



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Luana Almeida Martins

O Princípio do Devido Processo Legal:

Uma análise histórica.

Rio de Janeiro, junho de 2014.

Luana Almeida Martins

O Princípio do Devido Processo Legal:

Uma análise histórica.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Professor Doutor Paulo Roberto Soares Mendonça.

Rio de Janeiro, junho de 2014.

*Ao meu avô,
por ter sempre acreditado;
e aos meus cinco,
por darem sentido.*

AGRADECIMENTOS

À minha família, por dar sentido a tudo que faço, por ser a razão, o começo e o fim.

Ao meu amor, por ser o cúmplice, o companheiro, a poesia, por todas as lutas, e por ser a certeza.

Ao meu avô, por nunca duvidar e sempre acreditar em mais do que posso ser.

À minha avó, por nunca desistir.

À Júlia, pelas palavras de carinho, pela sinceridade, e pela força.

À Clara, pelas longas conversas, pela lealdade, e por compartilhar lutas e conquistas.

À Cristina, pelo eterno carinho, compaixão, entrega e por me carregar quando não posso.

Ao Márcio, pelo exemplo, pela batalha diária, pelo sacrifício e pela confiança e cuidado.

Ao João, à Marcela, à Mariana, ao Rafael e ao Thiago por serem eternos, inseparáveis, pelo riso e pela amizade.

À Evelin, Jessica, Maria, Thaís, Aline, Filipe, Júlia e Rafael, meus queridos literatos, por não deixarem que a poesia deixe de cantar, pelo apoio, pela amizade.

Ao Rodrigo, por nunca ter me deixado desistir, pela força e amizade eternas.

À Jackeline, pelo companheirismo e amizade que sempre me deram força para continuar.

Ao Danillo, pelas eternas conversas que nos transformaram ao longo desses anos.

À Cris, à Juliana, e ao Nicholas por terem surgido no final, quando precisei de mais força.

Aos meus amigos de pesquisa Edu, Paula e Lu, que estiverem presentes durante todo o processo de descoberta e de muito trabalho.

Ao meu querido orientador, pela atenção e suporte, por todas as oportunidades, e por ter possibilitado este trabalho.

*É feia. Mas é uma flor. Furo o asfalto, o tédio, o
nojo e o ódio.*
Carlos Drummond de Andrade.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o princípio do devido processo legal, e as garantias processuais que dele se podem extrair, em uma perspectiva histórica. Muito além da análise dos primórdios cronológicos e pontuais deste princípio, pretende-se estudar momentos fundamentais para a história do direito a fim de perquirir de que forma este princípio poderia ser compreendido nesses períodos. Inicialmente, será feita uma abordagem acerca da compreensão atual do devido processo legal em sua perspectiva formal e material ou substancial, a partir de sua recente construção conceitual, advinda, principalmente, da doutrina norte-americana, com o objetivo de analisar de que maneira este princípio se desenvolveu a partir do sistema do *common law*. Posteriormente, distanciando-se desta leitura tradicional do aludido princípio, e tendo por base o sistema da *civil law*, pretende-se em outra perspectiva, analisar o período histórico da passagem do Medievo para a Modernidade com o objetivo de compreender de que maneira este período tratou as garantias processuais, principalmente o devido processo legal. A análise constitui-se do estudo da história do direito, e não mais de um retorno linear e cronológico do princípio em questão. Neste sentido, busca-se ainda analisar a importância da Revolução Francesa, sobretudo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para o estudo do devido processo legal e suas garantias, sempre tomando por base a sua atual concepção bifurcada em duas facetas – formal e substancial –, e eventuais subprincípios que decorram do princípio em análise. No decorrer da análise da Declaração de 1789, também será feito um breve paralelo entre os dois sistemas apresentados – o da *civil law* e o de tradição anglo-saxônica –, comparando em que sentido o desenvolvimento do princípio estudado em ambos se aproxima, e em que sentido ele se distancia.

RESUME

Ce travail vise à tenir compte du principe de la procédure régulière et les garanties de procédure qui peuvent être tirées dans une perspective historique. Au-delà de l'analyse des ébauches chronologiques et ponctuels de ce principe, nous avons l'intention d'étudier les moments le plus importants de l'histoire du droit afin de découvrir comment ce principe pourrait être compris dans ces périodes. Initialement, on ferait une lecture sur la compréhension actuelle de la procédure régulière dans sa perspective formelle et substantielle à partir de sa récente construction conceptuelle, découlant surtout de la doctrine américaine, dans le but d'analyser la façon dont cette principe a développé à partir du système de common law. Après, loin de cette lecture traditionnelle du principe susmentionné, et basé sur le système de civil law, il y a l'intention, dans un autre point de vue, d'analyser la période historique de transition du Moyen Age à la Modernité, afin de comprendre comment cette période traitées les garanties procédurales, notamment une procédure régulière. L'analyse est construit à partir de l'étude de l'histoire du droit, et non plus d'un retour linéaire et chronologique du principe en question. Dans ce sens, on vise aussi analyser l'importance de la Révolution Française, en particulier la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, pour l'étude de la procédure régulière et de leurs garanties, toujours sur la conception actuelle bifurqué en deux facettes – formelle et substantielle – et éventuels sous-principes découlant du principe en question. Pendant la réflexion de la Déclaration de 1789, sera également fait un bref parallèle entre les deux systèmes présentés – le civil law et la tradition anglo-saxonne – en comparant le sens dans lequel le développement du principe étudié dans les deux s'approchent, et dans quel sens il se distancés.

SUMÁRIO

Resumo	pág. 6
Introdução	pág. 9
Capítulo I	
1.1. O Princípio do Devido Processo Legal.	pág. 13
1.2. Origens Históricas na Tradição Anglo-Saxônica.	pág. 17
1.3. A Ampliação do Devido Processo Legal e a Construção do Aspecto Substancial.	pág. 22
Capítulo II – As Origens Medievais da Era Moderna.	pág. 34
2.1. As Transformações da Idade Média.	pág. 35
2.1.1. Importância da Revolução Papal.	pág. 36
2.1.3. Universidades.	pág. 37
2.1.4. A Racionalização da Prova.	pág. 39
2.2. Transição da Idade Média para a Era Moderna.	pág. 42
2.2.1. As Leis e os Costumes.	pág. 43
2.2.2. A doutrina.	pág. 47
2.2.3. A Jurisprudência.	pág. 51
Capítulo III - 3 - A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e seu contexto revolucionário.	pág. 54
3.1. A Revolução Francesa.	pág. 54
3.2. Rousseau e a Vontade Geral.	pág. 58
3.3. Montesquieu e a Separação de Poderes.	pág. 61
3.4. Beccaria e as Garantias Processuais da Declaração de 1789.	pág. 62
Conclusão	pág. 68
Bibliografia	pág. 72

INTRODUÇÃO

Em uma primeira análise, deve-se levar em conta que este trabalho teve origem a partir da pesquisa de iniciação científica intitulada “As Bases Históricas do Estado de Direito no Ocidente”, desenvolvida através do subprojeto: “Os Ritos e Garantias Processuais e o Devido Processo Legal”, coordenada e orientada pelo professor Doutor Paulo Roberto Soares Mendonça, vinculada ao Departamento de Pesquisa desta Universidade.

O ponto de partida desta pesquisa subsiste na crença de que o estudo histórico do Direito deve ser feito para que se entenda a constituição das instituições em vigor em nosso ordenamento jurídico. Compreender a organização judiciária de outrora torna possível a análise crítica do tempo em que se vive. Entretanto, deve-se atentar para que não se cometa o erro de aplicar ao passado a estrutura do presente, mas sim respeitar a construção sistemática de cada tempo.

Cada período da história constrói uma organização que se adequa às suas necessidades, e as transformações só irão ocorrer quando se observa um desnível entre o que se precisa e o que se oferece. Dentro desta concepção é que se busca estudar o princípio do devido processo legal em sua concepção atual e as suas origens, além do período histórico que compreende a passagem da Idade Média para a Era Moderna e, posteriormente, a Revolução Francesa e a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Ao depreendermos um estudo de perspectiva histórica, é comum nos depararmos com uma complexidade de Instituições que descrevem uma determinada sociedade, em um determinado período. Diversos são os recortes que se podem estabelecer em um estudo com esse viés. Este trabalho se propõe, sobretudo, a estudar o devido processo legal, delimitando-se, portanto, um recorte a partir do objeto perquirido. Entretanto, impossível é a estruturação deste objeto sem que se faça um estudo da história do direito de maneira mais abrangente, para que se compreenda o panorama jurídico de então.

Como base para o estudo da História do Direito, esta pesquisa vincula-se à teoria das Instituições, postulada por M. Hauriou, e trabalhada por Manuel Hespanha em sua obra “História das Instituições”¹. Compreende-se o estudo de perspectiva

¹ HESPANHA, António Manuel. História das Instituições – épocas medievais e moderna. Lisboa: Almedina, 1982. p. 14.

histórica não como uma pura descrição das normas jurídicas vigentes em tempos remotos até os dias de hoje, ou ainda como a descrição de doutrinas que vigoraram desde o passado até nossos dias, mas sim como um estudo das normas e doutrinas e a sua eficácia. Ou seja, entende-se que para o estudo da história do direito é necessário que se vislumbre a aplicação do direito ao longo dos tempos, e não só as suas previsões legais e doutrinárias, tendo em vista estar o direito atrelado à realidade social de maneira íntima e indissolúvel.

Com a finalidade de tornar claros os caminhos traçados no estudo do princípio do devido processo legal nos períodos em análise, faz-se necessário, antes da reflexão acerca dos momentos históricos aludidos, compreender a eficácia e aplicação deste princípio no ordenamento jurídico de nossos dias, bem como o seu significado para o nosso direito. Para isso, será exposta a duplicidade que este princípio hoje contém – a sua concepção formal, e a sua faceta material ou substancial. Neste sentido, será feita uma breve digressão histórica pontual para que se compreenda a partir de que contexto esta bifurcação conceitual se sucedeu, sobretudo analisando a doutrina norte-americana. Além disso, busca-se ainda analisar o grau de amplitude deste princípio e os subprincípios por ele abarcados. Só assim será possível buscar seus indícios nos tempos de outrora tornando o estudo histórico eficaz.

