

CONSELHO INTERNACIONAL – Andrea Proto Pisani (Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Edoardo Ricci (Itália), Eduardo Oteiza (Argentina), Elio Fazzalari (Itália), Emmanuel Jeuland (França), Federico Carpi (Itália), Francesco Paolo Luiso (Itália), Ignacio Medina (México), Italo Augusto Andolina (Itália), Jairo Parra (Colômbia), José Lebre de Freitas (Portugal), Karl Heinz Schwab (Alemanha), Linda Mullenix (USA), Loïc Cadiet (França), Lorena Bachmaier Winter (Espanha), Luigi Paolo Comoglio (Itália), Mario Pisani (Itália), Mario Vellani (Itália), Michele Taruffo (Itália), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Neil Andrews (Inglaterra), Paula Costa e Silva (Portugal), Pedro Juan Bertolino (Argentina), Peter Gottwald (Alemanha), Roberto Berizonce (Argentina), Roger Perrot (França), Rolf Stürner (Alemanha), Sergio Chiarloni (Itália), Ulrich Haas (Suíça), Victor Fairén Guillén (Espanha), Vincenzo Vigoriti (Itália), Walter Rechberger (Áustria), Wolfgang Grunsky (Alemanha)

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi, Eduardo Cambi, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Ronnie Preuss Duarte

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Thereza Celina de Arruda Alvim (presidente) – Ana Cândida da Cunha Ferraz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clito Fornaciari Júnior, E. D. Moniz Aragão, Edgard Lippman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Galeno Lacerda, Gentil do Carmo Pinto, Gilberto Quintanilha Ribeiro, Hélio Tornaghi, Hermínio Alberto Marques Porto, João Batista Lopes, J. J. Calmon de Passos, José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Carneira Alvim, José Ignacio Botelho de Mesquita, Luiz Fux, Marcelo Zarif, Milton Luiz Pereira, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Russomano, Petronio Calmon Filho, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Sebastião de O. Castro Filho, Sérgio Ferraz, Sydney Sanches, Teori Albino Zavascki

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Jr. (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial) – Ada Pellegrini Grinover, Amauri Mascaro do Nascimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Marcato, Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cássio Mesquita de Barros Júnior, Dirceu de Mello, Donald Armelin, Edson Ribas Malachini, Ennio Bastos de Barros, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandyr Nilsson, Kazuo Watanabe, Marcos Afonso Borges, Milton Evaristo dos Santos, Milton Paulo de Carvalho, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Lauria Tucci, Roque Komatsu, Sergio Bermudes, Vicente Greco Filho

CONSELHO DE REDAÇÃO – Alcides Munhoz da Cunha, Angélica Muniz Leão de Arruda Alvim, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Matteis de Arruda, Antônio Cezar Peluso, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antonio Gidi, Antonio Rigolin, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto Carmo, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Cambi, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Elisabeth Lopes, Fábio Luiz Gomes, Flávio Cheim Jorge, Flávio Renato Correia de Almeida, Flávio Yarshell, Francisco Duarte, Francisco Glauber Pessoa Alves, Fredie Didier Jr., Gilson Delgado Miranda, Gisela Zilsch, Gisele Heloisa Cunha, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Henrique Fagundes Filho, James José Marins de Souza, Joaquim Felipe Spadoni, José Eduardo Carvalho Pinto, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, José Scarance Fernandes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Belinetti, Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sergio de Souza Rizzi, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Mairan Maia Jr., Manoel Caetano, Marcelo Abelha Rodrigues, Marcelo Bertoldi, Marcelo Lima Guerra, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Odilon Ferreira Nobre, Oreste Nestor de Souza Laspro, Patrícia Miranda Pizzol, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Pedro Dinamarco, Rita Ganesini, Rodrigo da C. Lima Freire, Ronaldo Bretas de C. Dias, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Viana, Sérgio Gilberto Porto, Sergio Ricardo A. Fernandes, Sérgio Seiji Shimura, Sidnei Agostinho Beneti, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista, Suely Gonçalves, Ubiratan do Couto Mauricio, Victor Bomfim Marins, William Santos Ferreira, Willis Santiago Guerra Filho

