷⁾ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.33.

⁽³⁸⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p.234 e ss

a) Publicidade dos Atos Processuais

As audiências e demais atos processuais são públicos e qualquer pessoa pode examinar os autos, o que significa que a administração da justiça pelo Estado está sujeita à fiscalização popular, e que ninguém será julgado por um juiz ou tribunal secreto.

Esse princípio se relativiza para preservar o direito à vida privada do indivíduo, também garantida constitucionalmente (Art.5º,X), nos seguintes casos:

- Família
- Crimes contra os costumes
- Lei de tóxicos
- Julgamento de quesitos pelo conselho de Sentença
- Processos de competência originária dos Tribunais, no julgamento de pessoas que gozam de foro especial por prerrogativa de função.

É que o Texto Constitucional prevê em seu Art.5º, LX:

“A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

Em razão de sua própria natureza, o inquérito policial também é sigiloso³⁹

b) Impossibilidade de utilização de provas ilícitas

Nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto.

Exemplo, como já dissemos anteriormente, é o direito à propriedade – cuja função individualista fora abandonada em razão da função social para vir atender ao bem comum.

O Direito à prova, derivado da ampla defesa, não significa que o interessado passa valer-se a qualquer momento de qualquer prova, mas, apenas, que pode utilizar-se daquelas provas aptas a evidenciar os fatos cruciais a serem apreciados.

Cabe ao Estado zelar pela paridade de armas entre as partes, ou seja, pela delimitação da possibilidade da produção de provas do campo do lícito e do legítimo.

Conforme doutrina, existem duas modalidades pelas quais uma prova pode ser ilícita.

Anota Alexandre de Moraes⁴⁰ que provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, e as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito à lei processual – e as provas ilegais seriam gênero tanto das ilícitas como das ilegítimas.

Segundo Celso Bastos, a inconstitucionalidade abarcaria os atos que ofendem a lei processual ou a material, posto que a expressão escolhida pelo Constituinte é bastante ampla.

Ainda conforme Alexandre de Moraes, a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade – com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional poderiam ser admitidas, posto que nenhuma liberdade pública é absoluta. Casos em que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo. Contudo, o princípio da proporcionalidade somente seria aceito, a princípio, em favor do réu.

Há ainda, a questão das provas derivadas das provas ilícitas – ou como é chamada, teoria dos frutos da árvore envenenada, conquanto a prova ilícita teria ou não o condão de anular todo o processo.

É mister analisar se as demais provas estão ligadas direta ou indiretamente com a prova obtida por meios ilícitos.

Há acórdãos do STF no sentido que:

Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurtem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita” (STF –2ª T.- HC nº 75.892-6/RJ – Rel. Ministro Marco Aurélio – Diário da Justiça, seção I, 27.04.98)

⁽³⁹⁾ BRASIL. Código de Processo Penal

“Art.20: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Contudo, o Art.7º, XIV, do Estatuto da OAB assegure aos advogados o direito de examinar em qualquer repartição policial, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à Autoridade.

⁽⁴⁰⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, p. 118 e ss.

A existência nos autos de prova obtida ilícitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei nº 9296/96) não basta para a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita” (STF –2ª T.- HC nº 76.231/RJ – Rel. Ministro Nelson Jobim – Decisão 16.06.98).

Mas também já decidiu que acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, quando ainda não havia norma reguladora, contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente das informações obtidas na escuta⁴¹.

Também decidiu o STF pela licitude de gravação de conversa ambiental, apresentada por vítima de concussão, no sentido de que estaria exercendo o seu direito de legítima defesa⁴².

c) Juiz Natural

O princípio do juiz natural possui três significados:

- juiz imparcial (não impedido e não suspeito),
- legalmente investido (mediante aprovação em concurso, eliminando o tribunal de exceção)
- e competente (conforme determinado pelas regras processuais).

Vale lembrar texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

d) Contraditório e Ampla Defesa

São corolários deste princípio a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa⁴³.