Posteriormente, será feita uma abordagem acerca do momento de passagem da Idade Média para a Modernidade. A escolha de análise do período que compreende a transição da Idade Média à Era Moderna tem como parâmetro os ensinamentos de Harold Berman expostos em seu livro “Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental”², tendo em vista que ele acredita que boa parte das características do que Berman chama de tradição jurídica ocidental desenvolveu-se a partir da Idade Média. Sendo, portanto, o momento de transição deste período para a Era Moderna de suma importância para a compreensão de nosso direito atual, e por consequência, para o entendimento do devido processo legal. Diversas transformações que se iniciaram no período da Idade Média encontram-se consolidadas em nossos dias, por isso ratifica-se a importância de se estudar essas modificações neste período de transição.

² BERMAN, Harold J. La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente. Tradução de Mónica Utrilla de Neira, México: Fondo de Cultura Económica, 1996 (orig. 1983).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que será analisada em seguida, também teve grande importância na análise histórica do princípio do devido processo legal – e isso justifica a sua seleção. Essa Declaração é considerada por muitos autores como inspiradora de grandes movimentos sociais e políticos em busca da liberdade e igualdade em diversas instâncias. Além disso, é um documento que é consagrado como um atestado formal de uma das maiores revoluções que a História reconheceu, a Revolução Francesa.

Noberto Bobbio ao falar sobre a aprovação da Declaração de 1789 afirma:

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.³

Esta Declaração é em demasia aclamada por trazer artigos audaciosos ao tempo em que foram escritos. Ela conclama os ideais de igualdade, liberdade, direito à propriedade e ainda algumas garantias processuais de grande importância até para os dias de hoje. Ela é simbólica na medida em que é escrita como atestado de descontentamento do longo período que a França viveu sob o regime monárquico absolutista. Não é por menos que o historiador Alphonse Aulard afirma que ela deve ser considerada um atestado de óbito do Antigo Regime.⁴

É de se acrescentar, neste aspecto, que ao analisarmos a Declaração de 1789, buscaremos tecer breves comparações com o *Bill of Rights* norte-americano, estabelecendo um paralelo entre estas duas declarações de direitos, com o objetivo de compreender em que medida o desenvolvimento histórico do devido processo legal e das garantias processuais por ele abrangidas podem se aproximar ou se distanciar em duas tradições distintas do Direito: a da *commom law* e a da *civil law*. Dessa maneira, será possível estabelecer um paralelo entre a perspectiva histórica que a pesquisa de iniciação científica que deu origem a este trabalho abordou, e o estudo tradicionalmente feito acerca do desenvolvimento do devido processo legal.

No que diz respeito à perspectiva histórica, é necessário afirmar ainda que para realizar este estudo, optou-se por uma leitura mais generalizada das

³BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 85.

⁴Citado por Noberto Bobbio, op. cit. p. 97

movimentações da Europa Ocidental. Isso não significa que se acredita que as transformações se deram da mesma forma, e ao mesmo tempo em todas as regiões, mas nota-se que, muito embora existam particularidades, o estudo mais amplo propiciará êxito dentro dos objetivos traçados neste trabalho. A leitura generalizada facilitará a percepção de indícios do devido processo legal no decorrer do tempo. As particularidades só serão expostas quando se postularem imprescindíveis à compreensão do processo geral.

Evidente que não se encontrará perfeita simetria entre o princípio em sua aplicação atual e seus indícios nos tempos passados, mas o estudo histórico permite que essa não simetria já consista em resultados de análise. Deve-se atentar para o fato de que o objetivo deste trabalho é o estudo de dois importantes momentos históricos com a finalidade de observar de que maneira foram tratados eventuais indícios do devido processo legal e de seus adjacentes, e não uma digressão pontual da dimensão que este princípio possui hoje. Contudo, deve-se lembrar, que esta digressão encontrará razão na primeira parte desta pesquisa para a compreensão da atual concepção do devido processo legal e sua aplicabilidade em nossos dias.

CAPÍTULO I

1 – O Princípio do Devido Processo Legal.

O devido do processo legal é hoje um dos princípios de maior aplicabilidade em nosso Direito em virtude de seu caráter múltiplo e plural, e de seu grau de amplitude e de complexidade. Está previsto em nossa Constituição no artigo 5º, inciso LIV, e afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵. A partir de sua leitura, pode-se dizer que este princípio constitui uma cláusula geral que comporta múltiplas garantias que se desdobram a partir da principal. Garantias que por vezes estão previstas expressamente em nossa Constituição, ou que são apreendidas implicitamente da dita cláusula geral.

A multiplicidade deste princípio é apreciada com facilidade na medida em que se observa o disposto por doutrinadores do nosso Direito ao apontarem diversas garantias decorrentes do devido processo legal, como a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, a vedação da prova ilícita, a necessidade de motivação das decisões, o acesso ao judiciário, dentre outras⁶. Esse caráter múltiplo é tão evidente que autores como Eugênio Pacelli⁷ optam por explicar somente as garantias ao invés de conceituar o princípio do devido processo legal. A partir disso, a sensação que se constrói é de que o desdobramento deste princípio não é limitado, podendo aferir-se a ele novas acepções para que se conquiste o processo justo e legalmente regulamentado.

Neste sentido, notáveis são as palavras de José Herval Sampaio Júnior ao constatar a amplitude do devido processo legal:

A ideia genérica e ampla trazida de forma proposital serve justamente para destacar a força que essa garantia constitucional

⁵ Constituição Federal em Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶ Neste sentido, vide CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. págs. 34-36. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina. 1941. págs. 491-502.

⁷ PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37.

possui no que tange a limitar sobremaneira a atuação das autoridades públicas.⁸

O princípio do devido processo legal abará todas as garantias processuais necessárias para que o processo seja justo e devido nos termos da lei – seja ela processual civil, penal, ou até mesmo administrativa. Portanto, é impossível definir ou conceituar a garantia deste princípio sem que seja levada em conta a pluralidade, e consequente complexidade, que este princípio contém. O processo devido é assegurado na medida em que diversas outras garantias processuais o efetivam. É de se ponderar, neste aspecto, que o objetivo deste trabalho não é esgotar e analisar cada uma destas medidas, mas neste momento é fundamental que se compreenda este caráter múltiplo e plural do princípio em estudo.

José Baracho, ao esquematizar o funcionamento de um processo constitucional, posiciona-se no mesmo sentido que aqui se tem trabalhado:

*o direito de ação e o direito de defesa são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de *due process of law*, processo que deve ser justo e leal.*⁹

Como consequência do caráter múltiplo e plural do devido processo legal, é válido notar um interessante aspecto que este princípio apresenta: o seu caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias que ele abarca. Este aspecto pode ser observado na medida em que, na aplicação prática dos Tribunais Superiores de nosso país, ao invés de nomear-se uma garantia específica, prima-se pela garantia geral – que é o próprio devido processo legal –, fazendo com que este princípio adquira um caráter subsidiário.

Gilmar Mendes, ao discursar sobre este assunto, afirma que:

Assim, em muitos casos, tem-se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes. Há outras situações em que

⁸ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A Influência das Garantias Constitucionais Processuais na Elaboração e Concretização dos Atos Estatais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011. p. 607.

⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. 1ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

o devido processo legal assume características autônomas ou complementares.¹⁰

A percepção deste conceito aparentemente contraditório do devido processo legal que agrega a generalidade e a subsidiariedade, por um lado, e a autonomia, por outro é importantes para que se compreenda a sua amplitude e multiplicidade. Auxiliando, desta maneira, a busca por indícios deste princípio a partir de uma perspectiva histórica. Entender este caráter do devido processo legal implica em compreender a sua grande maleabilidade interpretativa, a depender do período e espaço em que ele será analisado.

Outro aspecto de grande importância para o princípio em análise revela a influência e abrangência das garantias fundamentais em nossa atual compreensão do Direito. Hoje, entende-se que a aplicação do devido processo legal deve abranger todas as esferas de poder, e não só a relação processual pura e simples. Esta vinculação de todos os poderes ao devido processo legal surgiu a partir do desenvolvimento desta garantia ao longo dos anos, tornando-a mais eficaz e abrangente, como melhor veremos a seguir.

Para melhor compreender o grau de amplitude do devido processo legal, é válido citar a lição de Gilmar Mendes:

O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.¹¹

O extenso grau de amplitude deste princípio denota a importância que as garantias fundamentais exercem em nosso Direito – entenda-se que o devido processo legal está aqui sendo considerado uma garantia fundamental. José Herval Sampaio Júnior, em seu já citado artigo, acrescenta que o princípio em questão é imprescindível para proteger os cidadãos da autoridade estatal: “[...] limitando

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 639.

¹¹ MENDES, Gilmar. op. cit., p. 640.

inclusive a atividade do legislador, já que hodiernamente, deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão [...].”¹²

Por fim, ainda com o objetivo de caracterizar o devido processo legal, deve-se fazer menção a seu duplo aspecto – o formal e o substancial. Esta recente construção doutrinária e jurisprudencial que teve origem na tradição do *common law* será melhor abordada a seguir, mas é fundamental que aqui seja brevemente exposta para a caracterização do princípio em estudo.

Após anos de vigência deste princípio, e em sua aplicação doutrinária e jurisprudencial, sobretudo nos Estados Unidos da América, foram atribuídas ao princípio do devido processo legal duas facetas. Afirma-se que este princípio apresente um aspecto formal, e, em outra perspectiva, um aspecto material ou substancial. O aspecto formal consiste na garantia de elementos processuais que estejam em consonância com a legislação vigente; é o conjunto de garantias mínimas referentes ao sentido processual. Este aspecto está intimamente ligado com o caráter múltiplo e plural já aqui exposto, e ao entendimento deste princípio como cláusula geral.

Em outra perspectiva, o aspecto material ou substancial consagra-se na medida em que as decisões judiciais devam atender à razoabilidade e, para alguns autores, à proporcionalidade. A abordagem material é a que possibilita o controle do mérito dos atos do governo, das leis, e da própria relação processual. Nesse sentido, importa observar as lições do doutrinador Gomes Canotilho:

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem direito não apenas a um *processo* legal mas sobretudo a um *processo justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.¹³

Ainda expondo o duplo grau do devido processo legal, o professor de processo civil Fredie Didier afirma:

As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um processo do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os

¹² SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. op. cit. p. 608.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941. P. 494.

tipos de processos, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um processo fenômeno.¹⁴

Sem que se demore demasiadamente neste duplo aspecto do devido processo legal – que como já dito, será novamente analisado em seguida –, pode-se concluir que este princípio visa resguardar os indivíduos de abusos dos poderes legislativo, administrativo e judiciário, buscando garantir o processo justo e imparcial, afastando ilegalidades e irregularidades que possam vir a ocorrer.

