

DEVIDO PROCESSO LEGAL: construção para o desenvolvimento de uma justiça horizontal

DUE PROCESS OF LAW: construction to develop a horizontal justice

Tiago Lima Magalhães da Cunha*

Valfredo de Andrade Aguiar Filho*

RESUMO

O trabalho intitulado “DEVIDO PROCESSO LEGAL: construção para o desenvolvimento de uma justiça horizontal” propõe esclarecer qual foi o processo de construção e aplicabilidade do devido processo legal. Tendo, assim, como objetivo geral a identificação do processo de construção e de efetividade do devido processo legal desde o início do movimento constitucionalista até as recentes discussões sobre aplicabilidade dos direitos fundamentais. Como objetivos específicos se tem: compreender evolução histórica do devido processo legal; analisar a eficácia dos direitos fundamentais; examinar o posicionamento jurisprudencial nacional e estrangeiro sobre a eficácia do devido processo legal. Utilizou-se, para tanto, da doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constituindo-se de uma pesquisa essencialmente bibliográfica e documental.

Palavras-chaves: devido processo legal; direitos fundamentais; eficácia.

ABSTRACT

The work titled "DUE PROCESS OF LAW: construction to develop a horizontal justice", which was proposed to clarify the process of construction and applicability of due process. Having thus, as a general objective the identification of the construction and effectiveness of due process since the beginning of the constitutionalist movement to recent discussions on the applicability of fundamental rights process. Specific objectives are: understanding the historical evolution of due process; analyze the effectiveness of fundamental rights; examine the domestic and foreign jurisprudential position on the effectiveness of due process. Was used for this purpose, the domestic and foreign doctrine and jurisprudence, becoming essentially a bibliographical and documentary research.

Keywords: due process; fundamental rights; efficacy.

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT).

* Professor da UFMT. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

1.INTRODUÇÃO

A construção do Estado de Direito foi marcada por um processo de pensamentos, lutas e conquistas. Não tendo tido seu desenvolvimento uma homogeneidade para os diversos povos apresenta, por vezes, distinções de compreensão em relação a institutos centrais na formação de um Estado de Direito.

Um desses institutos fundamentais na formação de um Estado de Direito é o princípio do devido processo legal. Sua existência está umbilicalmente ligada aos movimentos políticos de contestação ao Antigo Regime, as revoluções do século XIX, e encontrou sua principal guarida no constitucionalismo. Neste particular, influenciou a formação de uma associação política que permitisse um processo de racionalização e de previsibilidade do ente coletivo.

É evidente que a acepção jurídica do devido processo legal é fruto de uma construção política, filosófica, sociológica e econômica, não sendo meramente um conceito jurídico. Trata-se de uma construção baseada nos ideais burgueses fundamentados em um redimensionamento da compreensão de justiça, assumindo uma feição tecnicista, permitindo assim a facilitação do movimento exigido pelo capital.

No entanto, foi no movimento constitucionalista que a compreensão do devido processo legal passou de um pensamento político e filosófico, para uma realidade factual, assegurada por equipamentos instituídos e legitimados por uma visão moderna. Trata-se de um dos aspectos mais contundentes do projeto de modernidade fixados pelo pensamento dos séculos XVIII e XIX.

Embora fixado suas bases nas constituições liberais, o devido processo legal passou por uma transformação em sua aplicabilidade quando da renovação do papel do Estado, quando este por fatores políticos e econômicos afasta-se de um pensamento liberal para o chamado Estado de bem-estar social. Essa transformação foi acompanhada por uma remodelação do papel das normas constitucionais, e portanto, por uma revisão na aplicação dos direitos fundamentais. Esse processo acabou por atingir a aplicação do devido processo legal em relação ao resto do ordenamento jurídico.

Essa nova postura passou a ganhar força nas discussões acadêmicas e jurisprudenciais a partir do final da 2ª guerra mundial. Isto ocorreu pela necessidade de uma revisão no padrão tecnicista e racional até então adotado, pois o sistema até então vigente permitiu a instauração das ditaduras da primeira metade do século XX. Além disto, a ordem econômica liberal não conseguia mais atender as demandas e projetos do pensamento burguês.

Passou-se então a se visualizar que em várias situações aquele projeto de modernidade implementado na era das revoluções, nos séculos XVIII e XIX, não mais atendia aos anseios das esferas de decisões políticas e econômicas. Diante disto, houve uma profunda alteração no pensamento quanto à aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, destacando-se um repensar sobre o centro de tensões decisória, que até então se encontrava nas mãos do Poder Legislativo, como ditou a teoria clássica da separação dos poderes.

Diante disto, este artigo pretende identificar o processo histórico de formação do devido processo legal e sua aplicabilidade no contexto jurídico atual, como forma de garantia da efetivação horizontal e vertical da justiça. Para alcançar este intento foi utilizada a doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, tratando-se essencialmente de uma pesquisa bibliográfica e documental.

2.DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

2.1 Desenvolvimento inicial

A Magna Carta é vista por muitos como modelo e origem das constituições liberais modernas. Ainda hoje ela é considerada não só um marco institucional, como ainda mantém seu *status* como fonte formal do direito (HELMHOLZ, 1999, p. 299).

Entretanto, em uma consideração histórica mais restrita, longe de ser um fenômeno único, ela pode ser situada ao lado de muitos outros acordos entre monarcas e senhores feudais na Idade média (SCHMITT, 1982, p. 67). Mesmo assim, além de seu valor jurídico, este documento guarda importante valor histórico, de forma que as pesquisas a respeito de sua base intelectual datam ainda do século XVII, com Edward Coke. Entretanto, a absoluta falta de fontes históricas diretas de seu processo de elaboração dificulta seu estudo (HELMHOLZ, 1999, p. 300).

Contrastando com a maioria dos países da Europa ocidental, que tem sua ordem jurídica derivada diretamente do Direito Romano, a Inglaterra desde seus primórdios manteve uma organização *sui generis* (HELMHOLZ, 1999, p. 302). Entretanto, o *ius commune* europeu da época permeava a Inglaterra e já era estudado formalmente por lá antes mesmo da criação da Magna Carta (HELMHOLZ, 1999, p. 304). É importante frisar que embora seja considerada tradicional tal divisão entre os sistemas jurídicos, na época havia uma linha tão tênue entre o que era considerado *civil law* e aquilo considerado *common law* que as primeiras referências a uma separação estrita entre essas duas espécies data apenas do final do século XIII (HELMHOLZ, 1999, p. 306).

A atuação dos barões, longe de ser revolucionária, buscava apenas o respeito a aquilo que era visto como violações a ordem jurídica estabelecida por parte do monarca. Existem provas claras disso no próprio texto da Carta, como por exemplo seu 13º capítulo: “preservar as antigas liberdades e costumes livres de Londres”. E a própria jurisprudência do período imediatamente posterior a sua edição corrobora essa asserção.

Os barões que produziram o texto normativo da Carta Magna não alicerçaram as bases ideológicas na filosofia do movimento constitucionalista. Pelo contrário, a presença de determinadas classes, como a eclesiástica, por exemplo, levou a normas como a contida no capítulo primeiro, que protegia o patrimônio da igreja. Tal previsão, diga-se de passagem, é claramente um uso do instituto romano da *concessio principis*, que não tinha paralelo no direito inglês então corrente (HELMHOLZ, 1999, p. 312).

A presença de membros do clero, e suas contribuições mais claras no texto normativo, é uma prova indireta da influência do pensamento jurídico romano na sua criação, pois era corrente entre o clero mais educado da época conhecimentos de direito romano, canônico e até alguns produtos dos trabalhos dos glosadores na então incipiente ciência jurídica.