Conforme ensino do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles⁴⁴:

Defesa: a defesa, como já vimos, é garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo (art.5º, LV), e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal (due process of law). É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação, nem restrições na sua aplicação. Processo administrativo sem oportunidade de ampla defesa ou defesa cerceada é nulo. Claro está que a autoridade que presidir o processo poderá indeferir provas impertinentes ou indicadas com intuito protelatório ou tumultuário, mas, para tanto, deverá justificar objetivamente sua rejeição. É admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído para o processo.

Aliás, no que tange ao direito a uma defesa técnica, explica Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁵:

O direito de ser representado e assessorado pode ser considerado como inerente à pessoa. Ademais, será indispensável, quando menos inúmeras vezes, para a própria realização eficiente dos direitos assegurados pelos demais princípios dos procedimentos acolhidos na Lei Magna. Ora, quem quer os fins, quer os indispensáveis meios. Se a Constituição embasa o desfrute de direitos assegurados em vários dos princípios do procedimento, não pode deixar de indiretamente encampar os meios necessários para tanto. É o caso do direito de ser

⁽⁴¹⁾ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73351-SP- Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁽⁴²⁾ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 212.081-2/RO – Rel. Min. Otávio Gallotti, Diário da Justiça em 27.03.98, p.23.

⁽⁴³⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, ps. 117/118.

⁽⁴⁴⁾ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.: 634.

⁽⁴⁵⁾ Celso Antonio Bandeira de MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.310.

representado e assistido. De todo modo, a nível legal, dito princípio é plenamente afirmado, seja pelo genérico direito de constituir mandatário, nos termos dos arts. 1288 e ss. do Código Civil, notadamente 1289, seja, no que respeita à constituição de advogado, com base no art. 5º da Lei 8906, de 4.07.94 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Por **ampla defesa** – entende-se ainda, o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se necessário.

Por **contraditório** – entende-se como a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Tem íntima ligação com o princípio da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório também é uma garantia de justiça para as partes.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas – se ouvir uma, deverá ouvir a outra.

Instaurada a ação, invocada a prestação jurisdicional, deverá ser chamado o réu para integrar a relação jurídico-processual.

Deve haver um equilíbrio nos atos praticados pelos litigantes. A ciência dos atos se dará por meio da citação, da intimação e da notificação.

Mesmo em situações em que o juiz antecipa a tutela, *inaudita altera pars*, o demandado é chamado para desenvolver sua defesa, antes que o julgamento se torne definitivo.

No processo penal a defesa é de duas ordens: técnica (por advogado) e pessoal (o acusado deve ser

ouvido), sendo a primeira indeclinável e a segunda disponível.

Aliás, a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta do processo⁴⁶.

a) Procedimento regular

Entende-se aquele que é estabelecido previamente por lei para cada caso concreto, a fim de que não haja inovação e as partes não sejam tomadas de surpresa, garantindo-se os direitos processuais.

Equivale a dizer que todos os passos do processo, presentes ou futuros estão alicerçados na lei, e portanto, as partes e o julgador já os conhecem previamente, e deles não podem fugir.

Por assim dizer, a todo direito consiste um direito de ação, e dessa forma, assim como o autor tem assegurado o pedido perante o Judiciário, ao réu, de antemão saberá todo o rito que será seguido, não sendo surpreendido com a arbitrariedade do juiz ou da parte.

3.2. Sobre o dilema da demora na prestação jurisdicional

No Brasil, reclama-se muito sobre a dificuldade de acesso à Justiça, seja pelo custo do processo, seja pela demora na prestação jurisdicional.

Conforme já expomos anteriormente “...*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”⁴⁷.

Assim, defender a existência de um processo, e todos os recursos a ele inerentes, parece à primeira vista, caminhar na contramão da necessidade de quem busca Justiça, seja ela no campo judicial ou administrativo.

Em monografia apresentada por Geraldo Brindeiro⁴⁸, S.Exa. aborda a necessidade de modernização do Poder Judiciário e do Ministério Público, aparelhando-os com os meios necessários e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a lentidão na prestação jurisdicional e o acúmulo de processos.

Ainda conforme Geraldo Brindeiro, há excessivo formalismo das regras processuais, por vezes abusivas de recursos e procedimentos protelatórios ou

⁽⁴⁶⁾ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula 523 “A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu.”