Feitas estas considerações acerca do princípio que aqui se pretende estudar, não é difícil notar que por seu grau de amplitude e aplicação, ele possui grande maleabilidade interpretativa, a depender do período e da região em que ele será analisado. Tais ponderações são importantes para que sejam perquiridos os indícios deste princípio na perspectiva histórica que aqui se adotará nos capítulos dois e três. Veremos que buscar indícios do devido processo legal importa em estudar a própria racionalização e constituição do Direito, portanto, é de fundamental relevância a análise que aqui se propõe.

Resumindo o que aqui se buscou expor, nas palavras de um estudioso do devido processo legal, Carlos Roberto de Siqueira Castro:

Nesse contexto, o papel desempenhado pelo instituto do *devido processo legal* como autêntico paradigma de *justiça* e como limite perene à atuação do Estado intervencionista, em particular no que tange ao exercício do poder regulamentar e de polícia, é verdadeiramente estupendo e de inexcusável relevância para a organização democrática. Ver-se-á, bem a propósito, as mais recentes latitudes teóricas do Estado de Direito e do princípio da legalidade, do qual o postulado do *devido processo legal* constitui, por assim dizer, o primogênito coroado de êxito e do estigma de permanência.¹⁵

1.2 – Origens Históricas na Tradição Anglo-Saxônica.

De acordo com historiadores do direito, o primeiro registro que se pode apontar da cláusula do devido processo legal encontra-se na Magna Carta inglesa de 1215. Embasado na doutrina jusnaturalista que influenciava as instituições

¹⁴DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9 ed. Bahia: Ed. JusPODIVM, 2008. págs. 33-34.

¹⁵CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p. 3.

jurídicas anglo-saxônicas, o chamado *due process of law* foi instituído. Para melhor compreender a sua aparição neste período histórico do direito inglês, interessa observar as palavras do já citado estudioso do tema:

Sua inclusão no direito medieval inglês simboliza o desfecho das refregas entre o trono e a nobreza a propósito dos privilégios feudais, que foram incentivando-se desde a invasão de Guilherme, o “Conquistador”, em princípios do Século XI, quando institucionalizaram-se as estruturas econômicas e os vínculos da vassalagem próprios do feudalismo. A partir daí, o fracionamento da utilização da terra e a acumulação da riqueza e poder em mãos do baronato normando fizeram aguçar os ímpetos de resistência ao arbítrio real, até desaguiarem, com a *Great Charter*, nesse estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes naquela quadra medieval em que a posse e a exploração da terra constituíam o sinal da própria cidadania embrionária e as fronteiras muito tênues entre o domínio público e o privado.¹⁶

Diante deste cenário, como uma forma de resistência ao arbítrio real, foi cunhada na Magna Carta uma cláusula que vincularia grande importância até nossos dias. Inicialmente, a locução expressa na Magna Carta foi a de *law of the land*. Contudo, deve-se ter em conta que no período em que esta expressão surgiu, não havia distinção entre *due process of law* e *law of the land* – que acabou por não ser a locução que vigorou através dos anos, tendo dado lugar ao *due process of law*.

Em seu artigo 39, a Magna Carta proclamava:

*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.*¹⁷

A partir da leitura desse dispositivo, é possível perceber que se buscou assegurar aos homens livres – que nesse momento eram os barões e proprietários de terra –, a inviolabilidade de seus direitos relativos à propriedade, à liberdade e à vida, que só seriam suprimidos através de julgamento por seus iguais, ou através da “lei da terra”. Esta prescrição assegura que as limitações só poderiam ser impostas segundo os procedimentos do direito comumente aceito e aplicado pelos precedentes judiciais. Isso quer dizer que só haverá violação dos direitos subjetivos

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p. 8.

¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 9.

dos homens livres se observados os princípios e costumes jurídicos consagrados pela *commom law*.

Esta cláusula, uma vez imposta na Magna Carta inglesa, perdurou até hoje na Inglaterra. Entretanto, importa ressaltar, que foi especificamente nos Estados Unidos da América que ela ganhou fundamental relevância na construção da moderna concepção do devido processo legal. Como veremos, ela acabou por ganhar contornos distintos pela doutrina norte-americana, em virtude de fatores historicamente relevantes. Desde a colonização da “Nova Inglaterra”, pelo fenômeno da recepção, a colônia inglesa herdou a garantia do *law of the land* ou do *due process of law* e acabou por lhe conferir grande importância.

Antes mesmo de se tornar uma nação, as colônias inglesas já adotavam a cláusula do *law of the land* em suas Declarações de Direito – *Bill of Rights*. Muitos são os exemplos de sua enunciação, dentre elas, e talvez a mais famosa, a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 que declara: “*that no man be deprived of his liberty, except by the law os the land or de judgment of his peers.*”¹⁸ Não cabe aqui proceder a transcrição de todas as declarações que enunciaram esta cláusula, mas mencione-se que a Declaração de Delaware, de 1776, a *Declaration of Rights de Maryland*, de 1776, a Declaração de Direitos de Carolina do Norte, também de 1776, a Declaração do Estado de Vermont, de 1777, dentre outras, expressavam-se no mesmo sentido da Declaração dos Direitos da Virgínia, garantindo a resistência dos cidadãos contra eventuais arbítrios das autoridades.

Neste aspecto, é importante que se faça uma breve exposição para que se entenda porque a cláusula do *due process of law* obteve nos Estados Unidos da América aplicação jurídico-positiva mais eficaz do que na Inglaterra. Desta maneira, poderão também ser elucidados os motivos pelos quais o *due process of law* foi incorporado com tamanho vigor pela federação norte-americana, e o porquê de ele ter sido tão aclamado e desenvolvido por sua doutrina e jurisprudência. Para isso, citamos Siqueira Castro por sua notável clareza:

Tal se deve porquanto a evolução constitucional britânica, travada na resistência do Parlamento frente à autoridade monárquica, acabou desaguando na supremacia parlamentar, vista lá como símbolo do regime democrático da maioria e, quando depois de alcançado o sufrágio universal, como afirmação do próprio povo contra o arbítrio

¹⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 13.

da monarquia. O Parlamento reluzia, assim, aos olhos de um inglês, como a casa da liberdade e das grandes aspirações da sociedade. Já nos Estados Unidos da América tanto no período colonial quanto após a independência, preponderava um nítido preconceito contra o Poder Legislativo, o que se explica em razão da legislação metropolitana repressora, oriunda da Casa de Westminster, em Londres, que era fonte de vultuosos prejuízos econômicos para as colônias e bem assim impeditiva da emancipação das famílias de pioneiros protestantes que aportaram na América do Norte, fugindo em grande parte à perseguição religiosa.¹⁹

Sendo assim, não é difícil conceber a razão pela qual os norte-americanos tenderam a desconfiar do Poder Legislativo e desejaram criar mecanismos para controlá-lo e coibir eventuais irregularidades e abusos de poder. Como resposta a esta desconfiança, os Estados Unidos consolidaram o controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*) e o veto presidencial incidente. Diante deste cenário, também se pode notar que os propósitos dos Estados Unidos eram distintos daqueles enfrentados pelos ingleses em suas revoluções burguesas – bem como difere dos ideais da Revolução Francesa de 1789.

A partir dessa distinção de percepções acerca do Parlamento, será possível compreender o porquê dos norte-americanos acreditarem que o conceito da legalidade reside na supremacia da Constituição a partir da forma pela qual os juízes e tribunais a declaram; e a razão pela qual os ingleses conceberem a legalidade como coincidente da vontade do Poder Legislativo expressa nas leis por ele votadas. Nas palavras de Castro:

Vê-se, assim, que, motivado por essas apontadas diferenças de contexto histórico, enquanto o constitucionalismo *yankee* esposou, como filosofia política, a limitação do legislador, o pensamento clássico que vigorou em França e na Inglaterra, e que acabou vingando de forma exacerbada neste último, foi o de sacralização do Parlamento e dos atos dele emanados.²⁰

[...] Pode-se concluir, em síntese, que enquanto o *Bill of Rights* inglês simboliza a vitória do Parlamento sobre a monarquia, o norte-americano expressa uma conquista supralegal da sociedade sobre o Estado como um todo, cuja implementação é confiada ao Poder Judiciário como depositário fiel das liberdades individuais.²¹

Compreendidas as razões norte-americanas, também se torna visível sua distinção com a Revolução Francesa de 1789, como já brevemente mencionado. Os

¹⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p.15-16.

²⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 24.

²¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 26.

franceses lutavam contra o *Ancien Régime*, que concentrava o poder e a riqueza nas mãos do monarca e da nobreza, não permitindo a ascensão da burguesia e das demais classes. A Revolução Francesa quis desconcentrar o poder real e fortalecer o Parlamento como o representante da vontade do povo. Por outro lado, os norte-americanos buscavam sua independência da metrópole inglesa, queriam a liberdade. As aspirações são notavelmente distintas, não obstante a grande influência que uma exerceu sobre a outra com o intercâmbio dos ideais iluministas.

Após analisar brevemente a distinção entre as Declarações de Direito inglesa, francesa e norte-americana, cumpre ainda expor de que forma se deu a implementação do *due process of law* na Constituição estadunidense. Proclamada em 1787, após a conquista da independência, a Constituição norte-americana promulgou suas dez primeiras emendas em 1791. Nesta ocasião, foi consubstanciada na recente Constituição o *Bill of Rights* norte-americano, refletindo os ideais libertários da independência. A 5ª destas emendas foi a responsável por consagrar o *due process of law* na Constituição de Filadélfia, prescrevendo (texto traduzido):

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.²²

Anos mais tarde, com o fim da guerra civil (1861-1865), em consequência ao fim da escravidão, foram proclamadas três novas emendas à Constituição que conclamava os ideais de igualdade perante a lei – a 13ª, 14ª e 15ª. A 14ª emenda também traria em seu texto a cláusula do devido processo legal, reafirmando a sua importância para o sistema jurídico norte-americano. Ela assegura que:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos; também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua

²² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 30-31.

vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei.²³

Diante do exposto, já se faz evidente a importância da cláusula do devido processo legal para a nação norte-americana. Sempre associada à própria prerrogativa da revisão judicial e à independência do Poder Judiciário, esta garantia irá proteger o cidadão de eventuais arbítrios do legislador. Como veremos a seguir, o enunciado maleável e genérico do *due process of law* irá permitir que a doutrina e a jurisprudência norte-americana transformem esta garantia processual em uma garantia substantiva e material, limitadora do poder estatal.

1.3 – A Ampliação do Devido Processo Legal e a Construção do Aspecto Substancial.

