

**UFJF – UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
DIREITO NOTURNO**

**LAXMY LAET ANGUS RENE BROWN**

**ASPECTOS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: uma  
análise das aproximações e distanciamentos em ambas as esferas**

**Juiz de Fora, janeiro de 2014**

**UFJF – UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
DIREITO NOTURNO**

**ASPECTOS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: uma  
análise das aproximações e distanciamentos em ambas as esferas**

Dissertação apresentada à Graduação do Curso de Direito Noturno, da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Karol Araújo Durço.

**Laxmy Laet Angus Rene Brown**

**Juiz de Fora, janeiro de 2014.**

**Laxmy Laet Angus Rene Brown**

**ASPECTOS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: uma análise das aproximações e distanciamentos em ambas as esferas**

Dissertação apresentada à Graduação do Curso de Direito Noturno, da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Karol Araújo Durço.

Aprovada em 07 de fevereiro de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Mestre Karol Araújo Durço - Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Mário César da Silva Andrade  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor João Beccon de Almeida Neto  
Universidade Federal de Juiz de Fora

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	8
1.1 A Magma Carta e a “ <i>law of the land</i> ” .....	8
1.2 “ <i>Bill of rights</i> ” e a cláusula do “ <i>due process of law</i> ” .....	8
1.3 O devido processo legal no constitucionalismo norte-americano .....	10
1.4 O devido processo legal no constitucionalismo brasileiro.....	11
1.5 O hibridismo do sistema processual.....	13
2. CONTEÚDO CONTEMPORÂNEO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	15
2.1 O dinamismo da cláusula “ <i>due process of law</i> ” .....	15
2.2 As faces substancial e formal.....	16
2.2.1 <i>Procedural due process of law</i> .....	16
2.2.2 <i>Substantive due process of law</i> .....	17
2.3 O conteúdo civil.....	19
2.4 O conteúdo penal.....	21
3. APROXIMAÇÃO OU DISTANCIAMENTO DAS ESFERAS PENAL E CIVIL DO PRINCÍPIO.....	24
3.1 A aproximação sob o foco do garantismo.....	24
3.2 Distanciamento sob a ótica de diferentes teorias gerais do processo.....	28
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

## RESUMO

Considerando que o ordenamento apresentasse como um sistema unitário e coerente, e que os princípios constitucionais positivamente incorporados o integram, a seguinte questão destaca-se: “como compreender as diferenças do princípio constitucional do devido processo legal no que tange aos processos civil e penal no direito brasileiro?”. A teoria geral do processo visa sistematizar os estudos sobre o processo geral, não sendo permitido uma compreensão exata e realista do instituto analisado. Desta forma, a proposta é de um aprofundamento do conhecimento, especificamente no que tange ao devido processo legal e suas implicações nas esferas do processo civil e do processo penal. Tal princípio, por apresentar um conteúdo tão dinâmico, permite adequações aos momentos históricos vivenciados para obtenção de uma melhor subsunção da lei ao caso concreto e, assim, a realização da justiça eficaz. Porém, para alcançar este objetivo é necessário uma análise minuciosa da atual interpretação e aplicação do princípio do devido processo legal relativamente aos diferentes ramos do Direito, quais sejam, o processo civil e processo penal, para que estes sejam eficazes e eficientes nas resoluções dos conflitos.

Palavras-chave: Devido processo legal. Teoria geral do processo. Comparativo. Esferas civil e penal.

## INTRODUÇÃO

Em nossa formação acadêmica, ao iniciarmos o estudo de um novo conteúdo, nos são apresentados os princípios basilares que orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração. Os princípios jurídicos exprimem no Direito, papel mais relevante do que qualquer norma jurídica positivada, mostrando-se a própria razão fundamental de ser das normas positivadas. O *due process of law* é norma basilar no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, do direito processual, visto que dele derivam quase todos os outros princípios processuais.

O devido processo legal atua diretamente na busca de uma tutela jurisdicional efetiva e justa, respeitando as previsões do ordenamento jurídico, adequando as normas para garantia de aplicação e efetivação de todos os direitos.

Porém, ao longo dos anos constata-se que as esferas civil e penal encaminharam-se para direções divergentes no tocante à aplicação e efetivação do princípio constitucional do devido processo legal. Tal princípio, como mencionado, é a base sobre a qual todos os demais princípios processuais se sustentam, logo, este trabalho acadêmico busca compreender e analisar os caminhos opostos dos processos civil e penal quanto ao devido processo legal, visualizando as alterações que tal bifurcação geram no ordenamento enquanto uno e indivisível.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Neste dispositivo observamos claramente que o princípio constitucional deve ser aplicado tanto no âmbito penal (privação da liberdade) quanto no âmbito civil (privação patrimonial).

O princípio do devido processo legal é visto como o princípio maior, fundamental, que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista englobar, de certa maneira, os demais princípios processuais, a exemplo dos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório. É o princípio segundo o qual o processo deve observar necessária e impreterivelmente a legalidade, pressuposto de qualquer Estado de Direito. Preceitua a proteção aos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, se referem à vida, à liberdade e à propriedade, amplamente consideradas.

O conteúdo do procedimento devido (o conjunto de comportamentos necessários à realização do fim) não está descrito na norma. A sua aplicação e adequação aos casos é que definem um conteúdo mínimo, elementos que devem estar presentes para que o procedimento realize a norma constitucional, em busca da justiça efetiva.

O devido processo legal é aplicado indistintamente aos processos judiciais cíveis e criminais, porém é possível identificarmos elementos que são extraídos do devido processo legal exclusivamente em cada esfera. As tendências divergentes são marcantes e acabam elaborando conteúdos distintos para um mesmo princípio.

Este trabalho pretende explicitar o conteúdo do devido processo legal no âmbito civil e penal e relacionar as divergências e convergências, destacando seus principais pontos, pretendendo-se determinar se há a possibilidade de equacionamento das teorias.

Sempre marcou o processo civil a premissa de que as partes são iguais e que os interesses em disputa são meramente patrimoniais e particulares. Partindo dessa premissa, surge um princípio da imparcialidade rígido em demasia, correspondendo a um também acentuado princípio dispositivo: se as partes são iguais e não há interesse público em conflito, o Estado-juiz deve manter-se inerte, mesmo após a instauração do processo, sob pena de ser considerado parcial e estar favorecendo um dos litigantes.

Já o processo penal é estigmatizado por uma concepção diametralmente oposta: superestimando-se o dever do Estado de reprimir a criminalidade, no combate à impunidade, conferiu-se ao juiz amplos poderes para buscar a verdade; mesmo quando a titularidade da ação penal passou a ser atribuída a outro órgão que não o judiciário, a figura do juiz inquisidor, que procura provas para embasar a condenação e que tem uma postura extremamente ativa no processo, não deixou de existir.

Diante dessas tendências divergentes, inclusive observadas nos julgamentos dos tribunais, pretende-se a separação da teoria geral dos processos, por demonstrar-se insuficiente no que tange à correspondência com a realidade da aplicabilidade dos princípios no momento da subsunção, em uma tentativa de ampliar a proteção aos direitos.

## 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

### 1.1 A Magma Carta e a “*law of the land*”

A Magma carta foi a 1ª imposição histórica da supremacia da lei à vontade do monarca, antecessora das modernas constituições. Assinada em 1215 pelo Rei “*John Lackland*”, ou João Sem-Terra, o acordo foi escrito após longas negociações devido à crise das instituições por todo o território. Desmoronava o feudalismo. Seu conteúdo definia alguns direitos em face do soberano e limitava as ações reais, porém, ainda sem proteger os direitos individuais.