Talvez essa influência seja consequência da sua edição por um grupo tão heterogêneo, somada à confusão dogmática deste período, que acabou levando a Magna Carta a se basear não só no direito inglês da época, como também no *ius commune* medieval.

Corroborando essa asserção, basta lembrar que a principal faculdade de direito europeia da época, Bolonha, foi berço de uma compilação chamada *Libri feudorum*, que continha textos jurídicos feudais e em geral era acompanhada do *Corpus Iuris Civilis*, consistindo no principal texto jurídico daquele tempo. Esta compilação certamente teve influência no texto daquele documento legal, pois diversas coisas nele previstas, como o julgamento por pares, estavam presentes na Magna Carta com texto praticamente idêntico (HELMHOLZ, 1999, p. 309).

Sua natureza jurídica, muito discutida, já foi conceituada como uma lei, um contrato de direito público ou privado, uma concessão real, uma lei constitucional, um pacto e uma declaração de direitos (SCHMITT, 1982, p. 67-68). A grande desorganização de seu texto, que na maioria das vezes é organizado de forma mais lógica nas versões traduzidas modernas, dificulta uma real classificação de sua natureza. É especialmente interessante a presença da expressão *in perpetuum* no capítulo primeiro do documento, que era algo absolutamente comum nas mais diversas produções normativas papais, garantindo a continuidade da validade do que foi estabelecido naquele texto mesmo após a morte do rei João, algo absolutamente incomum na Inglaterra da época (HELMHOLZ, 1999, p. 268), isso demonstra a intenção perene do produto daquele corpo legislativo.

A Magna Carta retirou do rei o poder de retirar direitos dos súditos sem autorização legal e julgamento. O devido processo legal nasceu daí. Ele, em seu princípio, esteve ligado com a divisão da competência para retirar os mais variados direitos das pessoas entre instituições políticas diversas (CHAPMAN, 2012, p. 1681). Assim, ela submeteu a Coroa ao poder de outras instituições, antecipando, de certa forma, a ideia de *checkand balances*. Também se conclui que, mais do que uma declaração de direitos, este documento representava uma racionalização do poder e da violência institucional, em um exemplo talvez único em sua época.

A intenção de perpetuidade na Carta, aspecto comum até mesmo em ideias modernas como a vedação ao retrocesso ou a noção de Poder Constituinte originário do abade Sieyès, corrobora essas conclusões, pois todo esforço de racionalização do poder, via de regra, vem

acompanhado de um desejo de perenidade, pois isso permite uma maior previsibilidade e segurança nas relações jurídicas.

A previsão do devido processo legal, na Magna Carta, segue onde estava disposto:

XXIX (39) o corpo de nenhum homem livre deverá ser tomado nem preso, nem apreendido, nem proibido, nem banido, nem em todas as maneiras ser danificado, nem o rei mandá-lo para a prisão por força, exceto pelo julgamento dos seus pares e pela lei da terra.

XXV (52) Se alguém tenha sido despojado ou privado pelo rei, sem julgamento, de suas terras, suas liberdades e seus direitos, deve ser imediatamente restituído; (MANN III, Julian, 2008, p. 3, tradução do autor) ¹

Apesar de sua origem ainda no século XIII, o termo “devido processo legal” propriamente dito foi registrado pela primeira vez apenas no ano de 1354 (CHAPMAN, 2012, p. 1682). Mesmo sem a utilização do termo, é pacífica na doutrina e na jurisprudência anglo-americana a origem do princípio na Magna Carta, conforme se observa a título exemplificativo, neste precedente americano, do ano de 1855:

As palavras, "devido processo legal", tem, sem dúvida, a intenção de transmitir o mesmo significado que as palavras, "pela lei da terra", na Carta Magna. Lord Coke, em seu comentário sobre essas palavras, (2 Inst. 50,) diz que elas significam devido processo legal. As constituições que tinham sido adotadas pelos vários Estados antes da formação da Constituição Federal, seguindo a linguagem da grande carta mais de perto, geralmente continham as palavras, “mas pelo julgamento de seus pares, ou pela lei da terra." A ordenança do congresso de 13 de Julho de 1787, para o governo do território dos Estados Unidos a noroeste do Rio Ohio, usou as mesmas palavras. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1855, p. 59, tradução do autor)²

Este entendimento perdura até hoje, como se observa em casos como esse:

1 “XXIX (39) No Free-man's body shall be taken nor imprisoned, nor disseized nor outlawed, nor banished, nor in any ways be damaged, nor shall the King send him to prison by force, excepting by the Judgment of his Peers and by the law of the land”.

“XXV (52) If anyone have been dispossessed or deprived by the King without judgment of his lands, his liberties or his rights, they shall be immediately restored” (MANN III, Julian, 2008, p. 3)

2 “The words, 'due process of law,' were undoubtedly intended to convey the same meaning as the words, 'by the law of the land,' in Magna Charta. Lord Coke, in his commentary on those words, (2 Inst. 50,) says they mean due process of law. The constitutions which had been adopted by the several States before the formation of the federal constitution, following the language of the great charter more closely, generally contained the words, 'but by the judgment of his peers, or the law of the land.' The ordinance of congress of July 13, 1787, for the government of the territory of the United States northwest of the River Ohio, used the same words”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1855, p. 59)

Esse caso envolveu a validade de uma lei federal autorizando a emissão de mandados de socorro, um mecanismo pelo qual o Governo executou dívidas sem fornecer aviso devedor ou uma oportunidade para a audiência, o Tribunal observou que as palavras "devido processo legal" transmitiram o mesmo significado que as palavras "pela lei da terra" na Magna Carta (referindo-se ao comentário de Coke e às primeiras Constituições estaduais) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1991, p. 499, tradução do autor) ³

Assim, o devido processo legal – “pela lei da terra” no sentido da Magna Carta – se insere num período de formação tanto de um modelo de Estado de direito, de um projeto de racionalização do aparelho estatal, de previsibilidade das condutas, podendo-se afirmar que se trata da formação de um período de pré-constitucionalismo com a estrutura básica do projeto de modernidade formulado nos séculos XVII e XVIII.

2.2 Idade moderna e revoluções

Na idade moderna, na maioria dos Estados europeus, a unidade política foi conquistada através do absolutismo monárquico, que eliminou o princípio da legitimidade do *status quo* (SCHMITT, 1982, p.68-70). Entretanto, durante a mesma época, na Inglaterra, o rei era visto como sujeito ao ordenamento jurídico, isto é tanto a *common law* entendida como expressa através dos precedentes, como também às declarações do parlamento (CHAPMAN, 2012, p. 1681).

Nesta época o devido processo legal serviu para limitar as prerrogativas da Coroa em face do judiciário e do parlamento. Neste contexto, destacou-se Edward Coke, jurista inglês que viria a influenciar bastante os *founding fathers* dos Estados Unidos (CHAPMAN, 2012, p. 1684). Seu trabalho reafirmou a supremacia do *common law* em face dos atos do monarca. No *Case of Proclamations*, a título de exemplo, ele defendeu a limitação do poder legislativo do Rei a referendo de seu ato pelo parlamento (CHAPMAN, p. 1685, 2012). Entretanto, foi na criação da *Petition of Rights* que Cook deu sua maior contribuição. Através dela, a retirada de

³“That case involved the validity of a federal statute authorizing the issuance of distress warrants, a mechanism by which the Government collected debts without providing the debtor notice or an opportunity for hearing The Court noted that the words "due process of law" conveyed the same meaning as the words "by the law of the land" in Magna Charta (referring to Coke's commentary and early state constitutions)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1991, p. 499.

direitos de qualquer pessoa pelo Rei estaria subordinada ao devido processo legal, seja através da lei (devido processo legal substancial) ou da jurisdição (devido processo legal formal). Apesar de ser um marco constitucional, é corrente o entendimento na Suprema Corte Norte Americana que o atual significado da *due process clause* não se restringe ao estabelecido neste documento (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 1945, p. 324)

Na América do Norte, apesar da colonização recente, as colônias inglesas já tinham uma tradição jurídica incipiente naquela época, fruto da organização que o sistema jurídico inglês tinha naquele tempo (WHITE, 1976, p. 1213). Desta forma, já existiam à época as ideias de pensadores como Edward Coke entre outros. O desenvolvimento jurídico paralelo ao inglês levou a uma noção sobre direitos naturais, que mais do que qualquer outra coisa, foi a base intelectual da Revolução Americana (WHITE, 1976, p. 1218).