⁽⁴⁷⁾ Rui Barbosa, Obra citada.

⁽⁴⁸⁾ Geraldo BRINDEIRO. Obra citada.

impeditivos da prestação jurisdicional, causando dificuldades de acesso à Justiça e a lentidão nos julgamentos definitivos.

Geraldo Brindeiro defende inclusive, ainda que questionável, a adoção do efeito vinculante das súmulas dos Tribunais Superiores, em especial do STF e STJ, a fim de evitar não somente o acúmulo absurdo de processos repetidos, onde as questões jurídicas já foram debatidas anteriormente, mas também em função do princípio da isonomia, afirmando que há um número crescente, de descrentes da presteza e da eficácia da máquina judiciária. Não se aceitam velhos procedimentos formais, por mero apego a oneroso e complicado tecnicismo, em detrimento do exame da substância do direito. Ao lado da garantia das formas, deve estar o processo judicial munido de eficiência e funcionalidade.

Contudo, ainda conforme Geraldo Brindeiro, a modernização do processo, não deve significar a redução pura e simples de formalidades e a diminuição de recursos, a qualquer custo, em nome de suposta eficácia da prestação jurisdicional, sem a prudente e cautelosa análise de sua essencialidade. Não deve haver soluções simplistas em prejuízo de princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Evidente que seja contra o princípio do devido processo legal, o excesso de formalismos que só vêm a tornar cada vez mais distante a distribuição de justiça, razão pela qual **devemos evoluir a ponto de equacionar o dilema entre uma justiça rápida, porém, eficaz, e para todos que dela necessitem.**

Além disso, não podemos nos esquecer do **instituto da prescrição**, mormente nos processos julgados nas Cortes de Contas.

O que dizer de alguns profissionais do Direito, classe a qual temos o orgulho de pertencer, que se especializaram em estender o trâmite dos processos, exatamente por sabê-lo prejudicial à perseguição administrativa e judicial?

Abra-se aqui um parêntesis para afirmar que a perseguição dos bens públicos não sofre os efeitos da prescrição⁴⁹, contudo, os efeitos acessórios da Lei de Improbidade Administrativa, a qual impõe severas

sanções à Autoridade/Servidor, prevê prazo limite de 05 (cinco) anos para o seu ingresso.

Na verdade, o reclamo popular é pela rapidez na resposta às questões que leva às barras dos tribunais, mas como a prática indica uma dificuldade quase intransponível, até mesmo por questões de estrutura⁵⁰, o que se vê, são vozes que se levantam pedindo o abreviamento dos processos.

Parece-nos que o devido processo legal privilegia o acesso à Justiça, e não ao contrário.

Também não se pode, sob o argumento de uma Justiça rápida, mitigar o princípio, queimando etapas importantes na instrução, desprezando garantias fundamentais.

Aliás, sobre o tema estrutura, no tocante ao orçamento devido à Justiça, é importante destacar que está estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.00), em seus Arts. 19 e 20, que os Estados poderão destinar no máximo, 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida para todos os gastos com pessoal, incluindo aí a Administração Direta e Indireta (exceto as empresas não dependentes), e ainda, especificamente com relação ao Poder Judiciário, os gastos não poderão ultrapassar a 6% (seis por cento)...

Tomando por base tais percentuais, se imaginarmos a quantidade de Comarcas distribuídas pelo Estado de São Paulo, e a necessidade crescente de servidores para a impulsão oficial dos processos, somados aí os Escreventes, Fiéis, Oficiais de Justiça, Juízes, indo até aos Desembargadores do Tribunal de Justiça, podemos ter uma idéia de que o valor destinado pela lei para a manutenção de pessoal é muito aquém das reais necessidades daquele Poder, e por extensão, haverá um reflexo negativo na rapidez da prestação jurisdicional.

No plano federal, comenta-se no meio jurídico, que há por volta de 100.000 (cem mil) processos aguardando julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal...

Registre-se, não se pode olvidar que é o pessoal treinado e bem remunerado quem guardará pela presteza e agilidade da Justiça, e não os prédios ou maquinários...