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Peráceo de Paula, André de Luiz Correia, Cláudia Simardi, Cláudio Zarif, Cleunice Pitombo, Cristiano Chaves de Farias, Daniel Mitidiero, Fabiano Carvalho, Fernando Zeni, Fernando Borba Franco, Francisco José Cahali, Graziela Marins, Gustavo Henrique Righi, José Carlos Puoli, José Sebastião Fagundes Cunha, Leonardo Lins Morato, Maria Elizabeth Queijo, Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros, Maria Thereza Assis Moura, Rita Vasconcellos, Roberto Portugal Bacellar, Robson Carlos de Oliveira, Rodrigo Barioni, Rogéria Dotti Doria, Sandro Gilbert Martins

Revista de **PROCESSO**

Ano 33 • n. 163 • set / 2008

Coordenadora

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sob n. 11 (Portaria 8/90); pelos TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS, da 1.ª Região (Portaria 2, de 06.06.1992; DJU II de 17.06.1992, p. 17.850), da 4.ª Região (Portaria 1, de 20.05.1997, DJU II, de 27.05.1997, p. 38.103); da 5.ª Região (DJU II, de 15.08.2003, p. 1.123); pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (Portaria 01955, de 31.10.1997, DJ de 24.11.1997); e pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ (Extrato de Convênio 09/2005)

3

O que é “devido processo legal”?

HUMBERTO ÁVILA

Livre-docente em Direito Tributário pela USP. Visiting Scholar da Harvard Law School – EUA. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista

RESUMO: Este trabalho examina o conteúdo normativo do dispositivo relativo ao “devido processo legal”. Na primeira parte, analisa-se o chamado “princípio do devido processo legal substancial”, especialmente para saber se ele pode ser o fundamento dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade. Na segunda parte, investiga-se o denominado “princípio do devido processo legal procedimental”, notadamente para saber se ele pode ser contraposto aos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e se ele possui um sentido normativo autônomo relativamente aos seus sub-elementos já previstos no texto constitucional

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal – Devido processo legal substancial – Devido processo legal procedimental – Proporcionalidade – Razoabilidade – Processo justo ou adequado

ABSTRACT: This paper analyses the legal content of the constitutional statement regarding the “due process of law”. The first part focuses on the so called “substantial due process of law”, especially to establish if it can be regarded as the foundation for the duties of proportionality and reasonableness. The second part analyses the so called “procedimental due process of law”, mainly to respond if it can be opposed to the duties of proportionality and reasonableness and if it can have an independent normative meaning concerning its elements which are already stated in the constitutional text

Keywords: Due legal process – Due substantial legal process – Due legal process procedural – Proportionality – Reasonability – Case fair or appropriate

SUMÁRIO: Introdução – 1 A instituição de princípios e suas implicações: 1.1 O dever de realização dos princípios; 1.2 O dever de proteção da realização dos princípios – 2. A previsão do “devido processo legal” e seu significado: 2.1 “Devido processo legal substancial”; 2.2 “Devido processo legal procedimental” – 3. Conclusão

INTRODUÇÃO

A Constituição garante o “devido processo legal” (art. 5.º, LIV). Essa expressão tem sido utilizada, pela doutrina e jurisprudência, com duas conotações diferentes e independentes: uma “substancial”, denotativa das exigências de proporcionalidade e de razoabilidade; e uma “procedimental”, indicativa da garantia de um processo adequado ou justo

Porque a Constituição, embora preveja o “devido processo legal”, não o conceitua nem indica as suas funções, dúvidas surgem relativamente à sua funcionalidade. Essas indagações crescem quando se constata que vários dos elementos normalmente deduzidos do “devido processo legal” são previstos em dispositivos específicos da própria Constituição, gerando a impressão de que a sua previsão expressa é supérflua

Em razão desse contexto, este artigo tem a finalidade de responder às seguintes indagações: é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”? É consistente separar o “devido processo legal substancial” do denominado “devido processo legal procedimental”? Qual o conteúdo normativo do “devido processo legal” na Constituição brasileira? É o que se passa a fazer.

1. A INSTITUIÇÃO DE PRINCÍPIOS E SUAS IMPLICAÇÕES

1.1 O dever de realização dos princípios

1.1.1 A Constituição brasileira instituiu vários princípios. Um princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal.¹ Embora não descreva quais comportamentos devem ser adotados, a mera instituição de um princípio, portanto, já impõe a adoção daquelas condutas adequadas e indispensáveis à sua promoção. Uma conduta inadequada não promove o princípio que legitima seu uso. Erra o alvo. Desvia-se do fim que pretende promover e que justifica sua utilização. O dever de adoção de comportamentos adequados decorre, portanto, da própria posituação de um princípio. O dever de adequação não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio, mas decorrente do seu conteúdo normativo. Não há, por exemplo, a proteção da liberdade, “mais” o dever de adequação, mas a proteção

1 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

da liberdade *de modo adequado*, pelo singelo motivo de que com condutas inadequadas à sua promoção ela não se realiza. Logo, o dever de adequação é decorrência lógica da mera positivação de “um princípio”.