Durante o século XVIII, diversos atos do parlamento inglês, que violavam direitos e práticas nas colônias da América do Norte fizeram surgir a indagação da possibilidade de um ato do parlamento, uma “lei da terra”, violar a garantia do devido processo legal.

O entendimento americano, favorável a esse posicionamento, levou a tradição constitucional americana em reafirmar o devido processo legal continuamente (CHAPMAN, 2012, p. 1700). A visão deste devido processo legal, frise-se, era vinculada à da Inglaterra, onde uma norma era considerada “devida” *prima facie*, exceto se outra superior lhe contrariasse (HYMAN, 2014, p. 14). Por este motivo, mais do que uma mudança radical de paradigmas, a Revolução Americana se baseava na tradição de autonomia que mantinha através dos pactos das colônias com a Coroa. Isto é, a violação do *due process* decorria mais de uma quebra do *status quo* estabelecido legalmente na época do que simplesmente de um desejo revolucionário. Assim como a Magna Carta, antes de ser o produto de uma revolução social, a Constituição Americana foi mais um esforço de racionalização do poder, por parte do próprio poder soberano.

Buscando refrear a arbitrariedade do *ancién régime*, o Estado de Liberal de Direito adotou o princípio da legalidade como fundamento para sua limitação. O projeto revolucionário era, ao mesmo tempo, um projeto de ruptura (com o ordenamento jurídico antigo) e um projeto de ordenação do Estado (MORA-DONATTO, 2002, p. 11). A partir dele, a atuação dos órgãos que exerciam funções judiciárias e administrativas estavam circunscritas a lei (MARINONI, 2006, p. 23). A tripartição dos poderes, entretanto, é no fundo a divisão de funções meramente jurídicas, quer em seu sentido estrito (criar e aplicar o Direito), ou em um sentido amplo que inclui em si a observância deste Direito (KELSEN, 2009, p. 325). Desta forma se observa a vinculação deste novo modelo estatal com a norma jurídica.

A então nova forma de Estado se baseava no dito “império da lei”. Entretanto, em uma reflexão crítica ao termo, se a lei é uma mera expressão da vontade de um parlamento, a própria monarquia absoluta que havia cedido espaço a este novo regime poderia ser também conceituada como um “império da lei”, dado que esta existia, e era a expressão da vontade do monarca (SCHMITT, 1982, p. 149). Inclusive, é corrente a conceituação de “Estado de Direito” meramente como uma ordem jurídica onde o exercício de suas funções está vinculado à lei (KELSEN, 2009, p. 346). Neste sentido amplo, inclusive, todos os Estados modernos podem ser conceituados como “Estado de Direito” (FERRAJOLI, 2009, p. 325). Em decorrência disso, uma definição de Estado de Liberal de Direito, regido sob o “império da lei”, não pode se basear em uma definição vaga da própria legalidade, sob o risco de não conseguir se diferenciar efetivamente do antigo regime superado. Daí nasce a necessidade de qualificar este Estado de legalidade como meio justificador e legitimador do regime que se instaurava, algo que foi possível com a delimitação do conceito lei e legalidade.

O conceito nascente de lei se baseava na tradição fundada nas filosofias grega e escolástica, onde a lei não é *voluntas*, mas *ratio* (SCHMITT, 1982, p. 150). A lei, a partir deste paradigma, passou a ser entendida como ato produzido mediante a cooperação da representação popular (SCHMITT, 1982, p. 157). E o princípio da legalidade, conseqüentemente, se transformou num critério de identificação da lei (MARINONI, 2006, p. 25), ou seja, o direito estaria circunscrito a norma jurídica.

E sendo a representação da época restrita a apenas determinadas classes, careciam suas normas da noção de soberania popular (MORA-DONATTO, 2002, p. 16). Por outro lado, o projeto de modernidade é estruturado sob o pensamento de um individualismo burguês, de uma racionalização positivista, mantido por um modelo próprio de voluntarismo, tornando o sistema jurídico formado por uma equidade – no período greco-romano – para um movimento tecnicista, inclusive racionalizando o direito romano que foi recepcionado pelos códigos modernos (PEREIRA, p. 18).

Esse modelo defendido pelo projeto de modernidade possui como base de fundamentação valorativa um deslocamento do centro de decisão, isto porque até então o poder decisório estava nas mãos do monarca, e a partir das revoluções modernas foi transferido para os parlamentos.

No plano filosófico, as bases conceituais desse pensamento podem ser verificadas em John Locke, quando este deixa claro que o corpo legislativo é responsável pela própria coesão social, permitindo a existência de uma sociedade civil em um estado de paz, já que o estado

de guerra foi abandonado a partir do momento em que o parlamento encontrou um denominador comum entre as diferenças existentes entre os homens. (LOCKE, 1994, p. 214)

Portanto, o copo legislativo seria formado por cidadãos que exercendo sua vontade individual construíam uma vontade do parlamento. Vale ressaltar que o conceito de vontade geral não está associado a esta soma o interesses individuais, existindo “muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares” (ROUSSEAU, 1999, p. 37).

A filosofia política do iluminismo se pautou nesse projeto de transformação do Estado, e tendo como uma de suas principais características o deslocamento do centro decisório do monarca para o parlamento, situação que permitiria a produção de uma legislação racional, dentro das expectativas burguesas.

Dada tal preponderância da atividade legislativa, esta nova divisão dos poderes, mesmo evitando a tirania do *ancien régime*, estabeleceu uma supremacia tirânica do parlamento. Ou seja, enquanto se quebra o paradigma em relação ao regime deposto, o novo modelo revolucionário prosperou, pela falta de normatividade de suas constituições, ela falhou no que toca a criação de um novo modelo adequado (MORA-DONATTO, 2002, p. 12).

Neste ponto, Hegel traça críticas ao conceito de vontade geral apresentado por Rousseau, que deslocou o centro de decisões para o parlamento é alicerçado sob abstrações representativas de poder que apesar de justificar uma racionalização do poder, a falta de uma base ideológica facilita o estabelecimento de um comportamento estatal extremamente cruel (desumano), como o verificado pelo período jacobino durante o processo da Revolução Francesa (HEGEL, 2010, p. 258).

A legalidade, em seu conceito moderno, é um desdobramento tanto do conceito de vontade geral, como do processo de deslocamento do centro decisório para o legislativo. Essa situação já estava descrita por Locke, ao afirmar que:

Nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar, seja exclusivamente, seja em conjunto com outras, mas em seguida se separam, uma vez realizada a sua tarefa, ficando elas mesmas sujeitas às leis que fizeram; isto estabelece um vínculo novo e próximo entre elas, o que garante que elas façam as leis visando o bem público. (LOCKE, 1994, 170)

Nota-se, portanto, além do estabelecimento de uma pedra fundamental a construção do princípio da impessoalidade pública, uma clara intenção de submissão do próprio corpo legislativo se submeter as normas criadas por ele mesmo, estabelecendo uma racionalização e previsibilidade de ações, já que as leis estabelecerão um padrão de conduta a ser respeitado sob pena de uma coação institucionalizada.