⁽⁴⁹⁾ Brasil. Constituição Federal/88

"Art.37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

⁽⁵⁰⁾ Situação dificultada ainda mais pela edição da L.C.101/00

No mesmo compasso, está o percentual determinado para gastos com pessoal nos Tribunais de Contas.

Determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, que o percentual não será superior a 3% (três por cento), incluindo-se aí, também os gastos do Legislativo.

Assim, repisamos, talvez a rapidez na tutela jurisdicional esteja muito mais ligada à estrutura do Poder, ao *quantum* que a ele se destina, e à importância que lhe se dá, e não propriamente na supressão de etapas essenciais às garantias fundamentais.

O que deve ser posto em mente é a necessidade da mudança de mentalidade do Estado, por meio dos representantes populares, a fim de que se tenha o Judiciário como firme instrumento para mitigação das injustiças sociais, e portanto, adequadamente aparelhado para esse mister.

CAPÍTULO IV – O PROCESSO ADMINISTRATIVO

4.1. Considerações sobre o processo administrativo

Quanto ao processo administrativo, é necessário fazer-se algumas distinções.

Primeiramente, devemos separar o que seja processo de procedimento.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para ao exercício de função administrativa. Tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O

procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos. Equivale a rito, a forma de proceder. O procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Desta feita, processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; já o procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.

Ou seja, o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia, não havendo processo sem procedimento, mas podendo haver procedimento sem processo.

O processo comporta a prestação jurisdicional para a composição do conflito de interesses, onde haja uma prestação resistida, ou da lide.

No caso do procedimento, é o caminho a ser percorrido pela administração para consecução de um fim, ainda que haja interesses divergentes.

O processo contém uma litigância, ou conflito de interesses, ou ainda, acusações, revisão necessária dos atos administrativos, provocada ou de ofício, exemplo é o processo disciplinar administrativo ou de atuação fiscal.

O procedimento emana uma seqüência de atos administrativos, os quais desencadeiam efeitos típicos, como por exemplo, um concurso público ou uma licitação.

Quanto ao caso de processos, ou seja, onde haja acusados, os princípios do contraditório e da ampla defesa se hão de colocar.

Assim, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado preliminarmente⁵².

No caso do procedimento, prevalece a aplicação dos princípios basilares da administração pública⁵³, acrescentando-se a motivação, a lealdade, a boa-fé e a razoabilidade.

Conforme Profa. Maria Silvia Zanella Di Pietro, “a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios

⁽⁵¹⁾ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 1996, p. 397.

⁽⁵²⁾ Lúcia Vale FIGUEIREDO. Obra citada.

⁽⁵³⁾ BRASIL. Constituição Federal.

“Art.37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...”

que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final. Nesse caso, existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração”⁵⁴.

Para a Profa. Lúcia Valle Figueiredo, ao afirmar que o devido processo legal incidiria sobre a lide em sede administrativa, não quis o Constituinte contemplar ao *procedimento*, série de formalidades necessárias para emanção de atos administrativos, posto que mera explicitação da função administrativa.

Em outras palavras, no procedimento, haverá o estrito cumprimento da legalidade para chegar-se a um determinado fim.

Já com relação ao processo, e portanto, quando há lide – “aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral” – **havendo contraposição ou contraditoriedade de interesses, será de cabal importância à aplicação do devido processo legal, eis que modernamente, assim determina a Carta Política de 1988.**

4.2. Julgamento dos processos administrativos

O Prof. Hely Lopes Meirelles⁵⁵, ministrando ensino sobre o julgamento administrativo, declara:

Julgamento. O julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo.(...).