112 Ocorre que a Constituição não protege, apenas, um fim, mas vários. Como o Estado deve proteger mais de um fim, ao mesmo tempo, ele deve escolher, dentre todos os comportamentos adequados para proteger um, aquele que restringe na menor medida o outro fim, que igualmente precisa ser promovido. A escolha de qualquer outro comportamento revela que o Estado está, sem necessidade, restringindo um fim que também deve promover. O dever de necessidade advém, assim, da própria positivação de vários princípios que devem ser realizados simultaneamente. O dever de necessidade não é, destarte, *independente*, no seu fundamento, dos princípios, mas *decorrente* da sua própria proteção simultânea. Não há, desse modo, a instituição de determinados princípios “mais” o dever de necessidade, mas a proteção de determinados princípios *na medida do necessário*. Daí a conclusão de que o dever de necessidade é decorrência lógica da positivação de “mais de um princípio”.

113 A Constituição não protege apenas dois fins, mas um conjunto deles. Como o Estado deve realizar uma pluralidade de princípios, deve fazê-lo adotando comportamentos que produzam efeitos que mais os promovam do que os restrinjam. Por isso, o Estado não pode, a pretexto de promover, em determinado grau, a realização de um fim, escolher um comportamento que cause uma restrição, em maior medida, à realização de outro fim, ou de outros fins. O dever de proporcionalidade decorre, por conseguinte, da própria positivação de um conjunto de princípios, a ser mais promovido do que restringido. Assim, o dever de proporcionalidade não é *independente*, quanto ao fundamento, do conjunto de princípios, mas *decorrente* da sua proteção. Não há a instituição de um conjunto de princípios, “mais” o dever de proporcionalidade, mas a proteção de determinados princípios *de modo proporcional*. Daí resultar que o dever de proporcionalidade é decorrência lógica da positivação de “um conjunto de princípios”.

114 Para usar uma metáfora, o dever de adequação está para um princípio assim como a sombra está para o objeto que se interpõe entre o sol e o chão. Separar o dever de adequação do princípio que deve ser adequadamente promovido é separar a sombra do objeto que ela projeta. O mesmo vale para os deveres de necessidade e de proporcionalidade: eles não são conteúdos normativos independentes dos princípios a serem realizados, mas deveres implicados na sua própria positivação e que, por mais paradoxal que possa parecer, estruturam a própria realização dos princípios.

115 O fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se

estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.

116 Pois bem, a instituição dos princípios de liberdade, ao lado de finalidades estatais cuja persecução os pode restringir, representa, portanto, a própria instituição dos deveres de promoção adequada, necessária e proporcional desses fins. O dever de proporcionalidade está enraizado nos próprios princípios de liberdade. Sendo assim, ele não precisa de um fundamento escrito, pois decorre logicamente de outros fundamentos já escritos. Ele é, por assim dizer, consectário da estrutura teleológica do direito. Sustentar a carência de um outro suporte físico para o dever de proporcionalidade é pretender criar um fundamento expresso para aquilo que já decorre de uma norma e de um conjunto delas, ou simplesmente negar a sombra que a luz do sol projeta no chão ao irradiar-se sobre o objeto interposto.

117 O princípio da igualdade, a seu turno, exige que dois ou mais sujeitos ou situações sejam diferenciados em relação a uma finalidade, cuja realização pressuponha o uso de determinado critério que com ela mantenha vínculo de razoabilidade.² Se dois sujeitos forem tratados com base num critério cuja utilização não mantenha pertinência com a finalidade que justifica a diferenciação, haverá violação do dever de igualdade. Embora não termine por descrever quais são os critérios que devem ser usados, a mera instituição do dever de igualdade já impõe a escolha de critérios razoáveis, assim entendidos aqueles que mantêm uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade da diferenciação. O dever de razoabilidade (aqui como exigência de congruência entre critério e fim) decorre, portanto, da própria positivação do princípio da igualdade. Desse modo, o dever de razoabilidade não está *fora* da igualdade, mas *dentro* do seu próprio conteúdo normativo. Não há a proteção da igualdade, “mais” o dever de razoabilidade, mas a proteção da igualdade como exigência de tratamento razoavelmente isonômico. Daí a conclusão de que o dever de razoabilidade faz parte do próprio conceito de tratamento igualitário.