O princípio da legalidade também estava diretamente ligado à ideia de liberdade, ao estabelecer taxativamente, ao mesmo tempo, aquilo que estava proibido aos cidadãos e aquilo que estava permitido ao Estado.

A ideia de “império da lei”, amparada no princípio da legalidade, significava, sobretudo, a vinculação que não só a população, mas o próprio legislador tinha às leis. Isto é, sedimentou aquilo estabelecido pela cláusula *due process* já no século XIII, que não se limita à noção de subordinação à norma jurídica, mas também a separação dos poderes.

A noção de supremacia da lei trouxe consigo a ideia de abarcar a totalidade dos conflitos possíveis em seu âmbito de proteção (BARROSO, 2008, p. 12). Balizada na ideia de igualdade – meramente formal - a lei deveria ter então as características da generalidade e da abstração, como uma garantia de imparcialidade do Estado em face dos jurisdicionados (MARINONI, 2006, p. 27). Essa generalidade e abstração levavam à conclusão de que o juiz não poderia interpretar a lei e considerar as circunstâncias fáticas do caso (MARINONI, 2006, p. 28).

Esta é uma marca do processo de positivação que se concretizou com a transferência do poder político absolutista para o poder político burguês. No caso francês as situações que levaram a revolução iniciada em 1789 desembocaram como consequência na produção do Código Civil francês de 1804 (*Code Napoléon*). É evidente que a positivação do Código Napoleônico se deu para garantir um velho anseio burguês por segurança jurídica, esse procedimento se realizou de forma marcante com a supervalorização da norma jurídica sobre os fatos, exigindo do poder judiciário uma postura de implementação dos ditames legal, configurando-se em uma apologia plena da impessoalidade do julgador perante os fatos apresentados.

Nota-se, assim, um desenvolvimento de uma técnica estatal de produção normativa fincada em suas bases em um pensamento contratualista de mercado, praticando uma impessoalidade, criada pelo mito da justiça racionalizada pela técnica. Neste sentido:

o preço que se paga pela identidade de tudo com tudo é o fato de que nada, ao mesmo tempo, poder idêntico consigo mesmo. O iluminismo corrói a injustiça da antiga desigualdade, o senhorio não-mediatizado; perpetua-o, porém, ao mesmo

tempo, na mediação universal, na relação de cada ente com cada ente. Ele faz aquilo que Kirkegaard celebra em sua ética protestante e que se encontra no ciclo épico de Hércules como uma das imagens primordiais do poder mítico: ele elimina o incomensurável. Não apenas são as qualidades dissolvidas no pensamento, mas os homens são forçados à real conformidade. O preço dessa vantagem, que é a indiferença do mercado pela origem das pessoas que nele vêm trocar suas mercadorias, é pago por elas mesmas ao deixarem que suas possibilidades inatas sejam modeladas pela produção das mercadorias que se podem comprar no mercado. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 27)

Contudo, a teoria do direito não pode desprezar seus efeitos extrajurídicos, principalmente levando em conta o aspecto de limitação da violência do Estado que o ordenamento jurídico possui. Ela se dirige não só a execução e produção do direito, mas ao sistema jurídico como um todo (HABERMAS, 1997, p. 244).

Essa noção de supremacia da lei, intimamente ligada à ideia de certeza do direito, era uma afirmação da ideologia política então vigente (MARINONI, 2006, p. 28). A hermenêutica jurídica moderna teve assim o importante papel de contrapor-se ao modelo então em voga, que aplicava a lógica da subsunção quando da efetivação da lei no exame do caso concreto. A hermenêutica moderna visa, sobretudo, a um modelo interpretativo processual (HABERMAS, 1997, p. 244).

Ao longo do século XIX e em boa parte do XX, entretanto, havia apenas a noção de constituição em seu sentido político, tendo como resultado uma completa ausência de estudos sobre a interpretação específica de suas normas (MORA-DONATTO, 2002, p. 59).

Essa tensão entre os fatos e a validade, que está contida no Direito, manifesta-se nesse caso, conforme diz autorizada doutrina, na tensão entre o princípio da segurança jurídica e a ideia de decisão justa (HABERMAS, p. 245, 1997). Neste sentido, a busca teórica é por uma aproximação da justiça ao direito, observando-se para este seu caráter de estabilização (pacificação) das relações sociais, ou seja, sem que se perca de vista a segurança jurídica tão duramente conquistada pelas Revoluções do Século XVIII e XIX.

2.3 remodelação do valor da constituição

O *status* da norma constitucional teve uma grande mudança de paradigma no decorrer do século XX, superando-se a visão limitada característica do Estado Liberal clássico, com a conseqüente redefinição dos papéis do judiciário e do legislativo (BARROSO, 2008, p. 6). Atualmente é considerado no estudo das constituições, que sua força normativa, com caráter vinculante e obrigatório é uma das premissas essenciais ao seu estudo (BARROSO, 2008, p. 6-7), pois o Estado constitucional moderno existe a partir de um poder

constituente popular (HARBELE, 2003, p. 129). Esta ideia pode ser datada diretamente do pós primeira guerra mundial, devido a necessidade de se reafirmar a ideia de soberania popular (MORA-DONATTO, 2002, p. 15-16), já que a discussão sobre o poder estatal levou o continente europeu a primeira guerra com abrangência mundial.

Entretanto, isso não foi regra sempre, pois o modelo do Estado liberal clássico é incompatível com a força normativa da constituição, pois tem como pressuposto a supremacia do parlamento (MORA-DONATTO, 2002, p. 14).

Vale ressaltar que a ideia de constituição com força normativa, embora existindo ao longo do século XIX, apareceu com real presença apenas no pós primeira guerra mundial (MORA-DONATTO, 2002, p. 15).

Apesar de ser corrente a ideia de que a força de um ordenamento jurídico tem como base sua coatividade, havendo inclusive autores que colocam isso como um de seus pressupostos de existência, para sua adequada efetividade é necessária aceitação social (MORA-DONATTO, 2002, p. 11), sob pena de um esvaziamento de cumprimento normativo, em virtude da inexistência de validade social. A própria história institucional latino-americana revela isso, sendo comuns os exemplos onde a realidade foi mais forte que a própria letra da lei. No caso brasileiro, a afirmação popular de que “a lei não pegou”, ou seja, não surtiu na prática os efeitos pensados pelo legislativo.

O modelo de supremacia do parlamento, típico do Estado liberal clássico era o modelo em voga entre os Estados da Europa continental até a segunda guerra mundial. Desta forma, hoje na Europa continental, apenas Luxemburgo, Holanda e o Reino Unido ainda seguem o antigo modelo de supremacia do parlamento (BARROSO, 2008, p. 8).

O marco histórico do novo direito constitucional, na maioria dos países da Europa continental foi o pós-guerra, enquanto no Brasil foi apenas a redemocratização pós regime militar. Essa nova visão, chamada por alguns de reconstitucionalização (BARROSO, 2008, p. 1) trouxe uma influência mais intensa da Constituição sobre as mais diversas instituições jurídicas. A maior diferença entre os dois modelos, o novo e o antigo, é a noção de que a constituição não é apenas mero documento sem força normativa. (MORA-DONATTO, 2002, p. 17).