Trazia em seu art. 39 a formalização da cláusula “*law of the land*” ao preconizar que:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procedermos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o julgamento legítimo de seus iguais ou de acordo com a lei da terra.

Notadamente um instrumento de contenção do poder, antes exercido arbitrariamente, de aplicação da lei e determinação da obrigatoriedade de julgamento, pois as leis existentes devem ser aplicadas a todos.

Em 1354, o Parlamento Inglês, no reinado de Edward III, alterou o texto e substituiu a expressão por “*by due process of law*”. As duas expressões eram compreendidas como equivalentes. A nova terminologia refletia a ampliação da proteção jurídica, pois não mais fazia referência a um juízo de pares ou lei da terra, mas a um processo legal de modo a garantir a proteção do direito material.

A expressão aparece ainda em 03 (três) importantes diplomas legais ingleses: *Petition of Rights* (1628); o *Habeas Corpus Act* (1679) e *Act of Settlement* (1701).

### 1.2 “*Bill of rights*” e a Cláusula do “*due process of law*”

Após o surgimento na Inglaterra, foi incorporado pelas colônias inglesas na América do Norte. Devido a diferente base cultural, o princípio foi compreendido e aplicado de forma própria.

O primeiro diploma legal em que estava previsto era o “*Bill of Rights*” da Virginia, em 1776, antecedente da declaração de independência americana e que trazia em seu

8º dispositivo: “*That no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgement of his peers*”.<sup>1</sup>.

Este foi apenas o primeiro texto normativo que trouxe esta ideia, sendo reproduzida também nas declarações de direitos de Delaware (1776), Maryland (1776) e Carolina do Norte (1776). A assinatura do Tratado de Paris (1783), após a declaração de independência, conferiu liberdade e independência às 13 colônias norte-americanas, com a promulgação da Constituição em 1787, porém esta não continha uma declaração de direitos. Em 1791, foram propostas dez emendas à Constituição Americana, sugeridas ao Congresso por Thomas Jefferson, Madison e Masson, a fim de instituir um rol de direitos de liberdade, chamados de “Bill of Rights”, visando a limitação do poder do governo. Cumpre destacar a Emenda nº 5, que preconizou o devido processo legal:

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation<sup>2</sup>.

Com o advento da Guerra Civil, em 1896, aprovou-se a XIV Emenda, para harmonizar as Constituições dos Estados com a da União, que também se referia ao devido processo legal em seu conteúdo normativo. Esta alteração constitucional buscou a ampliação dos direitos a todos os indivíduos norte americanos, a proteção das minorias contra arbitrariedades das leis.

Ada Pellegrini Grinover explica que se fez necessária a inserção da emenda XIV à Constituição norte-americana porque o “*Bill Of Rights*” protegia as liberdades individuais apenas contra lesões de órgãos federais. E, mais tarde, sentiu-se a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra os abusos praticados pelo poder estadual.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Tradução livre: “Nenhum homem será privado de sua liberdade, exceto pelo devido processo legal ou pelo julgamento de seus pares”.

<sup>2</sup> Tradução Livre: “*Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande júri, com exceção dos casos levantados pelas forças terrestres ou navais, ou pela milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou perigo público; não será sujeito pela mesma ofensa duas vezes a colocar em risco sua vida ou parte do corpo; tampouco será compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si mesmo, ou privado de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem será a propriedade privada tomada para uso público sem a devida compensação*”.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo, Bushatsky, 1975.

Desta forma é possível compreender a importância histórica do princípio do devido processo legal, visto ter ensejado diversas construções principiológicas e por constituir uma dos primeiros limitantes ao uso do poder arbitrário pelos governantes, buscando a inclusão do indivíduo e a forma mais correta da aplicação da justiça.

### **1.3 O devido processo legal no constitucionalismo norte-americano**

O princípio, naturalmente, sofreu diversas modificações ao longo do seu desenvolvimento histórico, destacadamente quando se observa a utilização e interpretação deste dada pela Suprema Corte norte-americana. Como exposto, adveio da influência anglo-saxônica exercida no continente, porém, devido a uma questão de estrutura estatal, era compreendido e aplicado de forma diversa, relativamente à Inglaterra e aos EUA.

Inicialmente o devido processo legal era uma imposição apenas ao legislativo à modificação de estruturas do processo que limitassem arbitrariamente os direitos fundamentais. Tal limitação foi estendida aos demais poderes (Executivo e Judiciário), e a cláusula adquire um significado de igualdade “na lei” e não mais somente “perante a lei”.

Notadamente, o princípio possuía uma aplicação apenas no direito processual penal, visando conter as arbitrariedades contra a liberdade pessoal. No início do séc. XX, os tribunais começam a buscar o direito a um processo inspirado em princípios universais e superiores de justiça. Desta forma, sua interpretação é ampliada, em uma tentativa de alcançar todas as situações judiciais.

A acentuação das liberdades civis para afastar qualquer obstáculo injustificado à tutela dos direitos individuais difunde ao máximo as aplicações do devido processo legal e a Suprema Corte norte-americana, em seus julgados, desenvolve duas doutrinas marcantes, a *Procedural Due Process* e *Substantive Due Process*. O princípio adquire a natureza material juntamente com a processual, desta forma, buscam leis razoáveis em sua substância (observando a essência dos direitos e valores protegidos) para evitar que a cláusula fosse ineficaz, ao ser aplicada no processo.

O devido processo local torna-se uma garantia universal e fundamental. O constitucionalismo norte-americano se desenvolveu com fundamento na liberdade do povo em relação aos seus soberanos, tendo como forma de defesa a superioridade da lei nacional sobre as leis do parlamentar inglês. Qualquer lei que contrariasse a lei constitucional era

declarada nula, e esse controle, desde sempre, era feito pelos juízes, que tinham o poder de medir a leis segundo a medida da constituição.

O constitucionalismo que se estruturou nos EUA fundou três alicerces indispensáveis para a doutrina do devido processo legal: a supremacia da constituição, o controle dos poderes instituídos e a supremacia judicial. A sua continuada adoção pela Suprema Corte contribuiu e, ainda contribui, diretamente para a definição dos contornos do princípio.

A flexibilidade inerente à cláusula do *due process of law* torna difícil sua conceituação precisa, até mesmo pela estrutura do sistema do direito norte-americano, mas é inegável que expressa o fundamento do exercício do controle de constitucionalidade das leis por meio do exame da razoabilidade.

#### **1.4 O devido processo legal no constitucionalismo brasileiro**

O princípio do devido processo legal, no Brasil, foi adotado expressamente apenas com o advento da Constituição de 1988, o que pode ser claramente observado no Código de Processo Civil e de Processo Penal, diplomas jurídicos anteriores à Constituição, que não trazem a expressão “devido processo legal” ou a previsão implícita do princípio.

Ademais, o histórico do país, relativamente ao que se refere a textos normativos com força jurídica mostra que não havia um respeito a estes, pois estes eram considerados apenas inspirações, porém a mercê das arbitrariedades e intervenções estatais. Havia a previsão dos direitos e garantias fundamentais, no entanto, a sua efetivação não era concreta.