118 A instituição do princípio da igualdade representa, portanto, a própria positivação do dever de razoabilidade enquanto exigência de congruência valorativa entre critério e finalidade que justifica sua utilização. O dever de razoabilidade está enraizado no próprio princípio da igualdade. Destarte, ele não precisa de um fundamento escrito, pois decorre logicamente de outro fundamento já escrito. Sustentar a necessidade de um outro suporte físico para o dever de razoabilidade é pretender criar um fundamento expresso para aquilo que já decorre de uma outra norma, ou, para seguir a metáfora antes utilizada, é justificar a sombra projetada em elemento outro que não o próprio objeto sobre o qual a luz se irradia.

119 Essas considerações demonstram que o fundamento dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade são os princípios de liberdade e de igualdade, dos quais são consectários lógicos implícitos. Eles não carecem de um dispositivo que os fundamente normativamente, pois decorrem da própria positivação de princípios.

2. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

1.2 O dever de proteção da realização dos princípios

1.2.1 Os princípios podem não ser promovidos ou podem ser restringidos. Eles não serão promovidos se dependerem de condutas que não sejam adotadas. E podem ser restringidos se as condutas que os pretendem promover forem inadequadas, desnecessárias, desproporcionais ou irrazoáveis. Nesses casos, será indispensável um processo, administrativo ou judicial, destinado à sua proteção. Se os princípios não forem promovidos por falta da adoção do comportamento adequado e indispensável à sua promoção, o processo será o meio destinado a forçar a adoção desse comportamento. Se os princípios forem restringidos pela adoção de condutas inadequadas, desnecessárias, desproporcionais ou irrazoáveis, o processo será o meio destinado a eliminar os comportamentos adotados.

1.2.2 O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade, ou da incidência de regras. O processo não é independente dos direitos fundamentais que se pretende, verdadeira ou supostamente, realizar. O processo, em vez disso, é instrumento para a realização desses mesmos direitos. Daí se dizer que é da própria instituição dos princípios, por exemplo, que surge o direito a um processo justo ou adequado. *Ubi jus, ibi remedium*. Onde há um direito, há um remédio, costuma-se, há muito, dizer.³ A proteção, em outras palavras, é um elemento essencial do próprio direito fundamental.⁴ Isso porque os princípios formais e materiais de um ordenamento jurídico mantêm uma *relação de reciprocidade*, porque as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais.⁵

1.2.3 Mas se onde há um direito, há um remédio, e remédio é aquilo que combate o mal, "remédio" é uma expressão metafórica ilustrativa do dever de adequação instrumental: onde há um direito, deve haver um instrumento adequado à sua proteção. O direito a um processo adequado nada mais é do que a consequência mediata da própria proteção de um direito. Sendo assim, o direito a um processo adequado ou justo também não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de uma regra cuja incidência o protege, mas *decorrente* do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegitimamente proclamado. O dever de adoção de um processo adequado ou justo é a uma consequência normativa indireta da proteção de um direito, quer decorrente da aplicação de um princípio, quer da incidência de uma regra.

1.2.4 Para saber, porém, o que é um processo justo ou adequado, é preciso inelutavelmente investigar os mesmos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. Isso porque a adequação do processo à proteção dos direitos de liberdade e

3 ORTH, John. *Due process of law – a brief History*. Kansas: UPK, 2003, p. 89.

4 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Grundrechte als Organisations – und Verfahrensgarantien*. *Handbuch der Grundrechte*. Detlef Marten, Hans-Jürgen Papier (Orgs.). Heidelberg: Müller, 2006, p. 995.

5 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 581.

de propriedade depende da adoção de comportamentos adequados, necessários, proporcionais e razoáveis à protetividade desses direitos. Não se pode saber se uma prova, um prazo ou um procedimento conduz, ou não, à proteção do direito reclamado, sem investigar se a medida adotada para protegê-lo é adequada, necessária, proporcional e razoável à sua proteção.