Conforme já se afirmou anteriormente, a cláusula do devido processo legal sofreu grandes transformações ao longo dos anos desde sua primeira aparição expressa da Magna Carta inglesa de 1215. Além de passar a ser aplicada a todas as esferas de poder, ela também ampliou seu espectro disciplinar – passando a abranger não só o processo penal, mas também o processo civil e a administração pública. Nota-se, ainda, que recentemente, através da jurisprudência norte-americana, ela deixou de ser meramente uma cláusula processual para ser um princípio que exerce substancialmente o controle dos atos de poder.

Inicialmente, cumpre abordar brevemente como se deu a ampliação da abrangência do *due process of law* ao processo civil e à administração pública. É fácil notar que esta garantia tenha surgido originariamente como meio de aferir regularidade ao processo penal, em virtude da maior possibilidade deste processo em dispor dos bens mais sensíveis e fundamentais do homem – a vida, e a liberdade. Entretanto, é de se ter como natural a transposição desta garantia inicialmente atrelada ao processo penal ao direito processual civil e à administração pública.

Embasado nas reflexões do direito alemão acerca da autonomia da ação civil frente ao direito material – esculpida pela doutrina de Bülow e Wach –, o processo civil passou a ser visto sob o prisma constitucional. Entendido sob este manto, o

²³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 32.

processo para a ser tratado como uma garantia processual frente ao poder estatal. Defendendo esta disposição, Baracho posiciona-se:

O processo, como diz *Couture*, é por si mesmo instrumento de tutela do direito, que se realiza através das previsões constitucionais. A Constituição pressupõe a existência do processo, como garantia da pessoa humana. Ao ver o processo como garantia constitucional, fundamenta que as Constituições do século XX, como poucas ressalvas, reconhecem a necessidade de proclamação pragmática de princípio do direito processual como necessário, ao conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias respectivas.²⁴

Diante desta nova concepção do processo civil, acabou por surgir a necessidade de também conferir-lhe garantias processuais, tal como a igualdade entre as partes litigantes. Esta aceção estava amparada na cláusula do devido processo legal, já que de acordo com seus ditames, deve-se proteger tanto aquele que demanda, quando aquele que é demandado. Neste sentido, Ada Grinover ensina: “o conteúdo da cláusula (*due process of law*), no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo”.²⁵ Sendo assim, o processo civil também passou a ser acobertado pela ampla defesa e pelo contraditório.

Por tal razão, Castro²⁶ afirma que o processo civil, para garantir o devido processo legal, deve ser entendido não como procedimento – um conjunto de atos sequenciais –, mas sim como processo dotado de todas as garantias a ele conferidas por direito: a ampla defesa e o contraditório. Couture intensificando a importância do processo chega a afirmar que:

*Se necesita, no ya um procedimiento, sino um proceso. El proceso no es um fin sino um medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantias de la defensa em juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho.*²⁷

Além da transposição para o campo processual civil, observa-se, ainda, que a garantia do devido processo legal também se estendeu para os procedimentos

²⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op. cit. citado por CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 38.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 40, citado por CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 39.

²⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 40.

²⁷ COUTURE, Eduardo. Inconstitucionalidad por Privación de la Garantía del Debido Proceso. Constante no livro “Estudio de Derecho Procesal Civil”. Buenos Aires: Ed. Depalma: 1979, tomo I, p. 194, citado por CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 40.

ocorridos no âmbito da administração pública, impondo-lhe os princípios da legalidade e da moralidade. Analisando seu grau de expansão, Castro assegura que: “Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo [...]”.²⁸ O devido processo legal acabou por se tornar balizador de toda ordem do Poder Público, colocando-se entre o indivíduo e o Estado.

No âmbito da administração pública, o devido processo legal acabou por ser relevante no controle do poder de polícia – entendido como o poder do estado de disciplinar o exercício dos direitos privados em face do bem público. Esse controle deve-se ao fato de que é desta esfera de poder que podem advir maiores abusos governamentais tendo em vista a discricionariedade. No que tange ao poder de polícia, é de se fazer nota que houve grande discussão doutrinária e jurisprudencial nos EUA, questionando-se, inclusive, a possibilidade de delegação de poder da esfera Legislativa à administração pública para a criação de leis. Discussão que hoje perdeu força, mas que é válido que se faça menção, para que se compreenda o grau de controle que o devido processo legal é capaz de exercer.²⁹

Vislumbrada a ampliação do grau de abrangência do devido processo legal, que acabou por abarcar todas as disciplinas processuais de direito, é mister que se analise como se deu o processo de transposição do conceito do *due process of law*, originariamente concebido em termos tão somente processuais, para a teoria do *substantive due process*, que questiona o mérito e o conteúdo dos atos do Poder Público. Para isso, nos valeremos da análise dos precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana, avaliando as transformações decorrentes das mudanças ideológicas ao longo da História.

Como já observado, inicialmente, concebia-se o devido processo legal como um garantia estritamente processual, não cabendo a análise do mérito ou do conteúdo dos atos legislativos. Representativa dessa concepção originária, a série de casos intitulada *Slaughter-House Cases*, de 1873, se posicionou por meio do julgamento de uma arguição de inconstitucionalidade, postulada por açougueiros do Estado de Louisiana contra uma lei estadual que atribuiu a uma empresa o regime de monopólio por 25 anos da exploração da pecuária e do abate de animais.

²⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 40-41.

²⁹ Para melhor elucidação sobre o tema, sugere-se a leitura de CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 40-48.

Na ocasião deste julgamento, o *Justice Miller* confirmou a constitucionalidade da lei em alusão, alegando que não era cabível o controle judicial do mérito da lei. Contudo, é de se notar que este julgamento foi vencido por uma maioria mínima dos integrantes da Suprema Corte (cinco a quatro). Os votos dissidentes seriam utilizados anos mais tarde para mudar o rumo dos precedentes norte-americanos, possibilitando o controle substantivo do *due process*. Não obstante, os dez casos que seguiram o julgamento do *Slaughter-House Cases* ainda aplicavam o *due process of law* em seu alcance estreito e processualista.

Um exemplo da vigência desta concepção originária do devido processo legal é o acórdão do caso *Munn v. Illinois*, de 1877. Nesta ocasião, sob a influência do precedente instituído pelo *Slaughter-House Cases*, foi rejeitado o questionamento feito acerca de uma lei estadual que regulava preços de certo produto industrial, alegando-se que “não competia ao Poder Judiciário invalidar deliberações do Legislativo em assuntos que envolvam interesse público.”³⁰ Desta forma, a Corte norte-americana optou por não discutir a razoabilidade ou racionalidade desta lei.

Todavia, este precedente instituído pela Suprema Corte estadunidense não permaneceria vigente por muito tempo. Dotados da desconfiança no Poder Legislativo, já anteriormente exposta, e influenciados pelos ideais do liberalismo burguês, a jurisprudência norte-americana começaria a tomar rumos diametralmente distintos do posicionamento de outrora. Eles se valeriam do extremo grau de maleabilidade que a cláusula do *due process of law* compreendia para controlar o arbítrio do legislador. Neste aspecto, importa transcrever parte da opinião do *Justice Chase* no caso *Calder v. Bull*, em 1798, por ser representativa da repulsa ao poder legislativo, mesmo que antes da teoria do *substantive due process*:

*[...] a law that punishes a citizen for an innocent action, or, in other words, for an act, which, when done, was in violations of no existing law; a law that destroys, or impairs, the lawful private contracts of citizens; a law that makes a man a judge in his own cause; or a law that takes property from A and gives it to B; it is against all reason and justice, for a people to entrust a Legislature with such power; and therefore, it cannot be presumed that they have done it. The genius, the nature, and the spirit, of our State Governments; amount to a prohibition of such acts of legislation; and the general principles of law and reason forbid them.*³¹

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 50.

³¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 52-53.

Os ideais jusnaturalistas se fazem visíveis através da leitura da opinião transcrita. Esse trecho denota a “lealdade da instituição judicante para com os valores do liberalismo político e econômico, que teve seu apogeu marcadamente nos séculos XVIII e XIX.”³² Diante deste cenário, o direito – aqui mais visível através da teoria constitucional – terá o dever de limitar a atuação governamental, assegurar que o indivíduo possua sua autonomia, e, assim, possibilitar a livre atuação econômica, atendendo aos propósitos do liberalismo burguesa e do capitalismo. A partir deste panorama, a teoria do *substantive due process* irá ganhar força. Nesse ponto, ensina Siqueira Castro:

Foi com base nessa compreensão estrutural dos valores da liberdade e da riqueza, que encarnam o liberalismo econômico e que foram sacralizadas pelo sistema constitucional norte-americano, que o Tribunal Maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula do *due process of law* a fórmula feita “sob medida” para patrocinar a expansão da *judicial review*, a ponto de controlar a “razoabilidade” e da “racionalidade” das leis e dos atos de governo em geral. A dicção indefinida e até mesmo enigmática dessa locução constitucional muito colaborou para a prodigalização de seu manuseio pretoriano, o que fez resultar, como sói acontecer com os temas constitucionais nos modelos de *commom law*, na impossibilidade de sua conceituação apriorística.³³

Compreendia-se, portanto, que entender o que está ou não em acorde com o devido processo legal, dependeria da análise do caso concreto. O Juiz Felix Frankfurter ao votar no caso *Anti-Facist Committee v. McGrath*, em 1951 comenta: “*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula [...] *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos.”³⁴ Aproveitando-se desta maleabilidade interpretativa, a Suprema Corte americana irá transformar o alcance do devido processo legal, passando a compreender a sua inobservância quando se estiver diante de uma lei que não seja dotada de “razoabilidade” e de “racionalidade” – a para alguns, da própria “proporcionalidade”.

Interessante notar que é neste momento em que será dado início ao “Governo dos Juízes”, na medida em que lhes foi conferido o poder de controlar até mesmo o mérito de um ato do Poder Público. O Poder Judiciário ganhará extrema força em

³² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 54.

³³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 55.

³⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 56

virtude do seu papel de próprio censor da vida econômica, social e política do país; ele passa a ser o árbitro de toda vida social. Neste contexto, a cláusula do *due process of law* transforma-se em estandarte de justiça³⁵, ela passa a ser considerada um princípio regente do próprio direito norte-americano. De acordo com Baracho:

[...] Com o tempo, a cláusula do *due process of law* passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em faço do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. Esta ampliação de sentido propiciou uma limitação constitucional dos poderes do Estado.³⁶

Por estar embasado em teorias liberais econômicas, socais e políticas, será exatamente no início do século XX que esta doutrina começa a ganhar força, em virtude do intervencionismo estatal – *New Deal* – ter começado a se estruturar. Por meio do *due process of law* será o poder estatal limitado, tornando-se “paladino dos ideais privatistas na luta contra o avanço avassalador do Estado, que teve lugar a partir do 1º pós-guerra.”³⁷ Será criada uma grande oposição entre o termo *due process* e *state police*, representativa do embate destes dois ideais distintos. Neste período, a Corte do *Justice Charles Hughes* invalidou aproximadamente 200 textos legislativos emanados pela política do *New Deal*.