Assim como ocorreu nos países onde o princípio surgiu e se desenvolveu, sua compreensão histórica esta voltada para o seu aspecto formal e vinculado ao processo penal. Apesar da influência anglo-saxônica, seu desenvolvimento depende do histórico e cultural do local, logo sua adaptação se deu de acordo com as condições particulares da identidade nacional.

Notadamente, nas constituições antecessoras, percebemos que havia a previsão dos princípios que comumente são correlacionados ao devido processo, constando algumas garantias, porém, assim como os demais direitos, estes não possuíam eficácia ou efetividade frente ao poder.

O direito à ação, primeira garantia relativa ao processo, foi idealizado na Constituição de 46 com a previsão de acesso à justiça, pela não exclusão da apreciação pelo judiciário de qualquer lesão a direito individual.

A principal característica da Constituição de 88 é a presença de rol taxativo no tocante a direitos e garantias, em uma tentativa de romper com o passado cultural marcado pelas arbitrariedades dos regimes repressivos. É neste contexto histórico que somos contemplados com uma referência expressa ao devido processo legal, no art. 5º, inciso LIV, que preleciona: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Conforme salienta o Ministro Gilmar Mendes, é provável que a garantia do devido processo legal configure um das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional e mais, no âmbito das garantias do processo, este assume uma amplitude inigualável e um significado único por ser um postulado que se desdobra em outras tantas garantias jurídicas<sup>4</sup>.

O texto constitucional é composto por diversos princípios processuais traduzidos em direitos e garantias individuais. Neste diapasão temos a imprescindibilidade do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV); a proibição da prova ilícita (art. 5º, inciso LVI); a publicidade (art. 5º, inciso LX e art. 93, inciso IX); o acesso à justiça (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV); a fundamentação das decisões (art. 93, inciso IX); a celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII); a igualdade (art. 5º, inciso I); a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI); duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII). Esses princípios compõem o significado cultural brasileiro atribuído ao devido processo legal.

Importa destacar que o devido processo legal brasileiro não pode ser analisado com uma remissão às escolhas estadunidenses, pois este só assume significado e consequente força normativa no instante em que é observado e compreendido em sua própria cultura.

O ajuste do instituto no Brasil não pode basear-se nas mesmas influências sofridas pela cultura americana e sim ser construída a partir da análise do contexto tipicamente brasileiro, buscando um processo justo e harmonizado com as particularidades de nossa cultura.

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 685.

## 1.5 O hibridismo do sistema processual

O Brasil possui um sistema uno de jurisdição, no qual é observado um controle do poder e a possibilidade de revisão judicial para que sua legalidade seja efetiva. As Constituições brasileiras, baseadas na tradição do *civil law*, para uma melhor efetivação desse controle, possuem também influências do direito norte-americano, resultando em um sistema jurídico híbrido.

Este hibridismo decorre da observância de conteúdo decorrente da *common law* norte americano concomitantemente ao *civil law* romano-germânico, que é a base do nosso sistema, como mencionado acima. A tradição brasileira mostra-se, portanto, peculiar, pois apresenta traços das tradições europeias e norte-americana.

No Brasil, não possuímos preconceitos jurídicos e buscamos inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente.<sup>5</sup> Cumpre salientar que a *common law* orientou a ordem político-constitucional enquanto a tradição do *civil law* foi recepcionada infraconstitucionalmente (âmbito do direito privado, administrativo e penal).

Estabeleceu-se um paradoxo visto que o direito romano germânico não trata o direito processual da mesma forma que estabelecemos no sistema jurídico brasileiro, concebendo um pleito cível *lato sensu*, em que “se tratam pretensões de direito público, as vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias, leis, regimentos, avisos, portarias), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual”.<sup>6</sup>

Observa-se que o âmbito constitucional influenciado pela tradição do *common law* agregou o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e a possibilidade do controle judicial dos atos dos demais poderes (*judicial review*), juntamente com a sua forma de interpretação e de aplicação do princípio do devido processo legal, um instrumento para a contenção do poder arbitrário.

Possuímos no sistema jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review*). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, construímos um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmulas, julgamento modelo para causas repetitivas, jurisprudências), notadamente inspirado no *common law*.

---

<sup>5</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª edição, volume 1. Bahia: 2011.

<sup>6</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Tese de doutorado – “A Constitucionalização do Processo : a virada do paradigma racional e público no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. UFRS, 2005.

Necessário mencionar que esta aproximação dos sistemas em nosso ordenamento, fundado no *civil law*, leva ao fortalecimento dos princípios enquanto cláusulas gerais abertas, notadamente no que se refere ao devido processo legal, mantendo o âmbito de discricionariedade do julgador, mas ampliando a possibilidade de decisões baseadas na razoabilidade e proporcionalidade, originando uma tradição jurídica própria e bem peculiar.

## 2. CONTEÚDO CONTEMPORÂNEO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

### 2.1 O dinamismo da cláusula *'due process of law'*

Superado o desenvolvimento histórico, passemos para uma questão polêmica, qual seja a definição do princípio do devido processo legal. A dicção constitucional indica que ele é um ente eminentemente instrumental e manifesta-se em todos os ramos do Direito. Caracterizado pelo trinômio vida/liberdade/propriedade, tutela os maiores bens do ser humano, em seu sentido mais amplo e genérico possível.

Segundo Hermes Zanetti, “o estudo do devido processo legal revela que seu conteúdo só pode ser apreendido em suas concretizações, sendo que qualquer tentativa de fixação ou definição será ‘mera ilusão tópica’. Não obstante, o vetor de seu progresso será, sempre, o controle do poder”.

Ao longo do tempo, os doutrinadores e juristas bem como os aplicadores do Direito tem evitado criar uma definição compreensiva e preferem que esta seja elaborada através da sua aplicação progressiva, no curso das decisões. Apesar desses posicionamentos, alguns doutrinadores e juristas se arriscaram nesta tarefa de conceituar o princípio do devido processo legal.

Em um trabalho conjunto com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover define o devido processo legal como uma fórmula do “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”<sup>7</sup>.

Maria Helena Diniz afirma que é um “princípio constitucional que assegura ao indivíduo o direito de ser processado nos termos legais, garantindo o contraditório, a ampla defesa e um julgamento imparcial”.<sup>8</sup>

É, claramente, uma expressão um tanto quanto vaga e de difícil determinação. O importante, no entanto, não é delimitar o princípio, mas saber que este influencia decisivamente a vida das pessoas e seus direitos. Como todo e qualquer princípio, a sua aplicação demonstra a sua sujeição às variantes histórico-culturais.

---

<sup>7</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>8</sup> Dicionário Jurídico. São Paulo, Editora Saraiva, 1998, v. 2, p. 125.

Assim, o devido processo legal apresenta-se como um dos mais importantes princípios constitucionais, em seus dois aspectos: formal (*procedural due process*) e substancial (*substantive due process*), verificável no caso concreto e com incidência direta sobre os processos jurídicos. Podemos concluir que no Brasil, seguindo a inspiração norte-americana, a garantia ao princípio do devido processo legal não se efetiva somente em termos processuais, mas também em termos materiais.

O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias. Assim, em diversos casos, é possível fazer referência direta a este em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes dele. O princípio pode, ainda, assumir características autônomas ou complementares. A construção do processo devido é obra eternamente em progresso.

Portanto, o devido processo legal, considerando em seus aspectos substantivo e processual, através de todos os demais princípios que dele decorrem, constitui-se em ferramenta essencial, garantindo a efetividade do Estado Democrático de Direito.