O marco teórico desta releitura constitucional foi a corrente pós-positivista, influenciado tanto pela corrente positivista como com a corrente de jusnaturalismo (BARROSO, 2008, p. 4). Esta nova proposta em linhas gerais tenta uma aproximação da moral ao modelo jurídico do positivismo-normativista kelseniano. Enquanto para este a discussão sobre a validade axiológica e social deveria se encontrar no Poder Legislativo, e

apenas a validade normativa seria um papel do judiciário, ou seja, somente no processo de produção normativa deveria haver a discussão a respeito dos fundamentos sociais e morais sobre as normas, já para a nova escola constitucionalista do século XX, a validade axiológica, normativa e social da norma jurídica são atividades também do Poder Judiciário.

Nesta proposta, nota-se um deslocamento do centro de pressão política e de decisão do parlamento para o judiciário, já que este deverá considerar em suas atividades as questões éticas envolvidas, os fundamentos morais da norma, além de sua função já defendida pelos positivistas-normativistas de prestação de uma atividade decisionista – e interpretativa da norma - baseada na validade normativa.

2.4 DESENVOLVIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS ESTADOS UNIDOS

A primeira previsão normativa do devido processo legal nos Estados Unidos, como país independente, surgiu em 1787, no estado de Nova Iorque, em sua *Bill of Rights*. Lá estava prevista, dentre outras coisas, que: “[...] Nenhuma pessoa será submetida a interrogatório sem ser apresentada perante juízes, ou notas taquigráficas, ou o devido processo legal de acordo com a lei da terra ⁴”(ESTADO DE NOVA IORQUE, 2014, p.1, tradução do autor). Na interpretação corrente à época, isso significava que no conflito entre o que o julgador achava “devido” e aquilo estabelecido pela lei, a lei prevaleceria (HYMAN, 2014, p. 12). Com a ratificação da Constituição por este estado, foi estabelecido que a *due process clause* por ele estabelecida seria consistente com a Constituição ratificada (HYMAN, 2014, p. 13).

Na Constituição americana, o devido processo legal está previsto na quinta e na décima-quarta emendas. No que toca a décima quarta emenda, a época de sua criação, já era existente não só interpretações objetivistas do devido processo legal, mas também interpretações subjetivistas. Ambas correntes serão tratadas ao longo do texto.

A *due process clause* presente na décima quarta emenda diz respeito ao mesmo que é disposto na quinta, e desta forma o significado desta última controla o da primeira (HYMAN, 2014, p. 5). Este entendimento é pacífico na praxe jurisprudencial americana, servindo de exemplo, por todos, o voto do juiz J. Frankfurter: “É claro que a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda tem o mesmo significado. Para supor que

⁴ “[...] no person shall be put to answer without presentment before justices, or matter of record, or due process of Law according to the Law of the land”(ESTADO DE NOVA IORQUE, 2014, p.1).

'devido processo legal' significa uma coisa na quinta emenda e outra coisa na décima quarta é muito frívolo para necessitar de uma rejeição elaborada ⁵". (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 1945, p. 324, tradução do autor)

Sem se apegar a argumentos de autoridade, é fato que, através de uma interpretação histórica se observa que os criadores da décima quarta emenda não defendiam uma interpretação do devido processo legal nela presente diferente da feita à referida quinta emenda, tampouco alterar seu significado (HYMAN, 2014, p. 10).

Nos Estados Unidos, o real significado da expressão *due process* é muito debatido, sendo possível observar a existência de duas correntes, uma “objetivista” e outra “subjetivista”. Esses nomes se baseiam na perspectiva do julgador em relação ao devido processo, seja focando na norma positivada (corrente objetivista) ou através da experiência e precedentes jurídicos (HYMAN, 2014, p. 2).

A objetivista entende o significado de tal termo levando em conta o texto original, afirmando que por dizer respeito à “lei da terra”, o devido processo era a conduta conforme a constituição, a lei e sua interpretação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970, p. 397). Entretanto, frise-se, uma perspectiva objetivista não significa que qualquer norma estabelecida pelo legislativo seja, por este motivo apenas, conforme a cláusula do devido processo (HYMAN, 2014, p. 3).

Para aqueles que defendem o caráter objetivo do devido processo legal, essa interpretação impede que o judiciário invada a competência do legislativo (HYMAN, 2014, p. 7), preservando assim o seu programa normativo original, que conforme exposto anteriormente, estava ligado, ainda em tempos medievais, a separação dos poderes.

O termo processo, contido na expressão, é de forma pacífica na jurisprudência americana entendido englobando tanto seu aspecto procedimental como substancial (HYMAN, 2014, p. 3), conseqüentemente, *a priori*, tanto o aspecto formal como substancial do devido processo legal são amplamente aceitos na praxe norte-americana, havendo divergências apenas quanto a forma.

No início da república americana, a aplicação da *due process clause* seguia a linha objetivista. A própria defesa dele, por John Jay (primeiro *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana), evidencia isso, ao dizer que: “É o direito inquestionável e inalienável

⁵“Of course the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment has the same meaning. To suppose that 'due process of law' meant one thing in the Fifth Amendment and another in the Fourteenth is too frivolous to require elaborate rejection” . (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 1945, p. 324)

privilégio de um homem livre não ser alienado, ou interrompido no uso inocente, da vida, liberdade ou propriedade, senão por leis para as quais ele consentiu, pessoalmente ou por seus representantes”⁶ (JAY, 2014, p. 1) (tradução do autor).

Nas primeiras décadas de sua existência, diversas leis nos Estados Unidos foram invalidadas por violarem direitos alheios sem o devido processo legal (CHAPMAN, 2012, p. 1727). Todavia, devido a visão objetivista que havia na época, o âmbito de atuação do referido princípio estava restrito ao disposto pelo legislativo, conforme a jurisprudência da época evidencia (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1825, p. 23). Mesmo assim, naquela época, a *due process clause* já era utilizada livremente no controle de constitucionalidade de leis, embora constantemente tal controle estava embasado conjuntamente em outras normas constitucionais, como se observa, por exemplo, no caso *Satterlee v. Matthewson* de 1829. Lembrando, é claro, que por sua atuação estar vinculada a estas bases, o devido processo legal era aplicado estritamente dentro do programa normativo disposto pela constituição americana (HYMAN, p. 4, 2014).

3. PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A análise da eficácia dos direitos fundamentais não se confunde com as suas dimensões. Enquanto as dimensões evidenciam que direitos fundamentais, além de gerar direitos subjetivos, também tem uma carga valorativa de ordem objetiva sobre o ordenamento jurídico (MARINONI, 2006, p. 73), pela eficácia chega-se tanto a um papel hermenêutico – através da aplicação do princípio da interpretação conforme a constituição, situação que vincula o intérprete a compreensão da norma a fim de dar maior concretude aos direitos fundamentais – como a uma forma de controle de constitucionalidade, pois tanto no controle difuso ou concentrado haverá uma eliminação de possibilidades interpretativas balizadas pelas normas de direitos fundamentais. Por isso é possível pensar nas dimensões objetiva e subjetiva incidindo tanto nas relações entre particulares quanto com o Estado (MARINONI, 2006, p. 73).

⁶“It is the undoubted Right and unalienable Priviledge of a Freeman not to be divested, or interrupted in the innocent use, of Life, Liberty or Property, but by Laws to which he has assented, either personally or by his Representatives” (JAY, 2014, p. 1).

Entretanto, é necessário frisar que parte da doutrina entende que as normas de direitos fundamentais se aplicam apenas ao Estado, não tendo como destinatários, assim, aos particulares (MARINONI, 2006, p. 77). Todavia, mesmo essa visão não pode negar a influência da atividade pública na esfera particular. Essa ideia tenta deixar claro a vinculação dos direitos fundamentais exclusivamente aos poderes estatais, embora não exclua a ideia de que eles são levados em conta na resolução de litígios privados (ALEXY, 2008, p. 529-530). Devido sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais devido sua dimensão objetiva tem uma função mandamental sobre o legislador (MARINONI, 2006, p. 78). Se a tutela for inexistente ou insuficiente, a atividade judicial pode suprir essa lacuna, sendo assim a forma de mediação dos direitos fundamentais à relações privadas. Obviamente, nesse raciocínio, tais direitos vinculam a atividade do juiz, que os irradia de forma mediata apenas, através da sua atividade jurisdicional (MARINONI, p. 78, 2006).