Para melhor elucidar esta transformação, voltaremos agora a expor os precedentes da Corte norte-americana. Iniciaremos por mencionar os primeiros casos em que aparecem indícios do *substantive due process* até chegarmos em sua máxima afirmação pela Suprema Corte. Já em 1866, no julgamento do caso *Stone v. Farmers Loan Co.*, o *Justice Wite* retomou a tese do voto vencido no caso *Slaughter-Houses cases* para afirmar que o Estado não teria o direito de exigir a uma empresa ferroviária a realização compulsória de transporte de mercadorias e de pessoas sem que fosse pago um valor justo. A sua justificativa foi constituída na medida em que desta maneira o poder público estaria se utilizando de uma propriedade privada para fins públicos sem compensação justa e sem o *devido processo legal*.

³⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 58

³⁶ BARACHO, José Alfredo. Processo e Constituição: O Devido Processo Legal. Ed. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 90. Citado por CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. p. 58.

³⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 59.

Outro interessante caso que, contudo, recebeu pouca repercussão à época, foi o do julgamento do caso *Hepburn v. Griswold*, pouco depois do voto do *Justice Wite*. Na ocasião deste julgamento, a Corte admitiu que o *due process of law* restringiria o poder legislativo não somente em relação aos direitos processuais, mas também aqueles que dizem respeito aos direitos materiais ou substanciais. Em 1887, ao julgar o caso *Mugler v. Kansas*, a Suprema Corte, por meio do voto do *Justice Harlan*, alegou que nem toda lei que diz respeito ao fomento da moral, da segurança pública ou da saúde deveria ser considerada desde já legítima, somente pelo fato de estar vinculada ao poder de polícia.

Importante passo para a teoria do *substantive due process* foi dado no julgamento do caso *Allgeyer v. Louisiana*, em 1897. Este julgamento teria sido o primeiro caso de invalidação de uma lei estadual tendo por base a garantia do *due process of law* em seu caráter notadamente substantivo ou material. Este julgado surgiu em virtude da edição de uma lei que proibia que fosse feito contrato de seguro marítimo com companhia seguradora que não estivesse de acordo com a legislação do estado de Louisiana. Allgeyer teria sido condenado por ter veiculado uma notificação a uma empresa de Nova York, informando-lhe o embarque de mercadorias no porto de Louisiana. O alto Pretório norte-americano reformou a condenação de Allgeyer alegando que esta lei acabou por privar o sujeito da liberdade de contratar sem o devido processo legal.

Poucos anos mais tarde, em 1905, ao julgar o caso *Lochner v. New York* a Suprema Corte estaria cunhando o mais famoso exemplo de controle judicial da legislação econômica, baseado na doutrina do liberalismo econômico. Neste julgamento, foi declarada incompatível com a Constituição uma lei estadual que estabelecia uma jornada máxima de trabalho a padeiros. A justificativa consistiu no fato de que esta lei estaria ferindo a liberdade de contratar, que seria assegurada pela própria cláusula do devido processo legal. Pode-se perceber que ao decidir neste sentido, a Corte americana estava compreendendo o trabalho como propriedade privada do homem – propriedade da qual ninguém poderia deliberar, tal qual ensinava Locke³⁸.

Denota-se que, ao percorrer este caminho, a jurisprudência norte-americana acabou por tornar o devido processo legal em uma cláusula de viés material ou

³⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 66.

substancial, capaz de controlar o mérito das leis emanadas do governo. Contudo, é de se perceber que neste período analisado, as deliberações que acabaram por dar um sentido substantivo ao devido processo legal estiverem demasiadamente atreladas ao liberalismo econômico. Neste sentido, é válida a transcrição do pensamento de Siqueira Castro:

O caso *Lochner* simboliza a tendência da restrição judicial no princípio deste século contra a legislação de ordem econômica constrangedora da liberdade de iniciativa. Desautoriza, em específico, as normas pretensamente cogentes, que buscavam disciplinar as relações de emprego em benefício das partes economicamente menos favorecidas (empregados), relações essas ainda vistas sob o ótica privatista e sobremodo complacente com as desigualdades que grassam na ordem social, isto até a afirmação subsequente e definitiva do Direito do Trabalho, como conjunto de princípios de ordem pública imponíveis às condições oriundas das relações de trabalho assalariado.³⁹

Esta perspectiva liberal econômica das decisões da Suprema Corte, que pôde ser historicamente justificada, estruturou a teoria do *substantive due process* e perduraria por alguns anos, até que recebesse uma nova acepção, que até hoje é relevante. A própria política do *New Deal*, que ao começar a vigorar impulsionou a repulsa jurisprudencial dos atos legislativos que visavam controlar as condições de comércio, indústria e profissão, ao se consolidar, acabou por “sepultar os exageros do liberalismo organicista, consagrando de vez o dirigismo estatal e o Estado “assistencialista”, como imperativo da justiça social [...]”⁴⁰

A partir de então, o precedente do caso *Lochner* acabou sendo revogado para então possibilitar a intervenção estatal na economia dos negócios privados. Exemplos dessa nova fase podem ser encontrados no julgamento do caso *Oslen v. Nebraska*, 1941, quando foi declarada constitucional uma lei estadual que limitava a remuneração cobrada pelas agências de emprego; ou do caso *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 1949, quando foi proclamada a constitucionalidade de uma lei estadual que impunha o livre direito do trabalho e da associação sindical, e ainda proibia que a contratação de trabalhadores fosse condicionada a algum tipo de vinculação sindical; e, ainda, o do caso *Williamson v. Lee Optical Co.*, 1955, quando foi declarada a constitucionalidade de uma lei que

³⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 65-66.

⁴⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 67.

proibia que fossem realizadas duplicação de lentes, pelos ópticos, sem a prescrição de um médico oftalmologista.

Entretanto, não foi neste ponto que a jurisprudência norte-americana deixou de alargar a amplitude do devido processo legal. É de se salientar que os efeitos desta cláusula ainda ganhariam notável aplicação no campo das garantias fundamentais, na medida em que ela passou a destinar-se à proteção das liberdades individuais “não econômicas”. Para Castro, o devido processo legal acaba:

[...] experimentando uma magnífica revitalização como instrumento de controle de invasões estatais nas faculdades ditas personalistas e de caráter não econômico (*non economic liberties*), quais sejam aquelas reputadas essenciais ao exercício da personalidade humana, e, ainda, da cidadania.⁴¹

Essa nova concepção do princípio em estudo, é nitidamente defendida no julgamento do caso *United States v. Carolene Products Co.*, 1938, quando o *Justice Stone* sustentou que o controle judicial das leis relacionadas ao sistema econômico deveria ser menos rigoroso, permitindo, com isso, maior atuação do poder estatal neste âmbito. Ele acrescenta, por outro lado, que qualquer lei que objetive restringir, em algum grau, os direitos fundamentais, deverá ser revista com maior rigor pelos Tribunais. Em resumo, ele alega que a presunção de constitucionalidade que abarca os atos legislativos deverá ser menos intensa quando se estiver diante de uma lei que possa ferir as liberdades individuais erigidas pelo *Bill of Rights* norte-americano. Para melhor compreender esta concepção, vide as palavras do próprio *Stone*:

*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.*⁴²

Voltando a exposição dos precedentes judiciais da Suprema Corte, temos como exemplo de invalidação de leis não econômicas que feriam liberdades individuais o julgamento do caso *Meyer v. Nebraska*, 1923. Naquela ocasião, a condenação criminal de um professor foi revertida, sob o argumento de que a lei

⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 69.

⁴² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 71.

estadual que proibia o ensino para crianças em qualquer outra língua que não o inglês feria o direito ao livre aprendizado e à livre informação, protegidos implicitamente pelo devido processo legal. Outro exemplo é o julgamento do caso *Skinner v. Oklahoma*, 1942, que proclamou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que determinava a esterilização compulsória dos indivíduos que fossem condenados três vezes seguidas por crime graves que fossem punidos com pena de prisão. Nesse caso, entendeu-se que a liberdade de procriar seria um direito fundamental protegido pelo *substantive due process*, e, por consequência, a lei seria inconstitucional.

Há outros julgados que apontam para este mesmo sentido, mas talvez os de maior relevância sejam os casos de *Griswold v. Connecticut*, 1965, e de *Roe v. Wade*, 1973. No primeiro deles, no julgamento de *Griswold v. Connecticut*, a Suprema Corte norte-americana proclamou a inconstitucionalidade de uma lei que proibia a utilização de métodos anticoncepcionais, tendo em vista que esta lei foi considerada lesiva aos direitos de privacidade, que deveriam reger até mesmo as relações conjugais.

Emblemático e polêmico também foi o julgamento de *Roe v. Wade*, que até hoje é discutido pelos norte-americanos. Nesta circunstância, um médico e uma mulher foram julgados pela prática de um aborto fora das situações permitidas pela lei. A Suprema Corte estadunidense decidiu pela inconstitucionalidade de toda lei que punia a prática abortiva, tendo em vista que elas feririam o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da gravidez. Comentando esta decisão, Castro afirma que “A rigor, o aresto reconheceu que o direito constitucional à privacidade era suficientemente amplo para abrigar essa decisão da mulher insub-rogável pelo Poder Público, muito embora sujeito a condições ditadas pela saúde pública.”⁴³

Desta maneira, a Suprema Corte acabou por julgar a razoabilidade de leis no que tanger a proteção dos direitos fundamentais do homem. E foi assim que o devido processo legal atingiu nova definição, sendo ainda mais abrangente e complexo. O que se pode notar, é que as necessidades que foram construídas historicamente acabaram por impulsionar novas concepções do princípio em estudo. A jurisprudência acabou por responder aos anseios da sociedade, e moldou a aplicação do devido processo legal à sua necessidade. O princípio da razoabilidade

⁴³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 73.

ou da racionalidade estaria cunhado, como fator decorrente do *substantive due process*. Nesse sentido, Jane Pereira afirma que:

A possibilidade ou não de tratar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como noções equivalentes é controvertida. Sem embargo, há consenso no sentido de que ambos estão vinculados à ideia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo como parâmetro de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, das decisões judiciais e das leis. [...]. No direito norte-americano, o controle da razoabilidade surgiu integrado à noção do devido processo legal substantivo, tendo sido originariamente concebido como instrumento de aferição de constitucionalidade das leis.⁴⁴

Nesse aspecto, interessa ponderar que mesmo que a tradição do *common law* norte-americana tenha se detido ao conceito de “razoabilidade”, no Brasil, a razoabilidade caminhará junto com a proporcionalidade, e por tal razão, aqui se optou por não distinguir estes dois princípios. Neste sentido, afirma Jane Pereira:

Na doutrina e jurisprudência brasileiras, observa-se uma forte tendência em conceber razoabilidade e proporcionalidade como categorias intercambiáveis. A produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, não estabelece distinção segura entre os dois princípios.⁴⁵

Portanto, ficou esclarecida a trajetória do devido processo legal traçada pela doutrina e jurisprudência norte-americana, que acabou por fazer deste princípio uma das garantias mais expressivas e fundamentais do Direito. Para concluir este primeiro capítulo, importa observar as palavras de um dos grandes responsáveis pela incorporação do devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988, o já amplamente citado Siqueira Castro:

Toda esta disputa jurídico-filosófica serve para ilustrar o quanto a cláusula do *devido processo legal*, em sua acepção “substantiva” constitui um inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica. [...], sob o influxo da interpretação construtiva (*constructive interpretation*) do *substantive due process of law*, essa garantia acabou por transformar num amálgama entre o princípio da “legalidade” (*rule of law*) e o da “razoabilidade” (*rule of*

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade: Um Panorama da Discussão Atual e da Jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011. p. 168.