## **2.2 As faces formal e substancial**

O devido processo legal, em seu nascimento, confunde-se com a própria *common law*, tratando-se de um princípio fundamental desse sistema. Genericamente, caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, o que vale dizer, tudo o que disser respeito à tutela desses bens está sob a tutela do *due process of law*. Como já devidamente explicitado no corpo deste texto, o devido processo legal é dividido em dois aspectos: *substancial* e *procedimental* – em decorrência de seu desenvolvimento histórico-cultural.

Passa-se, à análise das duas dimensões do devido processo legal, iniciando com a modalidade originária: a procedimental.

### **2.2.1 *Procedural due process os law***

A face processual é a mais nítida historicamente e pode ser conceituada como a necessidade de existência e obediência a um procedimento anteriormente previsto em lei para a regulação do desenvolvimento do processo.

No Brasil, especificamente no campo processual, o art. 5º, inciso LIV, preleciona a indisponibilidade das garantias e exigências inerentes ao processo, observando que ninguém poderá ser atingido por atos que não estejam previamente definidos em lei.

Neste sentido podemos explicitar como sendo compreendido por este âmbito do devido processo legal a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 93, inciso IX), ao que deve somar-se, ainda, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ainda, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser requisito do devido processo legal a duração razoável do processo judicial e os meios que garantam sua celeridade (art. 5º, inc. LXXVII). Como pode se verificar, o princípio do devido processo legal é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Na esfera procedimental a parte deve ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível. Efetivar as garantias processuais é garantir o devido processo legal. O devido processo legal se vincula muito mais aos princípios constitucionais do que simplesmente seguir o procedimento previsto em lei. Além disso, o devido processo legal tem um conteúdo aberto/dinâmico e evolui com a passagem do tempo.

Como pode ser observado, esta esfera atua diretamente sobre o poder procedimental do Estado, coibindo a tomada de decisões arbitrárias, tem por viés a consecução de todas as garantias constitucionais processuais a todos os procedimentos. O devido processo legal é um corolário da ordem democrática. Um direito fundamental dinâmico e indispensável à organização do sistema processual.

### ***2.2.2 Substantive due process of law***

A esfera substancial é a modalidade mais ampla do devido processo legal e surgiu devido a existência de um conteúdo abstrato e predeterminado de parte do direito norte-americano. Era utilizado como um critério de razoabilidade e proporcionalidade para controle das normas editadas pelo Legislativo. Aos poucos, de acordo com a demanda e necessidade, os tribunais passaram a aplicar a cláusula do devido processo também no que se refere ao

mérito da lei e não somente no que concerne o procedimento pelo qual a mesma era estabelecida.

Desta forma, as cortes americanas, em 1850, declararam que as leis deveriam ser também ‘razoáveis em sua substância’, criando assim uma limitação do Estado como um todo, não só ao Poder Judiciário.

Trata-se, portanto, de uma limitação material à atuação legislativa do Estado, devendo ser a lei, necessariamente, razoável. De acordo com o princípio do devido processo legal substantivo, todas as normas jurídicas e atos do Poder Público poderão ser declarados inconstitucionais por serem injustos, irrazoáveis ou desproporcionais, afigurando-se como limite à discricionariedade do legislador, administrador e julgador.

São norteadores desta esfera os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo como objeto basicamente a análise dos critérios e medidas, contribuindo para a criação de realidades mais justas e equânimes no ordenamento nacional, porquanto, atribuindo ao Poder Judiciário instrumentos mais capazes de alcançar a justiça. Assim, uma lei que viola as garantias constitucionais, viola também o devido processo legal. Protege-se a liberdade, a vida e a propriedade de qualquer ato do Estado.

No Brasil, o Supremo tribunal Federal tem se utilizado cada vez mais do devido processo legal substantivo. Vejamos um trecho da ementa da ADI 1407/DF:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no **princípio da proporcionalidade**, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (STF – ADI 1407 MC/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Julgamento em 07/03/1996. Publicação em 24/11/2000).

Desta forma, a cláusula que surgiu como um controle processual ao poder do governante transfigura-se em um limite de justiça tutelando todo e qualquer direito dos cidadãos perante o Estado ao abranger a necessidade de vinculação a procedimentos predeterminados em lei, além de exigir proporcionalidade e razoabilidade do conteúdo das decisões judiciais e de todos os atos normativos.

Importa mencionar que, como já explicitado, esta face substancial é dinâmica, assumindo características de acordo com a necessidade histórico-cultural do país e o cenário que este está vivenciando no momento da aplicação e interpretação do princípio. Por este motivo é que não existe uma definição rígida para o que seria o devido processo legal, sendo possível apenas a determinação de uma noção do seu conteúdo na sua função originária de controle do poder.

### **2.3 O conteúdo civil**

O direito processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a maior efetividade possível com a maior proteção concreta dos direitos dos cidadãos.

As garantias fundamentais e o conteúdo processual do devido processo legal abrange tanto o processo civil, quanto o penal, o trabalhista, o eleitoral. O enfoque deste trabalho será o processo civil e o penal, iniciando o estudo no que concerne seu conteúdo na esfera civil.

O conteúdo civil do princípio do devido processo legal é pautado na ideia de paridade de armas entre as partes, oportunizando a elas as mesmas condições de influenciar no convencimento do juiz.

O direito ao processo não deve ser entendido como a simples ordenação de atos, através de um procedimento. Este deve ser realizado em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas e influir sobre a formação do convencimento do juiz.

Estes são alguns dos requisitos para que o processo civil seja compatível com o devido processo legal: igualdade processual das partes; presença do contraditório e ampla defesa bem como que a tutela judicial seja efetiva e prestada em tempo útil, requisito que envolve o princípio da duração razoável do processo. Há uma busca pelo equilíbrio entre os litigantes.

O princípio do **contraditório** está previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, e diz respeito a participação no processo e possibilidade de influência na decisão. É uma garantia de ser ouvido, de poder falar no processo, e ainda, em condições de influenciar na decisão do magistrado. Previsto no mesmo artigo constitucional supramencionado encontra-se, também, a **ampla defesa**, visto serem figuras conexas. A ampla defesa é o conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. As partes devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário.

Segundo Didier, processo devido é processo público<sup>9</sup>. Segundo o princípio da **publicidade**, os atos processuais não ser públicos para proteger as partes contra possíveis arbitrariedades dos juízos (dimensão interna) e permitir o controle da opinião pública sobre o exercício da atividade jurisdicional (dimensão externa).

A Emenda Constitucional nº 45/04 incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88 que assegura a todos a “**razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (anteriormente existia apenas a previsão no art. 5º, §1º da CF/88 de direito ao processo sem dilações indevidas). O processo, portanto, para ser devido, não deve ser célere, este deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

Por fim, o processo devido é aquele no qual é garantido a igualdade processual. Os sujeitos processuais devem receber tratamento idêntico, com uma paridade de armas. Deve ser proporcionado as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos para que possa perseguir os seus direitos. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, imparcialmente, as deficiências de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Segundo Didier, o princípio da igualdade confunde-se com o devido processo legal substancial<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Ibidem.

## 2.4 O conteúdo penal

O devido processo legal, conforme já mencionado, possuía sua aplicação originária apenas no direito processual penal, porém teve sua interpretação estendida para alcançar os demais ramos do direito no ordenamento.

Em sua acepção inicial abarcava o júri/julgamento pelos pares, garantia do contraditório, de ser acusado em um processo justo e correto. Buscava-se o equilíbrio entre a acusação e a defesa.