1.2.5 Os elementos atribuídos ao "devido processo procedimental" não são gratuitos, mas são decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais: a existência de contraditório e ampla defesa é adequada e necessária à proteção de um direito, pois sem essas condições as partes não poderão produzir provas e argumentos indispensáveis à demonstração da realização ou restrição do referido direito; a existência de um juiz natural imparcial é elemento adequado e necessário à proteção de um direito, pois sem ele as alegações e as provas produzidas não serão avaliadas de modo a demonstrar a realização ou restrição do direito; as exigências de publicidade e fundamentação dos atos praticados são elementos adequados e necessários à proteção de um direito, pois sem elas as partes não têm como tomar conhecimento dos atos e das razões que podem demonstrar a realização ou restrição do direito; e assim por diante. Desse modo, só o exame de proporcionalidade e razoabilidade é que permitirá verificar se um ato, uma decisão, uma prova, um prazo ou a oitiva de uma testemunha, por exemplo, são adequados à proteção de um direito. Em outras palavras, só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.

1.2.6 Desse modo, não se pode apartar os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade do direito a um processo adequado ou justo. Sendo o processo adequado ou justo aquele estruturado de maneira proporcional e razoável à proteção do direito fundamental alegado, os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são as próprias medidas do processo adequado ou justo.

1.2.7 As considerações precedentes conduzem, de um lado, à conclusão de que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são decorrências *diretas* e *internas* dos princípios de liberdade e de igualdade, e impõem a adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem os estados ideais de liberdade e de igualdade; de outro, à conclusão de que o direito a um processo adequado ou justo é uma decorrência *indireta* e *externa* da proteção de direitos, e impõe a adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem o estado ideal de protetividade dos direitos de liberdade e de igualdade.

1.2.8 A qualificação de adequado ou justo, no entanto, só é verificável por meio dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade: mesmo sendo um ideal instrumental a outro, o ideal de protetividade consubstancia um fim e, como tal, implica os parâmetros teleológicos de aplicação da proporcionalidade e razoabilidade.

2. A PREVISÃO DO “DEVIDO PROCESSO LEGAL” E SEU SIGNIFICADO

2.1 “Devido processo legal substancial”

2.1.1 Considerando que a Constituição garante o “devido processo legal” (art. 5º, LIV), indaga-se: é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”? A resposta é não.

2.1.2 Sendo os princípios de liberdade e igualdade os fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, o recurso ao dispositivo relativo ao “devido processo legal” como seu fundamento normativo, quando a Constituição já prevê os princípios de liberdade e igualdade, é desnecessário e redundante. O que se busca no dispositivo referente ao “devido processo legal” já é dado pelos princípios de liberdade e de igualdade. Utilizá-lo como fundamento desses deveres é como querer com uma mão o que já é dado por outra.

2.1.3 Exatamente por isso que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo onde não haja qualquer previsão expressa ao “devido processo legal”. As Constituições brasileiras anteriores a 1988 não continham dispositivos relativos ao “devido processo legal”. Mesmo assim, as exigências de proporcionalidade e razoabilidade foram aplicadas antes da sua introdução, pela Constituição, em dispositivo específico.⁶ A Lei Fundamental alemã não contém dispositivo relativo ao “devido processo legal”. Não obstante, as exigências de proporcionalidade e razoabilidade são intensamente aplicadas pela jurisprudência daquele país.⁷ É, pois, equivocado invocar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

2.1.4 Enfim, o uso da expressão “devido processo legal substancial”, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do “devido processo legal” é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido processo legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres *não* estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo.

6 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, cit., p. 412.

7 ÁVILA, Humberto. *Materiell verfassungsrechtliche Beschränkungen der Besteuerungsgewalt in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 265.

2.1.5 O uso da expressão “devido processo legal substancial” parece ser, desse modo, apenas uma “bengala” para o intérprete positivista que só enxerga normas onde encontra dispositivos que lhes servem de suporte físico. Ocorre, porém, que esse uso implica buscar, num dispositivo, o que já era dado por outros, inclusive fora do âmbito processual.

2.2 “Devido processo legal procedimental”

2.2.1 A expressão relativa ao “devido processo legal” também é usada no sentido de “devido processo legal procedimental”. Antes de verificar se ela pode ser usada nesse sentido, pergunta-se: é correto usar o “devido processo legal” no sentido de “devido processo legal procedimental” *em contraposição* ao “devido processo legal substancial”? A resposta é negativa.

2.2.2 Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, é equivocado afirmar que há um “devido processo legal procedimental”, entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do “devido processo legal substancial”, compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade.

2.2.3 O dispositivo relativo ao “devido processo legal” deve, portanto, ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.

2.2.4 Como, porém, o ideal de protetividade de um direito fundamental é muito amplo, podendo haver problemas de coordenação, conhecimento e controle relativamente a quais são os elementos que podem ser dele deduzidos, o constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do “devido processo legal”, como, ainda, fez constar vários daqueles elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII), imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), motivação (art. 93, IX), publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI).