⁴⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit. p. 169.

reasonableness) para o controle da validade dos atos administrativo e da generalidade das decisões estatais. Por sua imensurável riqueza exegética, a regra do devido processo legal serviu para escancarar as portas da imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica aos mutantes anseios de justiça prevalecentes em cada tempo e lugar.⁴⁶

⁴⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 76-77.

CAPÍTULO II

2 - As Origens Medievais da Era Moderna.

Após análise do conceito do princípio do devido processo legal, do seu grau de amplitude, e de uma digressão doutrinária e jurisprudencial para compreensão de seu duplo aspecto – formal e substancial –, inicia-se agora o estudo propriamente histórico do direito com o objetivo de buscar indícios do princípio em análise. Deve-se lembrar que o estudo se dá a partir da perspectiva histórica, possibilitando que o período pesquisado possa revelar sua própria estrutura. Evidente que não se poderá afirmar a perfeita similitude entre a atual concepção do princípio em alusão e a aplicação do direito na transição da Idade Média para a Modernidade. A questão que se postula é em que aspectos o desenvolvimento da estrutura jurídica nesse período possibilitou a construção do devido processo legal no sistema da *civil law*.

Neste sentido, é de se notar que a perspectiva que a partir de agora se adotará difere substancialmente dos estudos até aqui traçados. Agora, não mais se buscará pontualmente o princípio do devido processo legal através de uma digressão histórica. A análise que aqui se fará consiste em um estudo da história do direito com o objetivo de investigar se haveria no período em questão algum indício ou prática que se aproximasse do que hoje entendemos por devido processo legal. Desta maneira, poderão haver certos momentos em que se perceberá que não há qualquer observância a esta cláusula, ou nem mesmo a sua expressão, constituindo este dado, por si só, uma resposta para a pesquisa que aqui se traçou, já que será constatada a ausência do princípio em alusão. Cabe ainda informar, que para a efetivação desta pesquisa, o devido processo legal será entendido em seu conceito mais amplo, valendo-se, inclusive, de quaisquer outras garantias que ele possa abarcar ou de sua atual aceção.

Traçados os fundamentos de análise, inicia-se o estudo do período de transição da Idade Média para a Época Moderna. Mas para isso, é necessário que se entenda, antes de tudo, as mudanças ocorridas da Alta Idade Média para a Baixa Idade Média, tendo em vista serem estas fundamentais para a compreensão do sistema jurídico que se aplica nos dias de hoje, na Europa Ocidental, e em certo sentido, mais relevantes do que o estudo da própria modernidade. Além disso, é possível notar que certas bases de nosso Direito começaram a ser construídas a

partir do século XII, e que a Época Moderna não apresentou uma ruptura brutal no direito público ou privado com o fim da Idade Média.

2.1. As Transformações da Idade Média.

2.1.1. Importância da Revolução Papal.

Os séculos XII e XIII são considerados inovadores na estrutura da sociedade da Idade Média. Historiadores consagrados como Harold Berman⁴⁷ e John Gilissen⁴⁸ apontam este período como estruturador de diversas tendências que se consolidaram ao longo dos anos, e que em alguns aspectos, perduram até nossos dias. Berman⁴⁹ acredita ser a Idade Média o período do Renascimento Cultural Europeu que culminará na criação dos primeiros indícios da Tradição Jurídica Ocidental. Ele diz ainda que esse Renascimento teve início pouco antes do século XII, com a Revolução Papal (ou Questão das Investiduras), que teve grande importância para a História do Direito.

Joseph Strayer⁵⁰ também aponta a importância da Revolução Gregoriana ou papal no que diz respeito ao desenvolvimento da estrutura política europeia. Ele explica que antes da Questão das Investiduras os reis possuíam caráter de semi-religiosidade e tinham influência nos assuntos da Igreja. Contudo, este caráter fora perdido após a Revolução Papal. A partir do século XI, teve início um movimento que procurava instituir uma reforma dentro da Igreja, e para a sua instituição, buscava-se maior autonomia diante das autoridades seculares, e uma centralização do poder nas mãos do papa, para preservar a independência da Igreja. Este movimento culminou na Questão das Investiduras, instituída por Gregório VII, estabelecendo-se a separação entre o poder secular e o religioso.

A partir de então, as autoridades seculares não possuíam mais caráter semi-ecclesiástico, e perderam a influência de nomeação de cargos religiosos. Sem que houvesse este objetivo, esta Revolução – assim denominada por Berman⁵¹ por ter

⁴⁷ BERMAN, Harold. op. cit., p. 15.

⁴⁸ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. António Manuel Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (orig. 1979). p. 244.

⁴⁹ BERMAN, Harold. op. cit., p. 14.

⁵⁰ STRAYER, Joseph R. As Origens Medievais do Estado Moderno. Trad. Carlos da Veiga Ferreira, Lisboa: Gradiva. (orig. 1969) p. 25-28.

⁵¹ BERMAN, Harold. op. cit., p. 29.

estabelecido uma nova ordem – acabou por fortalecer, em certo sentido, a autoridade do rei. Mesmo os reformadores mais fervorosos defendiam que a Igreja não tinha o dever de regulamentar todas as funções políticas, cabendo ao rei elaborar as leis e propiciar o acesso dos súditos à justiça. Contribuindo-se, assim, para a instituição de um poder político centralizado nas mãos do poder real.

2.1.2. Centralização do Poder Real.

Talvez a mudança mais notória neste momento histórico, verifique-se na tendência da centralização do poder real – até mesmo diante do já exposto sobre a Revolução Papal. A autoridade do rei, durante o período em que vigorou o feudalismo, foi subestimada. Os indivíduos encontravam-se, em sua maioria, protegidos pelos seus senhores feudais, para quem trabalhavam em troca de segurança. Entretanto, como se poderá ver, para além da Questão das Investiduras, outras causas iram coincidir para o fortalecimento da monarquia, e reestruturação do poder, que acabou por gerar consequências fundamentais para as Instituições Jurídicas.

Necessário se faz, neste momento, compreender estas outras razões que possibilitaram a centralização do poder real, e por sua vez, a consolidação dos Estados Modernos. A partir do século XII, a economia transforma-se. A atividade agrícola ganha força em virtude de novas técnicas de agricultura, fazendo com que cresça o comércio, e consequentemente as feiras comerciais. Por outro lado, se o comércio cresce, fortalecendo o ressurgimento das cidades (burgos), diminui-se a necessidade da proteção do poder feudal, enfraquecendo-se esta economia. Sendo assim, os reis voltam a conquistar sua autoridade.⁵²

Além do plano econômico, pode-se observar, a partir dos anos 1000, relativa estabilização dos povos, em função do fim de longos períodos de invasões, conquistas e imigrações. Quando os povos se estabelecem em determinada região, e nela permanecem, é possível a constituição de Instituições políticas, jurídicas e financeiras, capazes de vigorar no tempo. Situação que não se faz necessária em sociedades nômades, que a todo o momento deslocam-se, sem estabelecer raízes. O sedentarismo acabou também por fortalecer o poder central, já que os

⁵² STRAYER, Joseph. op. cit., p. 24

governantes preocupam-se em assegurar a segurança interna e a existência de vínculos entre as comunidades locais e as suas cortes.⁵³

Diante deste cenário, não é difícil vislumbrar razões para que os próprios súditos queiram se submeter ao poder da autoridade secular. Eles buscam segurança, estabilidade, e proteção. É neste momento em que são constituídas as primeiras instituições permanentes de extrema necessidade para a consolidação dos Estados Modernos; umas de caráter financeiro, e outras de caráter jurídico. As instituições financeiras existem para que seja possível a centralização de rendas dispersas pelos territórios de forma a torná-las disponíveis aos amos. E as jurídicas buscam centralizar o poder judiciário nas mãos dos reis.⁵⁴ Observam-se, portanto, diversos fatores que contribuíram para a centralização do poder real.

2.1.3. Universidades.

Cumprе ainda mencionar a presença e importância das universidades neste momento histórico, que muito contribuíram para transformações no âmbito jurídico. Instituídas no final do século XI, e início do século XII, as universidades do Ocidente foram elementos imprescindíveis para que o direito se constituísse como corpo distinto e dotado de sistematicidade, sendo estas fundamentais para a estruturação do sistema jurídico ocidental. A partir daí, o direito passa a ser visto como corpo integrado e dotado da organicidade necessária à estruturação do sistema jurídico.

Além disso, não se pode deixar de notar o papel das universidades como formadoras de profissionais de direito que atuavam nos quadros administrativos dos Estados. Os estudantes que recebiam a formação universitária aplicavam os conhecimentos adquiridos na prática forense, trazendo ao direito caráter orgânico, estabelecendo-se, assim, as bases para a estruturação de toda sistemática jurídica do Ocidente.