Essa elaboração intelectual, todavia, está vinculada a dogmas que impedem seu desenvolvimento completo. Numa visão constitucional tradicional na Alemanha, direitos fundamentais geram pretensões jurídicas de natureza subjetiva apenas nos casos de proibições de intervenção e direitos de defesa.

Por outro lado, vinculam apenas os poderes públicos, ou seja, tem apenas dimensão objetiva, os mandamentos de tutela e deveres de proibição (MARINONI, 2006, 78). É lição doutrinária corrente na Alemanha que o dever de tutela dos direitos fundamentais exige, *a priori*, uma transposição para a esfera legal (MARINONI, 2006, p. 81).

Devido a isso, há para o legislador uma margem para sua discricionariedade na tutela do direito, entre a proibição do excesso e da insuficiência (MARINONI, p. 81, 2006). É amplamente aceita na doutrina a noção que o legislador tem liberdade na escolha da opção normativa mais adequada ao tutelar direitos fundamentais, pois *a priori* é tarefa dele tutelar normativamente tais direitos (MENDES, 2011, p. 191). Essa margem, todavia, é mais restrita no caso de intervenção judicial (MARINONI, 2006, p. 81). Tal ideia, a título de exemplo, é totalmente rechaçada na Constituição portuguesa.

A eficácia vertical baseia-se na noção de que os Direitos Fundamentais incidem sobre o ordenamento jurídico influenciando as relações entre o Estado e particulares (ALEXY, 2008, p. 523). É indiscutível o fato de que a eficácia vertical sempre é imediata (MARINONI, 2006, p. 80). Entretanto, é possível pensar em eficácia vertical mesmo entre particulares, quando há grande desigualdade entre eles (MARINONI, 2006, p. 74).

Já a eficácia horizontal refere-se essencialmente à aplicabilidade direta – sem nenhuma intermediação normativa – dos Direitos Fundamentais sobre relações privadas. Essa

incidência dos direitos fundamentais sobre os particulares se deve a transformação dos conceitos de direitos fundamentais e também da transformação da sociedade para sua forma massificada atual (MARINONI, 2006, p. 74). O Estado não é mais como na época do Estado Liberal Clássico, o inimigo de quem a constituição deveria proteger. Muito pelo contrário, com a nova concepção de constituição e direitos fundamentais, hoje sua tarefa é tutelá-los adequadamente. Conforme diz autorizada doutrina, há atualmente um zelo nas democracias constitucionais no que concerne evitar que os Direitos Fundamentais se tornem eficazes apenas com a intermediação do legislador, ou pior, que se tornem letra morta (MENDES, 2011, p.173).

Na eficácia horizontal, devido a incidência sobre particulares – ou seja, ao menos dois titulares de direitos fundamentais envolvidos – não há como falar em uma vinculação ao mesmo modo da eficácia vertical. Na eficácia vertical há “uma relação entre uma titular de direitos fundamentais e um não titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 528). O maior problema, como ressalta autorizada doutrina, é a ausência de definição dos meios e da intensidade da proteção de um particular em face de outro nas normas de direitos fundamentais (MARINONI, 2006, p. 79). A decisão sobre a efetivação de qualquer dever de proteção é do legislativo em primeiro lugar. Esta discricionariedade é mitigada, todavia, pela necessária conformação dele aos limites estabelecidos pela Constituição (MENDES, 2011, p. 247). Entretanto, quando a efetivação do direito fundamental depende de uma prestação por parte do particular, é irrazoável o estabelecimento de meios para se garantir sua observância imediata, mesmo que, conforme garantido por nossa constituição, a questão possa ser levada a discussão para o judiciário (MARINONI, p. 79, 2006). Há atualmente uma preocupação no que toca a superação da ideia de Estado Liberal Clássico, onde a expressão dos Direitos Fundamentais se dá exclusivamente através de normas infraconstitucionais (MENDES, 2011, p. 173). Conforme afirma Luís Guilherme Marinoni:

Assim, apenas para citar um exemplo, qualquer empregado, urbano ou rural, pode exigir do seu empregador a remuneração do trabalho extraordinário em no mínimo cinquenta por cento à o normal (art. 7º, XVI, CF/88) sem que, para tanto, tenha que mover uma prévia ação judicial para que o juiz determine a obrigação do patrão de arcar com esse custo (MARINONI, 2006, p. 79).

Dada a incidência dos direitos fundamentais, mesmo para aqueles que não admitem sua aplicação em relações jurídicas puramente privada, pode o Poder Judiciário, devido a insuficiência da tutela legislativa, efetivar esses direitos via jurisdicional (MARINONI, 2006,

p. 79). Assim, os juízes não só podem como devem aplicar as normas constitucionais diretamente para resolver as lides que apreciam (MENDES, 2011, p. 174)

Por este motivo, existem duas correntes de pensamento a respeito de como deve se dar esta vinculação: a teoria da eficácia imediata e a da mediata (MARINONI, 2006, p. 75). Lembrando que, a existência de uma eficácia mediata não necessariamente exclui a possibilidade de haver também uma eficácia imediata (MARINONI, 2006, p. 80).

A eficácia mediata diz respeito a incidência de Direitos Fundamentais sobre relações privadas mediadas por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Ela se baseia na ideia de que os Direitos Fundamentais tem uma dimensão objetiva – organizando todo o ordenamento jurídico – trazendo consigo diretrizes para a atividade estatal (ALEXY, 2008, p. 524-525). Desta forma, as normas de direitos fundamentais podem concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem que isso signifique uma invasão nos pressupostos do direito privado (MARINONI, 2006, p. 75). Além disso, ela também pode ocorrer na interpretação de uma norma privada (ALEXY, 2008, p. 529).

O dever de proteção, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vincula o Estado a efetivar uma prestação jurídica dessa proteção e, desta forma, editar normas que busquem proteger os particulares em suas relações privadas. A inobservância dessas normas gera o direito de ação em face do particular que a violou, inclusive de forma preventiva, como na ação inibitória (MARINONI, 2006, p. 76). É certo que, devida a sua previsão constitucional, os Direitos Fundamentais são parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos (MENDES, 2011, p. 173).

Obviamente, nesse caso, há uma lei mediando a aplicação dos direitos fundamentais nesta relação, lei essa, diga-se de passagem, que goza de uma presunção de constitucionalidade (MENDES, 2011, p. 110). Entretanto, essa presunção é meramente relativa, podendo ser discutida em face de uma possível violação a outro direito fundamental (MARINONI, 2006, p. 76).

Tal violação, no caso de uma lei de natureza restritiva, além de se levar em conta os valores protegidos, deve se observar o direito fundamental restringido, uma vez que seu núcleo essencial necessariamente deve ser protegido (MARINONI, 2006, p. 76). Essa proteção visa, sobretudo, evitar que se esvazie o conteúdo de dado Direito Fundamental, devido alguma restrição desproporcional (MENDES, 2011, p.241). Muito embora a natureza principiológica dos Direitos Fundamentais levam a sua restrição em face de outros colidentes, essa restringibilidade é limitada (ALEXY, 2008, p. 295-296) Entretanto, a Constituição Federal vigente não contempla nenhuma regra diretamente no que toca a proteção do núcleo

essencial de Direitos Fundamentais, embora tal princípio seja visto como uma decorrência do próprio modelo constitucional adotado (MENDES, 2011, p. 244)

No caso de ausência completa de lei, é obviamente inconstitucional a ideia de que os direitos fundamentais não incidem às relações privadas por este motivo. O juiz pode, é claro, utilizar-se dos princípios gerais do direito privado, entretanto, via de regra isso não dá a adequada tutela do direito violado (MARINONI, 2006, p. 76).