2.2.5 Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição.

2.2.6 Sendo o “devido processo legal procedimental” um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já prevêem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpreta-

tiva) e *bloquear* a eficácia das regras que prevêm elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora).

2.2.7 Como vários elementos necessários à promoção do ideal de protetividade já estão previstos na própria Constituição, quer por meio da previsão de ideais mais restritos (princípios da ampla defesa e do contraditório), quer por meio da previsão de comportamentos ou de prerrogativas (regras do juiz natural imparcial, da motivação, da publicidade e da proibição de prova ilícita), além daquelas funções, o princípio do devido processo legal procedimental, ao ascender à posição de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos, que tanto podem convergir, quanto divergir relativamente ao fim maior.⁸

2.2.8 Convém ressaltar, por fim, que o “devido processo legal” é um princípio, assim definida aquela norma que prescreve a realização de um estado ideal de coisas, sem prever os comportamentos cuja adoção irá contribuir para sua promoção. Para essa definição, o que distingue os princípios de outras normas não é a aptidão para receber um peso mediante a criação de regras concretas de prevalência que podem, inclusive, levar ao seu afastamento completo; o que os diferencia é a *natureza do comportamento que eles prescrevem* (aqueles necessários e adequados à realização do estado ideal de coisas), a *natureza da justificação exigida para sua aplicação* (correlação entre os efeitos da conduta e o estado de coisas objeto de realização) e a *medida de contribuição para a decisão* (colaboração para a solução sem apontar para uma em especial).⁹ Portanto, não é elemento essencial dessa definição de princípios a carência de sopesamento e, com ela, a possibilidade de “descarte” diante de outros princípios. O elemento distintivo, em vez disso, é a colaboração para uma decisão, que tanto pode ser por meio de razões preliminares, chamadas *prima facie*, quanto por meio de razões permanentes, denominadas de *pro tanto*, as quais se caracterizam por manter a sua função, de diferentes formas, até o final do processo de ponderação.¹⁰

2.2.9 Essas considerações preliminares são importantes para afirmar que o “devido processo legal” possui a natureza de princípio, sem que isso importe em dizer que ele possa ser objeto de uma ponderação concreta que não lhe atribua peso algum, como seria o caso para aqueles que definem princípio como norma carecedora de ponderação, e ponderação como o processo concreto de criação de regras de prevalência. O princípio do “devido processo legal”, dada a sua natureza instrumental, não pode ser simplesmente descartado no processo de aplicação. Essa constatação é decisiva, tanto para a definição do “princípio do devido processo legal”, quanto para a definição dos “princípios”

3. CONCLUSÃO

Não é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”. Em primeiro lugar, porque leva

8 ÁVILA, Humberto *Sistema constitucional tributário*, cit., p. 412.

9 ÁVILA, Humberto *Teoria dos princípios*, cit., p. 122.

10 ÁVILA, Humberto *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 87.

ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais. Em segundo lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, em verdade, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo. E, em terceiro lugar, porque aquilo que o uso da expressão “devido processo legal substancial” quer designar – deveres de proporcionalidade e razoabilidade – também é realizado fora do “processo”.

Igualmente não é consistente separar o “devido processo legal substancial” do chamado “devido processo legal procedimental”. Em primeiro lugar, porque o “devido processo legal procedimental” não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de determinada regra que o garanta, mas *decorrente* do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegítimamente proclamado. Em segundo lugar, porque só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.

Em face dessas considerações, conclui-se que o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, ainda que com caráter meramente expletivo e, por isso, com positivação expressa desnecessária, deve ser interpretado como fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos. Como princípio, exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos.

Todas essas considerações, se verdadeiras, conduzem a uma revisão do uso do princípio do “devido processo legal”, de modo a evitar superposições normativas e tautologias que lhe desgastam a normatividade. Como o direito depende de processos discursivos para sua realização, o uso inconsistente e incoerente da cláusula do “devido processo legal” está longe de ser uma questão de nomenclatura. É uma questão de fundo.

Que se use o “devido processo legal” apenas como princípio procedimental, aprofundando-se o estudo da sua funcionalidade e deixando que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade sejam atrelados aos seus verdadeiros fundamentos normativos – os princípios de liberdade e de igualdade. Todos os princípios agradecem, inclusive o próprio princípio do “devido processo legal”, cuja efetiva realização pressupõe sua adequada compreensão.