Deve-se atentar para o fato de que o direito estudado nas primeiras universidades jurídicas não se prolongava no estudo do direito aplicado àquele tempo. Em verdade, o ensino era basicamente do direito romano, sendo a principal obra de análise o *Digesto* – obra que representa uma compilação de acervo jurídico, redigida no século VI, por ordem de Justiniano. Este estudo tinha pouca aplicação

⁵³ STRAYER, Joseph. op. cit., p. 22

⁵⁴ STRAYER, Joseph. op. cit., p. 31

prática para o ordenamento jurídico vigente na época, tendo em vista que neste período aplicava-se basicamente o direito consuetudinário, sem que o estudo do direito romano pudesse interferir de maneira intensa.⁵⁵

Mesmo sem grandes aplicações práticas na solução de conflitos, o estudo do direito romano muito contribuiu para o desenvolvimento da doutrina jurídica, tendo em vista a sua riqueza no tratamento do direito. As obras jurídicas romanas eram consideradas a razão convertida em palavras, o texto romano possuía autoridade e não era questionado, ele era tratado como fonte de princípios e regras que deveriam estruturar todo o sistema jurídico vigente.

Essa importância que se vinculou ao direito romano se deu em grande parte a crença de que se instauraria na Europa o Sacro Império Romano, como continuação do Império Romano – havia a crença da instituição de um império universal, com base na memória da hegemonia romana. Esse sistema jurídico passa a ser compreendido como o direito do homem do ocidente e de toda a sua comunidade. Ele é o *Ius Commune* europeu.

Diante deste cenário, verifica-se que inevitavelmente o direito romano constituiria a base de diversos institutos de nosso direito moderno – e isto se observou principalmente no âmbito do direito civil. O renascimento deste estudo também teve sua validade, no estabelecimento da crença de que o direito deveria ser justo e razoável, já que nos locais em que era estudado, atribui-se reconhecimento à regra jurídica. Nota-se a instituição de um modo de raciocínio jurídico, que tende a resolver os litígios com base em regras gerais previamente fixadas. Vislumbra-se, em certa medida, uma mudança de um sistema “irracional” a um sistema “racional”, através do pensamento de que o direito deve ser justo e razoável, aplicando-se a todos.

A profissionalização do direito, decorrente da instauração das universidades, também favorece a compreensão da estrutura jurídica de forma mais racional e orgânica. A sistematicidade é fundamental para que o direito possa se estabelecer de maneira minimamente uníssona. Os parâmetros e princípios obtidos através do estudo do direito romano são responsáveis por trazer unidade ao mundo jurídico. Sendo assim, é impossível compreender a estruturação do direito moderno ocidental sem que se atribua devido valor às universidades da Baixa Idade Média. Muito

⁵⁵ GILISSEN, John. op. cit., p. 30

embora não tenham contribuído diretamente para a aplicação do direito daquele tempo, é fundamental perceber sua importância para a própria estruturação racional de compreensão do direito.

2.1.4. Racionalização das Provas.

Outro processo de racionalização do direito pode ser observado no que diz respeito à produção de provas. Este processo de racionalização foi analisado com imensa profundidade por Foucault⁵⁶, em sua série de Conferências “A verdade e as formas jurídicas”. Nesta obra o autor busca compreender os métodos desenvolvidos ao longo da história para que se busque o saber e a verdade, e para isso se vale do *corpus* jurídico acreditando ser este o meio mais eficaz de entender esta busca.

Foucault⁵⁷ comprova que, a partir do século XII, se observa um processo de racionalização da produção de provas. Antes deste período, as provas poderiam ser classificadas em: uma prova mágico-religiosa, ordálias, provas sociais, ou ainda provas do tipo verbal. A primeira consistia na submissão da decisão a juramentos a divindades; as ordálias eram provas nas quais se lutava contra o próprio corpo; as sociais buscavam comprovar que um indivíduo era digno de receber a solidariedade de outros, através da reunião de um determinado grupo de pessoas que o apoiariam; e por último as provas verbais que nada mais eram do que fórmulas que deveriam ser repetidas sem que se cometessem erros gramaticais ou trocas de palavras para que se livrasse da condenação.

Todos esses meios de provas em verdade eram jogos de estrutura binária, em que se perde ou se ganha, sem que se estabeleça uma sentença, ou uma decisão acerca da verdade. A prova funcionava como operadora do direito e não da verdade. Era, em certo sentido, automática, na medida em que, se houvesse um juiz, ele deveria garantir a regularidade do procedimento e não da verdade.⁵⁸ Quando surge uma nova estruturação da sociedade da Idade Média, o direito passa a se estabelecer, progressivamente, do alto, e não mais se constitui entre indivíduos. O poder judiciário tende a concentrar-se nas mãos dos mais poderosos, criando-se submissão dos demais a um superior. Como passa a ser instituído por um poder

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Ed, 1996 (orig. 1973).

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 58-60

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 61-62

central, a solução do litígio não poderá mais ser instituída através do sistema binário, já que o rei não poderá se arriscar como parte na solução do conflito. Faz-se necessária a instauração de novos mecanismos para a liquidação judiciária.

A partir daí a prova se modifica. O direito passa a se valer do inquérito para a solução dos litígios. É importante notar que Foucault⁵⁹ não acredita que este processo seja fruto de uma pura e simples racionalização da prova, mas que ela se modifica tendo em vista a nova estrutura política-judiciária que se instaura. O inquérito, que tem sua origem na Igreja – e por isso está impregnado de características religiosas⁶⁰ – surge como processo de busca pela verdade, modificando as estruturas de formas de saber. Importante neste momento, apreciar as palavras do próprio Foucault, acerca do surgimento do inquérito no procedimento judiciário:

Quando a Igreja se tornou o único corpo econômico-político coerente da Europa nos séculos X, XI, e XII, a inquisição eclesiástica foi ao mesmo tempo inquérito espiritual sobre os pecados, faltas e crimes cometidos, e inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da Igreja eram administrados e os proveitos reunidos, acumulados, distribuídos, etc. Este modelo ao mesmo tempo religioso e administrativo do inquérito subsistiu até o século XII, quando o Estado que nascia, ou antes, a pessoa do soberano que surgia como fonte de poder, passa a confiscar os procedimentos judiciários. Estes procedimentos judiciários não podem mais funcionar segundo o sistema da prova. De que maneira, então, o procurador vai estabelecer que alguém é ou não é culpado? O modelo – espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar as almas – se encontra na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções, etc. É esse modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai procurar estabelecer por *inquisitio*, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu.⁶¹

Há outra obra de Foucault⁶² de suma importância para compreensão deste processo da racionalização de provas intitulada “Vigiar e Punir”. Neste livro Foucault analisa a história da violência das punições instituídas ao longo dos anos, explicitando as diversas formas de punir que foram consagradas na História. Ele

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 72-73

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 73

⁶¹ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 71

⁶² FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhate. 35. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. (orig. 1975).

também fala acerca do complexo sistema probatório que teve início neste período de análise, e acabou por ser tornar ainda mais complexo com o trabalho dos juristas na Renascença europeia.

Foucault começa por analisar uma prática punitiva comum na Europa que perdurará até o século XVIII: o suplício. Entretanto, mais importante do que compreender o que consiste esta prática, é atentar para a natureza e a eficácia da prova para o direito penal neste período. Após o surgimento do inquérito, que teve grande influência do inquérito praticado na Igreja, como já fora observado, novas formas de se obter a verdade foram instituídas. Havia inúmeras distinções entre os meios de prova que faziam com que estas fossem organizadas diante de seu valor hierárquico perante as demais. Como observa o autor em seu livro:

Ainda no século XVIII, encontravam-se regularmente distinções como as seguintes: as provas verdadeiras, direitas ou legítimas (os testemunhos, por exemplo) e as provas indiretas, conjecturais, artificiais (por argumento); ou ainda as provas manifestas, as provas consideráveis, as provas imperfeitas ou ligeiras; ou ainda: as provas “urgentes e necessárias” que não permitem duvidar da verdade do fato (são provas “plenas”: assim duas testemunhas irrepreensíveis que a afirmassem ter visto o acusado com uma espada nua e ensanguentada na mão, a sair do lugar onde, algum tempo depois, foi encontrado o corpo do morto marcado por golpes de espada); os indícios próximos ou provas semiplenas, que se podem considerar verdadeiras enquanto o acusado não as destruir com uma prova contrária (prova “semiplena”, como uma só testemunha ocular, ou ameaças de morte que precedem um assassinato); enfim os indícios longínquos ou “adminículos” que, consistem apenas no parecer dos homens (opinião pública, fuga do suspeito, sua perturbação ao ser interrogado, etc.)⁶³

Através da leitura deste fragmento, é nitidamente perceptível a complexidade do sistema probatório instituído. A racionalização do processo se torna evidente na medida em que há formação de uma complexa estrutura para se alcançar a verdade. Essa busca pela verdade era tão rigorosa, que acabou por instruir a tortura como forma de se obter justiça, já que a confissão do acusado representava prova máxima e inquestionável da acusação. A tortura consistiu em uma forma legítima de se chegar à verdade do crime, e não era questionada a sua prática – fato que mudaria a partir do Século XVIII. Sendo possível perceber a importância que se deu ao procedimento como forma de instituição da punição.

⁶³ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 33

Os meios de realização do inquérito e julgamento muito se distinguem dos processos vigentes em nossos dias, vinculados à livre apreciação do juiz. Entretanto, é impossível deixar de perceber a ruptura que este sistema impõe se contraposto às provas de estrutura binária a que Foucault⁶⁴ faz menção em “A Verdade e as Formas Jurídicas”. Surge uma preocupação grande em teorizar os meios de prova, começa a ser buscar a verdade através de um procedimento complexo e previsto nas regras processuais. É evidente que o sistema probatório ainda passaria por inúmeras modificações até chegar ao sistema que conhecemos hoje, mas ainda sim, é impossível deixar de notar que esta alteração é um importante movimento no sistema jurídico, ainda mais se considerado o princípio do devido processo legal.⁶⁵

Diante deste panorama, pode-se afirmar que as mudanças ocorridas no século XII são substanciais e imprescindíveis para a consolidação do Estado Moderno. A tendência à centralização do poder político nas mãos do rei, a criação de instituições financeiras e jurídicas, e a separação do poder secular da Igreja, são fatores que irão culminar nas monarquias absolutistas da modernidade. Essa centralização do poder também influencia na criação legislativa que irá se limitar, cada vez mais, ao poder real. Não se pode negar a importância desta tendência de valorização da lei para o surgimento do devido processo legal, tendo em vista que este princípio visa resguardar o cumprimento do justo processo de acordo com as prescrições legais.

Além disso, a valorização do direito romano pelas universidades, que acaba por gerar uma racionalização do direito, também parece ser um indício do devido processo legal. Quando se compreende que o direito deve ser justo, razoável e aplicável a todos, são notórias as preocupações do estabelecimento de um processo justo e devido. A instituição de provas racionais em substituição de um sistema probatório binário, e em certo sentido, irracional, também favorece o entendimento de que havia, ao menos nos centros universitários, preocupação com a racionalidade do processo, nos termos em que esta era concebida outrora.