Como já se observou, as normas constitucionais tem força vinculante sobre todo o ordenamento jurídico. Desta forma, desde a mudança de paradigma do princípio da legalidade (de seu sentido meramente formal para um substancial – caracterizado pela vinculação com o conteúdo da Constituição) não há sentido que os direitos fundamentais não tenham aplicabilidade meramente pela ausência de lei sobre o caso concreto (MARINONI, 2006, p. 77).

A teoria da eficácia imediata defende a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Além de seu aspecto objetivo, compartilhado pela corrente mediata, também gerariam direitos subjetivos em relações particulares (MARINONI, 2006, p. 75). Entre aqueles que defendem essa eficácia, há aqueles não excluem o papel da eficácia mediata, reservando a eficácia imediata um papel residual, para suprir lacunas legislativas (MARINONI, 2006, p. 80).

4. EFICÁCIA DOS DIREITOS PROCEDIMENTAIS

Em relação ao juiz, a eficácia dos direitos fundamentais deve ser vista de formas diferentes nos casos de direitos fundamentais materiais e processuais (MARINONI, 2006 p. 82). Isso ocorre porque ao tutelar um dado direito fundamental de natureza material, ele tem eficácia horizontal mediata. Isto é, esses direitos incidem sobre o juiz para que se projetem sobre os particulares (MARINONI, 2006, p. 82). Assim, há uma eficácia horizontal mediata do direito material sobre os particulares e uma eficácia vertical sobre o juiz, eficácia essa decorrente do direito material tutelado, que vincula o juiz a um dever de proteção. É esse dever de proteção que origina a repercussão horizontal, mediada pela decisão judicial (MARINONI, 2006, p. 83).

De outra forma, os direitos de natureza processual incidem diretamente sobre a jurisdição, ao ditar as formas e limites de sua atuação (MARINONI, 2006, p. 82). Alguns direitos, como o da tutela jurisdicional efetiva, destinam-se unicamente a regular a forma de

atuação estatal, tendo assim eficácia apenas sobre o Estado (MARINONI, 2006, p. 82). Nesse caso, o direito fundamental, justamente por não ter aplicabilidade sobre os particulares, não necessita de mediação pelo juiz (MARINONI, 2006, p. 83). Na realidade, como afirma autorizada doutrina, esses direitos, ao recaírem sobre a atividade jurisdicional, podem levar a repercussões de forma “lateral” sobre o particular, de acordo com o procedimento processual utilizado. A caracterização dessa eficácia levou parte da doutrina a classificá-la como uma terceira teoria, entre aquela que nega e aquela que aceita a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Nela, os efeitos no âmbito privado são reflexos da vinculação do poder público com esses direitos (ALEXY, 2008, p. 530). Mas mesmo esse efeito não se confunde com a eficácia horizontal, impossível para tal classe de direitos (MARINONI, 2006, p. 83). O dever decorrente de cada caso também se diferencia, pois enquanto na tutela dos direitos fundamentais materiais o juiz tem um dever de proteção, no direito à tutela jurisdicional efetiva nasce um dever de proporcionar a tutela efetiva à qualquer direito, mesmo com omissão na normatização processual (MARINONI, 2006, p. 83).

Assim, na ausência de técnica procedimental adequada à tutela do direito em litígio (não se limitando apenas direitos fundamentais), o juiz, baseado na incidência imediata dos direitos processuais que o vinculam, proporcionará o saneamento dessa lacuna tendo em vista o direito material discutido (MARINONI, 2006, p. 83-84).

O direito à tutela jurisdicional garante ao titular dele um poder que tem por contraponto uma situação de sujeição, correspondente ao dever estatal de proporcionar a tutela jurisdicional adequada (MARINONI, 2006, p. 84). Não há aí, frise-se, um direito a determinada prestação material ou jurídica, mas o exercício de um poder por parte do Estado, visando sua efetivação (MARINONI, p. 84, 2006). Isso ocorre porque não há uma necessidade de justificação de intervenção na esfera privada, que já ocorre antes mesmo de sua incidência (MARINONI, 2006, p. 84).

5. PARADIGMA ATUAL DA EFICÁCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E NORTE-AMERICANA

Em 1970, a Suprema Corte norte-americana aplicou o devido processo legal, previsto na 14ª emenda da Constituição daquele país, garantindo o direito ao contraditório aos recipientes de auxílios sociais antes que estes fossem extintos (LOFFREDO, 2009, p. 276). O dano que poderia ser sofrido pelos recipientes, no caso em julgamento, poderia causar danos graves a sua própria subsistência conforme julgou a corte:

[...] é que a rescisão de um benefício social causada por uma controvérsia pendente de resolução acerca da elegibilidade ele pode privar um destinatário elegível do próprio meio pelo qual viver enquanto espera. Uma vez carecendo de recursos independentes, sua situação se torna imediatamente desesperadora. Sua necessidade de concentrar-se na busca pelos meios para a sua subsistência diária, por sua vez, afeta negativamente a sua capacidade de obter reparação da burocracia de assistência social.⁷. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970, p. 397) (tradução do autor)

Aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no Supremo Tribunal Federal, no caso de exclusão de sócio RE 201819 RJ Relatora: Min. Ellen Gracie:

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (BRASIL, 2006, p. 577)

Nota-se claramente, que tanto na jurisprudência brasileira como na norte-americana, existe um posicionamento dos tribunais constitucionais inclinados a defesa da aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Assim, o direito ao devido processo legal como forma de garantia de um padrão de justiça racional e previsível é aplicado tanto de maneira vertical, dentro da esfera pública, como reconhecido pelo entendimento jurisprudencial majoritário, como aplicável de forma horizontal dentro das relações tipicamente privadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O devido processo legal, em toda a sua história passou por diversas mudanças e ressignificações. O paradigma constitucional moderno trouxe a ele um papel impensável em

⁷ “[...] is that termination of aid pending resolution of a controversy over eligibility may deprive an eligible recipient of the very means by which to live while he waits. Since he lacks independent resources, his situation becomes immediately desperate. His need to concentrate upon finding the means for daily subsistence, in turn, adversely affects his ability to seek redress from the welfare bureaucracy”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970, p. 397)

outras ordens jurídicas, como as que prevaleceram nos séculos XIX e início do XX. Embora sua missão original fosse limitar e coibir a atuação estatal indevida, com as mudanças político-sociais de um passado recente, tornou-se necessário dar a ele um papel de destaque na efetivação dos Direitos Fundamentais.

Sob o aspecto jurisprudencial brasileiro, o devido processo legal representa hoje o exemplo mais claro da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais em relações privadas. Se por um lado, ele evidencia a possibilidade de tal eficácia conviver pacificamente com a ideia de autonomia privada, por outro mostra os limites e desafios que devem ser observados neste tipo de aplicação.

A proporcionalidade surge como uma ferramenta útil neste sentido, ao permitir uma eficácia deste princípio que respeite o núcleo essencial de outros também importantes. Longe de ser uma cláusula aberta, o princípio da proporcionalidade aproxima a aplicação de tal princípio do plano fático, ao obrigar o órgão julgador analisar os pressupostos e as consequências de suas decisões de forma mais concreta, a partir da perspectiva da máxima efetividade dos Direitos Fundamentais.