O essencial é que a decisão seja motivada com base na acusação, na defesa e na prova, não sendo lícito à autoridade julgadora argumentar com fatos estranhos ao processo ou silenciar sobre as razões do acusado, porque isto equivale a cerceamento de defesa e conduzirá à nulidade do julgamento, que não é discricionário, mas vinculado ao devido procedimento legal. Realmente, se o julgamento de processo administrativo fosse discricionário, não haveria necessidade de procedimento, justificando-se a decisão como ato isolado de conveniência e oportunidade administrativa, alheio à prova e refratário a qualquer defesa do interessado. O que se reconhece à autoridade julgadora é liberdade na produção de prova e na escolha e graduação das sanções aplicáveis quando a norma legal consigna as penalidades sem

indicar os ilícitos a que se destinam, ou lhe faculta instaurar ou não o processo punitivo. Porém jamais se admitiu a qualquer autoridade punir o impune, ou negar direito individual comprovado em processo administrativo regular, ou desconstituir sumariamente situação jurídica definitiva e subjetiva do administrado. (grifos nossos)

Ou seja, mesmo em sede administrativa, está presente a obrigação de observância ao princípio do devido processo legal, e por assim dizer, a todos os princípios dele decorrentes.

Interessante a questão da motivação, como corolário do devido processo legal.

Para o Prof. Hely Lopes Meirelles, o eminente mestre entende que motivo e motivação são questões distintas.

O motivo está ligado ao mérito administrativo, ou seja, razões de conveniência e oportunidade que levam o Administrador a valorar internamente as consequências ou vantagens do ato. No caso, nos atos vinculados não há que se falar em mérito administrativo, visto que a atuação do Administrador se resume ao cumprimento da lei.

Para o mestre, motivação é a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato (Art.50, da Lei 9784/99), e reconhece que, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art.5º XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art.37, caput), **a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível.**

O Processo Administrativo, no âmbito Federal, é regulado pela Lei nº 9784/99, da qual extraímos a seguinte lição:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

⁽⁵⁴⁾ Maria Silvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 494.

⁽⁵⁵⁾ Hely Lopes MEIRELLES. *Obra citada*, p.635.

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

O Estado de São Paulo também editou norma semelhante, a Lei nº 10.117, de 30.12.98, a qual regula o processo administrativo na sua área de competência, onde destacamos:

Art.4º A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

(...)

Art.8º São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos caso de:

(....)

VI – falta ou insuficiência de motivação.

Parágrafo único. Nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.

Chamamos a atenção, que mesmo nos atos discricionários, deverá haver uma correlação lógica, alicerçando o ato, a fim de afastar o arbítrio da Autoridade.

Mas a principal lição que se extrai, é que não haverá surpresa para as partes, eis que as decisões seguem uma lógica natural, embasada, fundamentada, motivada, sob pena de descumprimento do devido processo legal.

Para a Profa. Di Pietro, a ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo⁵⁶, lembrando que a Constituição Bandeirante/89⁵⁷, a incluiu entre os princípios da Administração Pública.

Especificamente quanto aos efeitos do julgamento de processos dessa natureza, dissertando especificamente sobre o contencioso administrativo, a Profa. Maria Silvia Zanella Di Pietro afirma que “a Constituição de 88 não prevê o contencioso administrativo e mantém, no Artigo 5º, XXXV, a unidade de jurisdição, ao determinar, que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**”.⁵⁸

Ou seja, mesmo adotando um processo regular, e esgotando-se os recursos a ele inerentes, é admissível a revisão dos julgados administrativos pelo Poder Judiciário.

Desta feita, via de regra, prevalece no sistema brasileiro, sem negar-se o poder de decidir à Administração, uma separação entre o Poder Executivo e Judiciário, ou entre administrador e juiz, sendo inconciliável o contencioso administrativo, posto que os interesses do particular, ou do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição: a do Poder Judiciário.

Ainda conforme Hely Lopes Meirelles⁵⁹, para explicar o sentido da jurisdição única adotada no Brasil:

⁽⁵⁶⁾ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p.195.

⁽⁵⁷⁾ Constituição do Estado de São Paulo/1989

“Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”

⁽⁵⁸⁾ Maria Silvia Zanella DI PIETRO. *Obra citada*, p.496.

⁽⁵⁹⁾ Hely Lopes MEIRELLES, *Obra citada*, p.53.

...a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas a Administração e os administrados dispõem dos mesmos meios processuais admitidos pelo Direito Comum, e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide litígios de Direito Público e de Direito Privado (CF, art.5º, XXXV).