Notadamente, alguns elementos são mais valorizados quando se cuida de direito processual penal, uma vez que aqui o particular estará quase sempre em situação de defesa de posições jurídicas que estão na iminência de serem atingidas.

Nesta esfera, também se aplicam as mesmas garantias fundamentais do Processo Civil, especialmente quando não envolver a liberdade ou outro direito da personalidade. As garantias do processo penal visam, sobretudo, a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, desenvolvendo assim a confiança do cidadão no Estado de Direito <sup>11</sup>.

No âmbito penal se garante ao acusado a autodefesa, como corolário da ampla defesa, o contraditório (não se pode impedir que o acusado participe da produção dos atos, tenha conhecimento das provas produzidas), atribuição do ônus da prova à acusação, direito ao silêncio, vedação de condenação baseada em prova ilícita, direito de não autoincriminação, direito de ser processado pelo promotor natural e julgado pelo juiz natural, entre outros.

A autodefesa no processo penal abarca tanto o direito de o acusado estar presente em todos os atos da instrução, quanto o de oferecer alegações e provas pessoalmente, como também o de participar do contraditório e dos debates. Neste diapasão encontra-se o direito de ser informado do curso da investigação e do conteúdo da imputação que é feita ao réu, para que desta forma este possa preparar uma defesa eficaz. Para elaboração desta defesa, desde o início das investigações, o acusado (indiciado na fase administrativa) tem o direito à assistência de um advogado, que ficará responsável pela defesa técnica, na medida do necessário.

De qualquer modo, ninguém pode ser condenado, em processo civil ou criminal, com base em prova colhida sem que tenha sido assegurada a sua participação pessoal no ato de produção.

---

<sup>11</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do Processo: o processo justo**. Novos Estudos Jurídicos – Ano VII – nº 14 – p.9-68, abril/2002.

A presunção de inocência do acusado (baseada no princípio do *in dubio pro reo*) impõe o ônus da prova à acusação, ou seja, o representante do Ministério Público, durante o curso da ação penal, deve reunir as provas de todos os elementos do crime, da inexistência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, para afastar a presunção e auxiliar na formação da culpa e no convencimento do julgador, sendo que a defesa tem ampla possibilidade de ação.

Ao acusado é assegurado o direito ao silêncio, popularmente conhecido como o direito de permanecer calado, o que não pode ser interpretado em seu prejuízo. Decorrente deste direito, deduz-se que ninguém pode ser obrigado a prestar declarações ou informações das quais possam ser extraídas conclusões desfavoráveis relativamente à sua responsabilidade criminal (direito a não autoincriminação). Desta mesma forma, não pode haver uma condenação baseada unicamente na confissão do acusado, esta deve estar corroborada com as demais provas coligidas no processo.

A prova passa a ser um dos componentes do direito de defesa, qual seja, o direito de defender-se provando o contrário das alegações, e se estende ao direito de produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da sua defesa. Destarte, a proibição de provas ilícitas se justifica pela necessidade de resguardar a proteção de direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade.

Todos têm direito ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência dos fatos originadores da demanda – princípio do juiz natural - que é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere *in abstracto* o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie, e não por um juízo discricionário ou com a intenção deliberada de que esta ou aquela causa seja julgada por um ou outro juiz.

O julgamento criminal deve ser proferido por órgão absolutamente imparcial e independente do que promoveu a investigação preliminar e a acusação (promotor natural), resultando de processo em que prevaleçam a oralidade, a publicidade, o contraditório com paridade de armas, a estrita correlação entre a acusação e a sentença quanto aos fatos e à identidade do acusado e a livre convicção.

Esta breve síntese não dimensiona o real alcance de todas as garantias fundamentais do processo, apenas tenta definir as suas características básicas, tanto do Processo Civil quanto do Processo Penal, para delimitar o alcance do devido processo legal

nas esferas do direito e confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados para fazer do processo um instrumento apropriado à tutela de todos os direitos.

### **3. APROXIMAÇÃO OU DISTANCIAMENTO DAS ESFERAS PENAL E CIVIL DO PRINCÍPIO**

Na evolução do estudo do Direito, surgiu a denominada Teoria Geral do Processo, com o desafio de analisar os institutos comuns de todos os ramos afins. Contudo, falar em unidade do direito processual não significa estabelecer absoluta identidade entre o processo civil e o processo penal, nem tampouco entender que este possa ser absorvido por aquele. O que se pretende com a Teoria Geral do Processo é, apenas, estabelecer o que seja comum entre os ramos do processo

Apesar desta teoria processual geral, como o próprio nome do trabalho sugere, constata-se direções divergentes ou convergentes para as quais caminham – ou devem caminhar – o processo civil e o processo penal relativamente à aplicação do devido processo legal e, conseqüentemente, à aplicação dos demais princípios a ele relacionados.

Cumprido ressaltar que, os processos, independentemente do ramo do direito ao qual esteja relacionado, buscam uma verdade e esta se materializa com o convencimento judicial, que deve ser construído com a influência persuasiva das partes pelos meios processuais lícitos que são postos à disposição delas. A verdade que legitima a função jurisdicional deve ser construída processualmente, e não buscada como se fosse um objeto perdido e pudesse ser encontrado ao longo de um caminho (atos do processo).

#### **3.1 A aproximação sob o foco do garantismo**

Os ramos do Direito possuem suas peculiaridades que os tornam individuais e são usadas para identificação e classificação dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário, que irá solucioná-los, na medida do possível, bem como, seguindo as orientações das esferas a que pertencem.

Por diversas vezes estas esferas possuem pontos tangenciais, ao utilizarem os princípios e regras constitucionais para orientação dos procedimentos a serem realizados em busca da decisão justa e eficaz.

Devido a estas convergências, os processos possuem características aparentemente idênticas, mas com as suas particularidades que os tornam únicos. Não obstante essas diferenças, todo processo deve ser considerado como um instrumento para alcançar um provimento jurídico capaz de solucionar a lide de forma mais justa e eficaz possível.

Marinoni e Arenhart defendem essa posição que assume o processo, única, independente do ramo do Direito em que se esteja atuando. Segundo eles:

O processo deve ser visto como palco de discussões, a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele <sup>12</sup>.

Neste mesmo sentido, Giovanni Leone <sup>13</sup>, para quem as bases do direito processual são comuns tanto ao processo civil quanto ao penal, elenca três aspectos: ambos tem por objetivo a atuação do Judiciário na solução da lide; em ambos o Judiciário só irá intervir com sua força após o exercício do direito de ação por parte do autor; e em ambos há a presença de três sujeitos processuais: o autor, o réu e o juiz.

Ainda, segundo, Benedito Hespánha:

Se o processo cientificamente é um só, o Direito Processual, que tem no processo o seu objeto fundamental, também é um só. Pensamos que esta unidade científica só se torna possível, graças à Teoria do Processo <sup>14</sup>.

Vicente Greco Filho <sup>15</sup> afirma que há uma supremacia dos *unitaristas* e esta seria resultante do entendimento que une intimamente o processo e a constituição: *"a compreensão unitária do direito processual resultou, especialmente, da verificação de que o poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, é único, e sua estruturação básica encontra-se a nível da Constituição Federal, de modo que resulta inevitável a conclusão de que há algo comum a toda atividade jurisdicional."*

Segundo Eduardo Couture, *"a matéria pode fazer variar a competência, a composição dos tribunais, as formas de tramitação e até a eficácia mesma dos distintos processos. Mas sempre haverá um denominador como a todo essa série de atos: o seu caráter de meio idôneo para dirimir, mediante um juízo, um conflito de interesses jurídico por ato da autoridade"*.