A aplicabilidade imediata de Direitos Fundamentais em relações privadas necessariamente leva a uma colisão entre, de um lado, o direito violado, e de outro, o direito à autonomia privada. Em tais casos, como já afirmado anteriormente, é necessário proteger o núcleo essencial de todos os direitos envolvidos.

Existem basicamente dois modelos no que toca a conceituação de núcleo essencial: a teoria absoluta e a teoria relativa. A primeira diz que tal núcleo é uma unidade substancial autônoma, não podendo ser limitada pelo legislador. É dela que nasce a noção de um “limite extremo” para a restrição de um dado direito (ALEXY, 2008, p. 298). Já a segunda diz que o núcleo essencial é definido caso a caso, ou seja, se deve observar o objetivo da restrição de aplicabilidade de um dado direito para saber se tal núcleo foi ou não violado (MENDES, 2011, p. 174-175). Assim, para ela, o núcleo essencial se torna claro apenas após a ponderação dos direitos colidentes (ALEXY, 2008, p.297).

Parte da doutrina defende uma solução intermediária, chamada aqui de teoria intermediária, que tem no princípio da proporcionalidade sua solução (MENDES, 2011, p. 243). Tal princípio leva em conta tanto a adequação como também a necessidade daquilo estatuído por determinada norma (TÁVORA, 2011, p. 77).

Como primeira consequência da ideia de proporcionalidade há a vedação do excesso de poder, ou seja, que a proteção de dado bem jurídico exceda seu papel e interfira negativamente em outros bens. Ela, é interessante ressaltar, não visa buscar uma pretensa

finalidade da lei ou buscar os motivos interiores que motivaram o legislador, mas apenas limitar a discricionariedade legislativa (MENDES, 2011, p. 247). Decorre também da ideia de proporcionalidade a noção de vedação da proteção deficiente (TÁVORA, 2011, p. 77), que pode ser vista como um dever correspondente ao poder de legislar (MENDES, 2011, p. 247).

Embora o termo “núcleo essencial” leve a entender que sempre haverá um mínimo de presença de todos os direitos colidentes após seu sopesamento, é interessante ressaltar que a aplicação da proporcionalidade pode levar a uma situação onde não haja mais eficácia de um dos direitos colidentes, sem que isso viole o seu núcleo essencial (ALEXY, 2008, p. 297-298).

A partir desse paradigma da teoria intermediária, analisando o caso concreto, é perceptível que qualquer incidência do devido processo legal diretamente nas atividades particulares deve levar em conta o núcleo essencial da autonomia privada. Todavia, se através da proporcionalidade fique claro que a autonomia privada excede seu papel, é possível restringi-la até mesmo ao ponto onde perca toda a eficácia, observando, entretanto, a necessidade e adequação de tal medida. Tendo em vista que a própria discricionariedade legislativa do Poder Legislativo é conformada dentro daquilo que a Constituição postula (MENDES, 2008, p. 247), não há como se defender que não haja tal conformação à autonomia assegurada aos entes privados também. Esse entendimento foi afirmado pelo STF no julgamento do RE 201819/RJ, conforme segue citação:

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (BRASIL, 2006, p. 577)

Entretanto, tendo o ponto de vista da teoria absoluta, é inviável apresentar a mesma conclusão. O Tribunal Constitucional Alemão, que em reiteradas vezes adotou esta teoria, já negou a aplicação da proporcionalidade com vistas a legitimar gravações secretas, pelo caráter absoluto da proteção à esfera privada (ALEXY, 2008, p. 298).

Embora a teoria absoluta tenha importantes defensores, ela não convence, a partir de uma perspectiva mais ampla. Mesmo tendo como objetivo evitar a ineficácia de determinados Direitos Fundamentais em determinados casos, ela não tem adequação a realidade. Existem casos onde, ao se manter um determinado “limite extremo” ou “limite absoluto” de restrição a

um dado direito, nega-se totalmente a incidência de outro, que merece atenção prioritária naquela situação. A ideia de proporcionalidade tem em seu bojo a noção de que intervenções intensas são justificáveis apenas nas situações onde houver fundamento relevante (ALEXY, 2008, p. 299). Assim, a definição de um limite estático às restrições de aplicabilidade são arbitrárias por não levarem em conta o caso concreto, não coadunando com a ideia de legalidade substancial que caracteriza o regime constitucional moderno.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985
- BARROSO, Luís Roberto. **EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil**. Cidade do México: Universidad nacional autónoma del México, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ. Voto da Relatora Ministra Ellen Gracie. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 27 de outubro de 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, v. 2253-04, p. 577-641, out. 2006.
- CARBONELL, Miguel. **Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México**. Cidade do México: UNAM, 1998.
- CHAPMAN, Nathan S.; McConnell, Michael W. Due Process as Separation of Powers. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 121, nº 7, p. 1672-1807, mai 2012.
- ESTADO DE NOVA IORQUE. **Bill of Rights**. Disponível em: <https://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/documents/Publications_New-York-Bill-Of-Rights.pdf>. Acesso em: 30 jun 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. 1825. **US Supreme Court**, Washington, DC, v. 59, p. 59, dez. 1855.
- _____. Suprema Corte. US 254. 23 de março de 1970. **US Supreme Court**, Washington, DC, v. 62, p. 397, mar. 1970.
- _____. Suprema Corte. US. 29. 4 de março de 1991. **US Supreme Court**, Washington, DC, v. 499, p. 9-24, mar. 1991.

_____. Suprema Corte. US 377. Voto do ministro Black. 31 de março de 1970. **US Supreme Court**, Washington, DC, v. 62, p. 397, mar. 1970.

_____. Suprema Corte. US 412. Voto do ministro Frankfurter. 26 de março de 1945. **US Supreme Court**, Washington, DC, v. 324, p. 324, mar. 1945.

_____. Suprema Corte. Wayman v. Southard. 1825. **US Supreme Court**, Washington, DC, v. 23, p. 23, 1825

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>>. Acesso em 16 mai. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**. vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARBELE, Peter. **El Estado constitucional: Estudio Introductorio**. Cidade do México, UNAM, 2003

HEGEL, G. W. Friedrich. **Filosofia do Direito**. Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Loyola/UNICAMP/UNISINOS, 2010.

HELMHOLZ, R.H. **Magna carta and theiuscommune**. Chicago, the Univesity of Chicago Law Review, vol. 66, nº 2, 1999.

HYMAN, Andrew T. **Little Word “due”**. Disponível em: <http://works.bepress.com/andrew_hyman/2> Acessado em 25 mai 2014.

JAY, John. **A Hint to the Legislature of the State of New York**. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process12.html>. Acesso em 21 mai. 2014.

LOFFREDO, Stephen; FRIEDMAN, Don. **Gideon Meets Goldberg: The Case for a Qualified Right to Counsel in Welfare Hearings**. Touro Law Review, Nova Iorque, vol. 1, nº 1, p. 273-346, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis, 1994.

MANN III, Julian. Due Process; A Detached Judge; And EnemyCombatants. **Journal of the National Association of Administrative LawJudiciary**, Malibu, vol. 28, nº 1, p. 1-28, 2008.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.
- MCKEAN JR, Frederick G. The rule of precedents. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, vol. 76, nº 5, p. 481-497, mar. 1928.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORA-DONATTO, Cecilia. **El valor de la Constitución normativa**. Cidade do México: UNAM, 2002
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. **O Direito como Ciência**. São Paulo: RT, 1980.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SCHIMITT, Carl. **Teoria de La Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1982.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- WHITE, G. Edward. American Jurisprudence. **University of pennsylvania Law review**, Philadelphia, vol. 124, pg. 1212-1259, 1976.