Contudo, sobre o julgamento de processos administrativos, acrescentaríamos que existem diversos tribunais administrativos, tais como os de competência tributária, previdenciária e de trânsito, somente para exemplificar, **mas os Tribunais de Contas tem o status de previsão constitucional**⁶⁰.

Conforme já decidido pelo TRF 1ª Região “O TCU (Tribunal de Contas da União) só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”⁶².

Veja-se que tal afirmação é muito séria, pois mitiga o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição⁶³, no caso de julgamento das contas dos administradores públicos.

Na verdade, os Tribunais de Contas têm competência explícita na Constituição Federal, na acepção de limite da jurisdição, como também têm atribuições ou competências de cunho meramente administrativo, e aqui sim, cabendo a ação de controle, pela falta de definitividade de suas decisões.

No que tange ao julgamento das Contas, havendo lesão ou ameaça a direito, somente quanto ao aspecto formal, **em face de falha processual**, poderá o Judiciário apreciar as decisões das Cortes de Contas, sem no entanto observar o mérito da decisão.

Quando funciona na tomada de contas dos demais administradores e ordenadores de

*despesas públicas, que não as do Executivo*⁶³, o tribunal pratica ato que **não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal**. “Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora do seu policiamento.”⁶⁴ (grifo nosso).

Ou seja, não pode o Tribunal de Contas julgar determinadas contas regulares ou irregulares e, posteriormente, o Poder Judiciário, dizer que o julgamento fora incorreto.

A reavaliação somente será possível, em havendo falhas de cunho formal na condução do processo, pela falta de observância ao devido processo legal, e dos princípios processuais a ele inerentes, tais como a ampla defesa e o contraditório, mas nunca quanto ao mérito.

CONCLUSÃO

Sem dúvida alguma, o tema é apaixonante, e não temos a pretensão de esgotá-los aqui.

Muito ao contrário.

Pudemos observar que o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, guarda uma riqueza muito grande, e como conceito abstrato, vai revelando-se historicamente como fonte quase inesgotável para invocação da liberdade do indivíduo como garantia fundamental, e de sua igualdade perante a lei do próprio Estado que a editou.

Importante reafirmar que o *due process of law*, está na base de todos os outros princípios processuais, guardando importância como princípio geral de direito, aceito pelas nações modernas, inclusive porque textualmente consta da Declaração dos Direitos do Homem, tendo relevo de matéria constitucional no Brasil.

⁽⁶⁰⁾ Conforme Art. 217 da Constituição Federal, também há previsão constitucional da existência de Tribunais da Justiça Desportiva, nos quais deverão ser esgotadas as instâncias, antes da avaliação pelo Judiciário, das questões ligadas à disciplina e às competições.

⁽⁶¹⁾ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 9.0.3993-0/MG

⁽⁶²⁾ BRASIL. Constituição Federal.

“Art.5º – Todos são iguais perante a lei...”

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁽⁶³⁾ Justifica-se a assertiva, eis que a análise das Contas do Executivo, cuja conclusão é o Parecer, sofrerá a análise final pelo Poder Legislativo.

⁽⁶⁴⁾ Conforme Nelson Medeiros Teixeira, *Contas do Legislativo: soberania do parecer do Tribunal de Contas*, em <http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=524>, citando J.Cretella Jr. *Dos Atos Administrativos Essenciais - 1ª Ed. 1995-forense*, pág. 448.

É com base nesse princípio que não se aceitam atos arbitrários, imotivados, tanto do Judiciário como da Administração, pois insere a guarda dos valores mais elevados do ser humano, quais sejam a vida e a liberdade.

Vê-se que o conceito foi sendo sedimentado através dos tempos, pela crença que o homem possui na liberdade e na segurança jurídica.

Contudo, basta entender que o conteúdo do princípio deve ser perseguido pelas nações que anseiam ser democráticas, uma vez que, sendo a liberdade um conceito geral, princípio geral de direito, é intuitiva ao ser humano.

Também pudemos fazer uma breve observação sobre o dilema na demora da prestação jurisdicional, opondo-nos contra aqueles que querem abreviar o processo, posicionando-nos no sentido que deva haver um empenho político para a adequação material do Judiciário, com a injeção de recursos orçamentários, a fim de que possa cumprir com as reais necessidades da sociedade.