---

<sup>12</sup> SANTELLI, Igor Henrique da Silva. **A Busca Processual da Verdade e os Desafios Opostos dos Processos Civil e Penal quanto à Atuação Judicial.**

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** Brasília: Paz e Terra, 1988.

<sup>14</sup> HESPANHA, Benedito. **Tratado de teoria do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2.

<sup>15</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

A aproximação das teorias processuais civil e penal aqui proposta está justificada no garantismo<sup>16</sup>, e baseada nesta corrente que defendia esta convergência, a corrente *unitarista*, que preleciona que, como explicitado acima, estes são dois ramos distintos da mesma ciência, a ciência do direito processual, não existindo distinção substancial entre ambos (Carnelutti).

Porém, a aproximação baseada no princípio do devido processo legal vai além de observar apenas este aspecto processual e busca a efetivação dos direitos fundamentais no processo civil e não mais interesses meramente particulares.

O processo civil é marcado pelo princípio da isonomia das partes (paridade de armas) e por possuir uma atuação do juiz mais intensa durante os procedimentos. Sempre parte-se da premissa de que as partes são parificadas e que os interesses em disputa são meramente patrimoniais e particulares. Desta forma, observamos um princípio da imparcialidade mais marcante, rígido, visto que não há interesse público envolvido. Assim, o juiz, apesar de ativo, mantém-se o mais afastado possível contentando-se com a verdade formal.

Já o processo penal desenvolve-se a partir do sistema acusatório o que impede e contém a atuação judicial. O envolvimento do interesse público atua como justificador das restrições, de duvidosa legitimidade, às garantias fundamentais. Com o escopo de reprimir a criminalidade, confere-se ao juiz amplos poderes para buscar a verdade, dentro dos limites do seu ativismo.

Desta forma, a aplicação no processo civil do princípio inquisitivo, predominante no direito processual penal, em detrimento do dispositivo, para esta aproximação garantista, deve ser acentuada. A exigência da certeza (busca pela verdade real e não apenas formal) para embasar um decreto condenatório, sempre invocado para a atuação do juiz e desenvolvimento do procedimento penal, deve ser incorporada no processo civil, em que a atuação é mais tímida.

Afinal de contas, as duas esferas estão em busca da verdade processual, que deve ser formada através do convencimento judicial, resultante do discurso das partes em

---

<sup>16</sup> Segundo Aury Lopes Junior, com base nos ensinamentos do Mestre Luigi Ferrajoli, pode-se afirmar que: “o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo”. E continua, ao afirmar que o Garantismo Penal “consiste na tutela dos direitos fundamentais, de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e prepolíticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia”. Aury Lopes Junior destaca que levando em conta a afirmação de Luigi Ferrajoli, entende-se que “o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais” em <http://grupocienciascriminais.blogspot.com.br/2013/04/falando-sobre-garantismo-penal.html>

contraditório. Neste diapasão, vale lembrar que a base principiológica constitucional é aplicável a todos e a qualquer processo.

Diante de tais considerações, percebe-se que a positivação dos direitos fundamentais e a instituição do Estado Democrático de Direito ocasionaram grandes alterações nos estudos do direito processual, tornando estreita a vinculação entre o processo e a Constituição, de modo que somente é possível estudar o processo a partir de uma perspectiva constitucional, ou seja, partindo da afirmativa que todo processo é constitucional estando sujeito à Supremacia da Constituição.

Desse modo, o processo, analisado pela teoria constitucionalista, passa a ser compreendido como garantidor de direitos fundamentais, rompendo, por consequência, com a teoria do processo como relação jurídica e com a escola instrumentalista do processo (reconhecendo-o como uma relação jurídica e conferindo um excesso de poderes ao julgador).

A aproximação também é justificada por outro fator que deve ser considerado, o crescente número de direitos indisponíveis, alguns até de caráter pessoal, todos objetos do processo civil, tais como direitos do consumidor, do meio ambiente, dos idosos, das mulheres, crianças e adolescentes, dos deficientes, e ainda, os direitos de família, alimentos, que acabam envolvendo o polêmico “interesse público” e não devem mais ser tratados em um procedimento que se preocupava apenas com direitos patrimoniais e individuais.

Carreira Alvim menciona alguns argumentos da corrente unitarista que devem ser considerados e utilizados também para justificar esta aproximação entre as teorias processuais, tais como, ser a ação um direito subjetivo público contra o Estado, não há uma ação penal diferente da ação civil, apenas a natureza da pretensão é que difere; e que jurisdição é sempre função pública e soberana do Estado, exercida pelo Poder Judiciário, pouco importando que o conflito a ser dirimido seja de natureza penal ou extra penal.

Assim, somente é possível que um provimento (independente de sua natureza jurisdicional, administrativo ou legislativo) garanta, de forma devida e eficaz, o direito pretendido, se permitir a participação de todos os interessados, observando o devido processo legal, oportunizando, assim, o contraditório e a ampla defesa, garantindo a construção de um provimento participado, mediante a disciplina constitucional.

Segundo esta teoria, ser contrário a esta tendência da universalização da tutela jurisdicional seria negar a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Reafirma-se a assegução da igualdade entre as partes, mantendo a imparcialidade do juiz designado pela Constituição Federal e leis processuais (juiz natural). Assegura-se, ainda, o contraditório, que

impõe oportunizar igualdades no processo com projeção de participação efetiva das partes e do juiz. Ainda, impõe-se observar a necessidade de motivação das decisões judiciais, assegurada a publicidade dos atos processuais, salvo hipóteses excepcionais.

Em sua célebre obra, Luigi Paolo Comoglio enumera o que Dinamarco chama de garantias mínimas de meios e de resultado do processo, com vistas a alcançar uma tutela adequada e efetiva, e que consistem em: (1) igualdade e contraditório das partes perante o juiz; (2) pré-constituição pela lei do juiz natural; (3) sujeição do juiz somente à lei; (4) proibição de instituição de juízos extraordinários ou especiais e (5) independência e imparcialidade dos órgãos jurisdicionais<sup>17</sup>.

De tudo isso, pode-se afirmar que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e uma atenta valoração dos interesses a tutelar. Importa é que um processo seja justo, à disposição dos que pedem justiça, o que só poderá ser determinado ponderando-se as circunstâncias do caso posto em julgamento<sup>18</sup>.

### **3.2 Distanciamento sob a ótica de diferentes teorias gerais do processo**

De outro lado, está a possibilidade de distanciamento das teorias processuais, assim como propõem a corrente *dualista*, que sustenta que o direito processual civil e o direito processual penal são substancialmente distintos entre si, constituindo, pois, duas ciências jurídicas distintas.

As inúmeras peculiaridades dos objetos de estudo do direito processual penal assim como do direito processual civil desafiam a elaboração de novas teorias, uma vez que a generalidade não se coaduna com as especificidades, para que os direitos fundamentais pertinentes a cada esfera sejam devidamente garantidos.

O desenvolvimento da teoria do direito processual penal pode ser o caminho para estabelecer um procedimento harmônico e eficiente, sem contradições, imperfeições e equívocos decorrentes das peculiaridades do processo civil, empregados no processo penal.

A principal sustentação do problema é a constatação da necessidade de uma teoria do direito processual penal, para adequar o tratamento realizado aos princípios, regras e institutos próprios. Não se pode deixar de observar que a Teoria Geral do Processo trabalha

---

<sup>17</sup> *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Padova: CEDAM, 1970. p. 156

<sup>18</sup> O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

com conceitos eminentemente civis, criando uma deficiência de proteção às garantias penais e de interpretação dos seus dispositivos legais específicos.

Vincenzo Manzini, seguindo a tradição da escola italiana, estrutura o direito processual penal como ciência autônoma do processo civil. Explica que “o processo penal se diferencia do processo civil principalmente por seu objeto”. Enquanto o objeto do processo penal é uma pretensão punitiva do Estado, o do civil é geralmente uma pretensão a uma prestação de direito privado <sup>19</sup>.

O interesse sempre será público no processo penal e a pretensão punitiva é sempre indisponível. Prevalece nesta esfera a oralidade, ao contrário do que acontece no processo civil.

E continua afirmando que ninguém está obrigado, na área cível, a iniciar a ação (provoca-se o judiciário por vontade própria de buscar uma solução jurídica para o conflito – salvo nos casos excepcionais em que a iniciativa compete ao Ministério Público). Tratando-se da ação penal, existe uma obrigação funcional do Ministério Público de promovê-la. Conclui Manzini que “tudo se contrapõe nitidamente aos princípios do direito processual penal” <sup>20</sup>.

Apesar das diferenças apontadas, o autor não nega que estas disciplinas também mantêm uma relação, porém afirma ser esta relação de reciprocidade, devido ao que se vê de comum entre os dois na atividade jurisdicional.

Eugenio Florian é outro doutrinador que defendeu esta posição dualista da ciência do processo e, na defesa de uma teoria processual penal argumentou que o processo penal é o instrumento, normalmente, indispensável, para a aplicação da lei penal enquanto o processo civil, nem sempre é necessário para atuar nas relações de direito privado (corroborando desta forma com o pensamento externado por Manzini) <sup>21</sup>.

Completo seu posicionamento afirmando que o poder dispositivo das partes, relativamente à ação penal, é muito restrito, o que ocorre inversamente no processo civil, no qual é grande este poder das partes de dispor dos seus direitos e realizarem transações <sup>22</sup>.

Finalmente, convém mencionar que o precursor da corrente unitarista, Francesco Carnelutti, mudou seu posicionamento após anos de estudo da teoria penal e admitiu que cometeu um equívoco ao afirmar que o Direito Civil é a verdadeira ciência do Direito e

---

<sup>19</sup> MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale**. Padova, Cedam, 1967, p.14.

<sup>20</sup> MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale**. UTET, 1931, v.1, p.70

<sup>21</sup> FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Processual Penal**, trad, de Pietro Castro, Barcelona, Bosch, 1931, p.22.

<sup>22</sup> Esta particularidade decorre não da natureza do processo, mas da própria lide. O processo é distinto da lide, que é seu conteúdo. Nem sempre o processo civil é dispensável para a composição das lides extrapenais.

afirma que é inegável que estes ramos se situam em posições diferentes e que com o passar do tempo o ensino de ambas disciplinas se separou <sup>23</sup>.

Até os dias de hoje, o processo penal, para progredir, recorre a algumas adaptações dos conceitos construídos pela ciência do Processo Civil para explicar os fenômenos processuais penais, uma teoria ainda depende da outra.

É importante possuir uma teoria geral, pois os diversos ramos do direito possuem aspectos comuns, porém, não se pode abandonar os pontos em que divergem e estagnar o estudo de cada ramo processual específico, pois há a possibilidade de se ter uma prestação jurisdicional efetiva, mas não eficaz em sua totalidade.

Percebe-se que existe uma aproximação do processo penal ao constitucional (extensão dos regramentos constitucionais à persecução penal) e isso corrobora com a necessidade de desvincular cada vez mais a esfera penal da civil para que aquela possa desenvolver-se plenamente, baseando-se no devido processo legal como um princípio constitucional norteador e efetivador das garantias.

Não obstante, o direito italiano adotou a separação dos códigos ao tratar do processo civil e do processo penal<sup>24</sup>, que confere tratamento específico para os seus problemas criminais enquanto, no direito brasileiro, ainda adotamos subsidiariamente o Código de Processo Civil no que o Processo Penal é lacunoso (através da analogia *in bonna partem*).

Nota-se um conflito existente entre o desejo de um processo ao qual sejam asseguradas as garantias formais com a ânsia de ter-se à mão um instrumento processual eficiente e funcional.

Ada Pellegrini ressalta que as semelhanças existentes nos procedimentos não podem implicar “na falha ideia da identidade de seus ramos distintos. Conforme a natureza da pretensão sobre a qual incide, o processo será civil ou penal”. Paulo Rangel profere sábias palavras ao afirmar que “a famigerada teoria geral do processo não serve para ambas as ciências, civil e penal” <sup>25</sup>.

É indiscutível e inegável que o conteúdo do processo penal, que é a pretensão punitiva, individualiza o ramo jurídico denominado processual penal. O atual código permanece com vícios de anos atrás, maculando em alguns dos seus dispositivos o devido

---

<sup>23</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o direito penal**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno, Campinas, Bookseller, 2004, t.1

<sup>24</sup> Código de Processo Penal – DPR 447, 22 de setembro de 1988

<sup>25</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p.xlix.

processo legal, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado, demonstrando a necessidade de reescrever o descontextualizado direito processual penal.

O devido processo legal exige do processo penal a materialização do procedimento de forma rigorosa a obedecer todas as formalidades normativas, a fim de julgar os conflitos de alta relevância social, de forma justa. Desta forma, convém designar este instituto nesta esfera como “devido processo penal”, por se relacionar às regras constitucionais atinentes à persecução penal (acesso à justiça, estado de inocência do acusado, ampla defesa, licitude dos meios de obtenção das provas, juiz natural, motivação das decisões penais e razoável duração do processo)<sup>26</sup>.

O devido processo legal pode ser considerado como cláusula organizatória, pois a violação a um desses direitos fundamentais será uma violação direta ao princípio e o ato carecerá de legitimidade.

Até o momento, contentamos com a mera transferência mecânica dos princípios, regras, institutos do direito processual civil para o direito processual penal, resultando na teoria geral do processo, construção que deve ser aperfeiçoada, à luz do devido processo legal.

É do devido processo legal que emana o conjunto de proibições que atua como escudo de proteção do acusado (e também dos não-criminosos) contra os excessos do Estado-Acusador e ao mesmo tempo condiciona a validade das regras e dos pronunciamentos pretorianos que as interpretam e as aplicam.

Conforme mencionado anteriormente, o processo penal é um instrumento normalmente indispensável para a aplicação da lei penal, sendo, portanto, maior a incidência do princípio do devido processo legal nesta esfera do que pode ser observado no âmbito civil, no qual o processo nem sempre é necessário para atuar nas relações de direito privado. Ademais, a tutela jurisdicional prestado no processo civil não é rigidamente inflexível, sendo facultado ao juiz uma margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas. O processo possui um procedimento previsível, porém ajustável à necessidade para prestação de uma tutela adequada e efetiva, características compatíveis com os direitos que são protegidos por este ramo do direito.