Afinal, ninguém ouse duvidar que seja o Judiciário a última esperança do cidadão, especialmente os mais desfavorecidos; na verdade, se não nos apegarmos cada vez mais para o ideal do princípio devido processo legal, mais e mais o acesso à Justiça, mormente para os desvalidos, ficará distante e restrito.

No mesmo sentido, reafirmamos aqui, o sentimento comum de que a Administração e em especial os Tribunais Administrativos, tais quais as Cortes de Contas, esta na qualidade de justiça especializada, também devem ter a preocupação com a condução dos processos.

Em contexto mais amplo, podemos afirmar que o Brasil, para nossa alegria, pretendendo ser um país moderno, pinçou textualmente o conceito, inclusive, determinando que também fosse observado em processos administrativos.

Neste trabalho, no tocante aos processos administrativos, pensando que há um entrave natural pela falta de uma codificação própria, de modo a uniformizar os procedimentos.

Finalmente, de forma mais ampla, salientamos a importância de que os cidadãos tenham a real consciência de que a liberdade é um exercício diário, e que a cedência de sua parcela ao Estado, para que haja um equilíbrio social, não pode ser a tal ponto que o indivíduo se anule, tornando o Estado totalitário e desvirtuado de sua função principal e indelegável, qual seja, a promoção do bem estar de todos.

Pensamos também, que não obstante a criação de sistemas ou a elaboração de princípios, em nada valerá se, a sociedade, e em última análise, o cidadão comum, não engajar-se no processo de construção de uma sociedade democrática.

É a sociedade quem determina o engajamento das instituições, quer pela crítica séria, quer seja pelo apoio, e é nesta que reside toda a preocupação daqueles que trabalham sério para a sua transformação.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2001.

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BÍBLIA SAGRADA. **Deuteronômio**, Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal**. Texto disponível no endereço [http:// www.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm](http://www.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm)

BORJA, Célio. **Competência Constitucional dos Tribunais de Contas**, Palestra proferida em 23.10.97, por ocasião do XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado no Rio de Janeiro, texto disponível no site <http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r40c003.htm>

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **Origem e evolução do devido processo legal**, Rio de Janeiro: Forense, 1989, cap.2. Biblioteca da EMERJ – Resenhas elaboradas pelos estagiários da EMERJ em 2000–Fabrício Fernandes de Castro – texto disponível no site: <http://www.emerj.rj.gov.br/bibliote/resenhas/2000/fabricio.htm>

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O devido processo legal e a TCE (Tomada de Contas Especial)**, texto publicado no Correio Brazilienze em 30.09.99, p.5, disponível no site <http://www.jacoby.com.br/artigos/jujf2.html>

FERRAZ, Sérgio. **O Tribunal de Contas e a Moralidade Administrativa**, Palestra proferida em 22.10.97, por ocasião do XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado no Rio de Janeiro, texto disponível no site <http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r40c003.htm>

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo legal**, Salvador: Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Rafael Munhoz. **Processo administrativo, devido processo legal e a Lei 9784/99**. Revista de Direito Administrativo n. 222, Rio de Janeiro: jan/mar-2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Revista VEJA. **O Grande Irmão Americano**, Editora Abril, Edição 1779, 27 de novembro de 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

SOUZA, Edgard Távora de; CALHEIROS JUNIOR, João de Deus Moreira. **A execução das decisões dos tribunais de contas: a observância do contraditório e da ampla defesa como condição de eficácia para os títulos executivos. o problema da comunicação dos atos processuais aos interessados**, XX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, Fortaleza – CE Novembro/1999, disponível no site [_http://www.tce.ce.gov.br/Teses/tese02.htm](http://www.tce.ce.gov.br/Teses/tese02.htm),

TEIXEIRA, Nelson Medeiros. **Contas do Legislativo: soberania do parecer do Tribunal de Contas**, em <http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=524>, citando J.Cretella Jr. *Dos Atos Administrativos Essenciais* – 1ª Ed. 1995-forense.