Imprescindível observar que este ajuste e flexibilidade não podem ser transportados para o processo penal em vista da indisponibilidade dos direitos tutelados por esta esfera. Nesta seara, não cabe a aplicação do princípio do dispositivo, logo, o poder dispositivo das partes é muito restrito, devendo ser observado com maior rigor o devido

---

<sup>26</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. RT, 2002.

processo legal e os demais princípios dele decorrentes. Há uma notável preocupação com certos aspectos do processo para os quais as regras tradicionais e importadas do direito civil não podem solucionar. Por isto a proposta de criação de uma teoria processual penal mais aprofundada, visando uma maior segurança jurídica e proteção dos direitos fundamentais envolvidos.

A legitimidade da jurisdição exige um tratamento paritário entre os sujeitos do processo, provocando que ambas tenham igual oportunidade de participação na construção do provimento final. E tal igual oportunidade de participação só pode ser obtida no processo penal se existir uma atividade dinâmica, ativa, na busca do equilíbrio da formação do procedimento.

Contudo, a prática vivificada demonstra que nem sempre os princípios básicos, principalmente as garantias relativas ao acusado, têm sido devidamente respeitados. Há uma preocupação exacerbada com a observância da forma em detrimento da proteção efetiva dos direitos advindos do devido processo legal. No processo penal, o princípio do devido processo legal se desdobra e diz respeito direta e prioritariamente sobre as garantias de acesso à Justiça, do juiz natural, do tratamento paritário dos sujeitos processuais, da plenitude de defesa, da publicidade dos atos processuais, da motivação dos atos decisórios e da fixação de prazo razoável de duração do processo.

A atual estruturação do sistema processual penal brasileiro tem demonstrado o total desrespeito ao princípio do devido processo legal, mostrando-se um sistema desigual, com tratamento desigual aos sujeitos processuais, não garantindo minimamente os direitos e garantias assegurados pela Constituição.

Há que se repensar o processo. Necessário se mostra resgatar a ideia de processo como sendo o espaço privilegiado do debate, do diálogo, da fala. Não é mais admissível que o processo continue sendo o espaço do conflito, sendo necessária uma urgente revisão do mesmo, onde haja um efetivo respeito pelo princípio do devido processo legal e a busca pela reconstrução do fato não seja apenas formal ou aparente, mas o Estado realmente seja presença e não apenas uma sombra de Justiça.

Cumprido salientar que, por também possuir normas constitucionais e infraconstitucionais como fundamento, tal trabalho não seria árduo. Este seria composto pela integração dos diversos conteúdos do direito pena (investigação criminal, ação penal, processo penal, jurisdição penal e execução da pena).

## CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa que proporciona lastro ao presente trabalho a intenção é de analisar o desenvolvimento do devido processo legal como princípio constitucional apto a embasar a divisão das teorias gerais do processo.

O devido processo legal é um princípio dinâmico e seu conceito é construído a partir do contexto histórico e cultural em que está sendo analisado. Surgiu como mecanismo delimitação do poder soberano e desenvolveu-se até adquirir o status de importante garantia processual-procedimental. Composto pelas dimensões procedimental (necessidade de existência e observância de um procedimento previamente estabelecido em lei) e substancial (exigência de proporcionalidade e razoabilidade do conteúdo das decisões judiciais), o princípio possui a posição de direito fundamental garantido constitucional no art. 5º, inciso LIV da Constituição Brasileira.

O conteúdo processual do devido processo legal abrange tanto o processo civil, quanto o penal, o trabalhista, o eleitoral. No âmbito do processo civil, seu conteúdo relaciona-se com o princípio da igualdade, no tocante à paridade de armas entre as partes para influenciarem o livre convencimento do julgador.

No âmbito do processo penal, visa, sobretudo, a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, desenvolvendo assim a confiança do cidadão no Estado de Direito

Atualmente, nosso contexto sugere uma evolução do estudo das teorias processuais e uma gradativa separação do processo civil e do processo penal, para que estas possam ser aprofundadas e, desta forma, serem capazes de oferecer a melhor prestação jurisdicional possível.

A técnica processual tem papel importante na busca da efetividade da jurisdição, que deve ser constantemente revigorada e revisitada, compondo-se à luz dos novos valores. E por isto, a importância do dinamismo do devido processo legal, que permite atrelar a forma a uma finalidade, auxiliando na consecução do objetivo da busca de uma justiça eficaz.

O processo penal é o instrumento do Estado para aplicação da sanção penal ao infrator da norma incriminadora, para tutelar o acusado contra possíveis arbítrios estatais e o princípio do devido processo legal é esta cláusula fundamental para uma sociedade civilizada, permanente na luta contra o autoritarismo.

O critério de distinção entre jurisdição penal e civil, como atividade, está na natureza do caso concreto a ser apreciado pelo Poder Judiciário. Se o conflito envolver pretensões insatisfeitas que poderiam ser satisfeitas pelo obrigado, então essa jurisdição será civil. Quando o conflito de interesses for de alta relevância social decorrente de violação de norma estatal que tutela os bens fundamentais, penal será a jurisdição.

Por mais que se tente aproximar os sistemas processuais, cada vez mais o estudo constata a distância entre os institutos sistematizados pelos cientistas do Direito. É preciso que, ao lado das garantias da forma (*procedural due process of law*), disponha o processo judicial de eficiência e funcionalidade (*substantive due process of law*).

O devido processo penal ultrapassa o sentido formal para exigir o desenvolvimento da persecução e execução penal de forma justa e equilibrada. Logo, a dogmática processual penal preenche todos os requisitos para desenvolver uma teoria própria, desvinculada da teoria geral do processo. As grandes conquistas do direito processual civil devem atingir também os outros ramos do direito processual, neste caso, a proposta é para o direito processual penal.

Espera-se que, ainda assim, o presente trabalho contribua para a melhor explicitação do conteúdo e atuação processual da norma do devido processo legal, de indiscutível relevância em um Estado Constitucional pautado no respeito aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a praxis pretoriana*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 338, p. 75-108, dez. 2005.

DAMACENO, Regina Magna Barreto. *O devido processo legal e sua realização no processo administrativo*. UNIFIEO – Osasco, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª edição, volume 1. Bahia: 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Princípios Constitucionais do Processo*. Revista Trimestral de Direito Público – 1.

FRIEDE, Reis. *A garantia constitucional do devido processo legal*. Justitia, São Paulo: 1995.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do Processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos – Ano VII – nº 14 – p.9-68, abril/2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo, Bushatsky, 1975.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of Law*. Informativo Jurid. da Biblioteca Min. Oscar Saraiva, v.6, n.2, p.71-133, jul/dez – 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 685.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Fundamentos constitucionais do processo: delineamentos para uma teoria geral*. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 9, n. 468, 18 out. 2004](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5792>>. Acesso em: 4 dez. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Processo e constituição*. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

PEREIRA, Tavares. *Devido Processo Substantivo*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1204>> Acesso em 19 de outubro de 2013.

POZZA, Pedro Luiz. *O devido processo legal e suas acepções*. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. 2006.

SANTELLI, Igor Henrique da Silva. *A Busca Processual da Verdade e os Desafios Opostos dos Processos Civil e Penal quanto à Atuação Judicial*.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Considerações atuais sobre o devido processo legal*. Disponível em <<http://www.scarparo.adv.br>>.

SCHREIBER, Simone. *A norma do devido processo legal em seu aspecto procedimental e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 815, 26 set. 2005](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7334>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. RT, 2002.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Tese de doutorado – “A Constitucionalização do Processo : a virada do paradigma racional e público no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. UFRS, 2005.