2.2. Transição da Idade Média para a Era Moderna.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 61

⁶⁵ Neste aspecto, é interessante observar que aqui se parece estar diante da faceta formal do devido processo legal. As provas se racionalizam, mas, se considerados os parâmetros atuais de apreciação probatória, ainda não seriam tidas como razoáveis.

Alguns autores insistem em dizer que não houve uma mudança tão substancial da Idade Média para a Época Moderna. Berman⁶⁶ afirma que diversos aspectos da tradição jurídica ocidental já começaram a vigorar, ou ao menos se instituir, desde a Idade Média, como a presença das universidades que geraram o estudo específico da ciência do direito, a formação de um grupo de pessoas que se dedicavam ao estudo desta ciência, e até uma produção bibliográfica específica desta área.

Gilissen também acredita que não há uma mudança realmente efetiva neste período de transição, e afirma que:

Na evolução do direito público e privado da Europa Ocidental, não há solução de continuidade entre a Idade Média e Época Moderna. [...] A maior parte dos aspectos característicos do direito durante a Época Moderna aparecem já no século XIV, digamos até no século XIII; desenvolvem-se progressivamente nos séculos XV e XVI e estabilizam-se nos séculos XVII e XVIII.⁶⁷

Entretanto, mesmo que não haja mudança abrupta, é válido que se avalie os aspectos de maior contemplação para o estudo do Direito, sendo estes a relação entre a lei e o costume; a importância da doutrina para o direito; e a aplicação da jurisprudência. Dessa forma, se buscará perquirir as facetas de maior relevância para a estruturação de nosso Direito, como hoje entendemos, e as que nos levam a indícios do devido processo legal.

2.2.1. As Leis e os Costumes.

As modificações ocorridas na esfera legal e costumeira aparentam ser as mais importantes para este período histórico. É curioso observar que a redação das leis concentrada nas mãos dos reis constituía um instrumento de fortalecimento de seu poder soberano, e por outro lado, se intensificava devido a concentração do poder. Pode, portanto, ser avaliada como uma consequência da centralização do poder, bem como seu instrumento. Mas apesar da importância que a lei ganha neste

⁶⁶ BERMAN, Harold. op. cit., p. 15

⁶⁷ GILISSEN, John. op. cit., p. 244.

momento, não se pode deixar de observar a existência de costumes vigentes em muitas regiões, que vigoram como direito para muitos, mesmo que sua incidência começasse a diminuir progressivamente.

Para compreender esta movimentação é importante que se entenda que processos os costumes e a lei sofreram ao longo destes anos. A necessidade de redação de normas já existia na Idade Média, na medida em que muitos dos cidadãos mais poderosos tinham interesse em obter segurança jurídica. Quando o poder real começa a ganhar força, o rei se depara com uma multiplicidade de micro-ordenamentos existente nas várias regiões que constituem o Estado. Cada região tinha seu próprio direito baseado em seus costumes, sendo, portanto, difícil estabelecer uma lei geral que vigorasse para todos.

Como forma de solucionar esta situação, os reis começam a infiltrar-se nas mais diversas regiões, através de representantes de seu governo, para buscar o controle, em certa medida, destes múltiplos direitos. Entretanto, esta tentativa de minorar os inúmeros direitos costumeiros que vigoravam, lograria êxito somente ao longo de muitos anos. Com a união da vontade real de unificar o direito, e da dos seus súditos em alcançar a segurança jurídica através da redação dos costumes, o processo de sistematização do direito se instaura.

O historiador Gilissen sistematiza esta progressão da redação dos costumes nas seguintes palavras:

Desde o fim do século XI, as cidades e, mais raramente, as aldeias e mesmo territórios relativamente extensos, obtêm privilégios que fazem consignar em documentos; estes privilégios são, numa larga medida, a confirmação dos seus costumes locais ou regionais; Nos séculos XIII e XIV, particulares que são muitas vezes agentes da autoridade exercendo funções judiciais, redigem compilações de costumes para seu uso pessoal; estes livros, chamados *coutumiers*, conseguiram adquirir uma grande autoridade. A partir do século XV, a redação dos costumes é, por vezes, ordenada oficialmente pelas autoridades [...]⁶⁸

Gilissen demonstra que o redigir dos costumes é um processo que tem início ao final do século XI e vai ganhando força ao longo dos séculos subsequentes, até chegar a ser ordenado oficialmente por autoridades. O que se observa é a centralização do poder nas mãos das autoridades oficiais, favorecendo a soberania real. Por outro lado, não se pode deixar de observar que essa redação de costumes

⁶⁸ GILISSEN, John. op. cit., p. 264.

era almejada também por particulares que visavam à segurança jurídica. Os costumes escritos acabariam por regulamentar as normas que eram vigentes naquelas regiões, afastando-se a necessidade de provar que costumes regiam aquele povo.

Há de se observar também que quando este processo passa a ser ordenado por autoridades oficiais, o rei tem a possibilidade de modificar o direito consuetudinário ao excluir as normas que estão em desacordo com outras regras. As modificações ocorrem, sobretudo, no sentido da unificação, e por vezes, ainda no sentido da romanização. A partir deste processo, o costume adquire status de certeza, estabilidade, e permanência, aproximando-se do caráter próprio da lei.

O processo legislativo, por outro lado, durante todo o período de transição, já estava praticamente restrito ao poder real. A lei não era escrita pelos povos, já que estes tinham o direito consuetudinário. A atividade legislativa era função típica dos governantes; se não eram reis, eram os senhores poderosos, os duques, ou condes. No período de transição para a Era Moderna se observa um crescimento da importância da lei, de sua produção e, mais tarde, de sua compilação.

Os historiadores apontam a dificuldade de se estabelecer o exato período em que a atividade legislativa começa a vigorar. Contudo, Gilissen⁶⁹ afirma que esta produção se torna abundante na Europa Ocidental do séc. XIII, sem que por isso se possa atestar que em séculos precedentes esta atividade não ocorria, mesmo porque é possível encontrar citações em textos não jurídicos de atos legislativos. As primeiras leis normalmente estão relacionadas às normas de direito público, relativas à administração e organização judiciária, já que o direito civil era em sua maioria regulamentado pelo direito consuetudinário.

A partir do século XVI, nota-se uma crescente evolução da produção legislativa. O aprimoramento do saber e da escrita são causas fundamentais para a valorização da lei em detrimento dos costumes. Todavia, a principal causa para a valorização do poder da lei é a própria busca pela unificação do direito. A unidade era necessária para a consolidação de monarquias absolutistas – que vigoraram em vários países na Época Moderna. Não é possível estabelecer um poder fortemente centralizado e soberano sem que se tenha unidade jurídica.

⁶⁹ GILISSEN, John. op. cit., p. 296.

Neste aspecto, é válido visualizar os casos específicos de dois países com finalidade exemplificativa, sendo estes a França e a Inglaterra. A França teve ao lado dos soberanos a teoria do direito divino, que afirma que o poder real é concedido a partir da vontade de Deus. E por esta razão, a produção legislativa era restrita ao soberano. Havia um órgão representativo, que tinha função de exercer algum controle sobre as leis reais – chamado de Estados Gerais. Seu poder, entretanto, acabou por se tornar cada vez mais limitado, em virtude do crescimento do poder real.

Na Inglaterra, o sistema em vigor era distinto. Diferentemente da França, o poder legislativo não estava estritamente limitado ao rei. O Parlamento Inglês exerce grande influência neste processo. Ainda que esse poder de influência tenha variado ao longo dos anos, em virtude do maior autoritarismo imposto por alguns governantes, o Parlamento nunca perdeu totalmente sua força, sendo até hoje de suma importância ao sistema judiciário inglês.

Mesmo diante da existência de processos legislativos distintos na Europa Ocidental, não se pode deixar de vislumbrar que a sociedade se transformava com a centralização dos poderes nas mãos dos monarcas absolutistas. Interessante observar as palavras de consagrado jurista acerca deste período de transição, encontradas no livro “Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito”, de Norberto Bobbio:

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.⁷⁰

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. p. 27. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

Apesar da consolidação de monarquias absolutistas e autoritárias, é curioso notar em outro prisma que, de acordo com a já citada leitura de Berman⁷¹ acerca da existência de uma tradição jurídica ocidental, se afirma que na Europa do Ocidente sempre vigorou certa supremacia do direito em relação às autoridades políticas. Os reis, mesmo os absolutistas, diferentemente dos reis de outras regiões, seguiam um procedimento para a aplicação do Direito – mesmo que fosse um procedimento arbitrário. Como se observa nas palavras do citado autor:

La historicidad del derecho va unida al concepto de su supremacia sobre las autoridades políticas. El cuerpo del derecho em desarrollo, a la vez en cualquier momento y a la largo plazo, es concebido por algunos – aunque no por todos, y no necesariamente por la mayoría – como obligatorio para el Estado mismo. Aunque quedaria reservado a la Revolución norteamericana aportar a palabra “constitucionalismo”; desde el siglo XII em todos los países de Occidente, aun com monarquias absolutas, se ha dicho y aceptado, a menudo, que em algunos aspectos importantes el derecho trasciende a la política. Se dice que el monarca puede hacer la ley pero no puede hacerla arbitrariamente, y hasta que la haya modificado – legalmente – está obligado a ella.⁷²

Estes dados são de máxima validade ao estudo do princípio do devido processo legal. O que se percebe diante deste panorama, não é um início de uma progressão deste princípio, mas, sobretudo, uma tradição que vincula o poder político a normas de direito. Não se pode deixar de notar ser este um indício forte do devido processo legal. Se há preocupação em cumprir regras minimamente racionais até em modelos autoritários, há submissão a um princípio máximo regente de toda aplicação do direito, vinculando-o ao processo devido.

Por outro lado, a tendência à redação dos costumes, e o crescimento da produção legislativa também apresentam validade para o desenvolvimento do devido processo legal. Isso se verifica em virtude do fato de que a valorização da norma jurídica vem a endossar a aplicação justa e devida do direito. A busca pela codificação das leis, também é fundamental, já que a partir de então se pode perceber o desenvolvimento da sistematização do direito. Quanto maior o número de

⁷¹ BERMAN, Harold. op. cit.

⁷² BERMAN, Harold. op. cit., p.19

normas regulamentadores, maior o valor da lei e, como consequência, maior o valor que se dá a um processo justo e racional que se aplique conforme os trâmites previstos.

2.2.2. A doutrina.

O estudo doutrinário do direito é basicamente restrito aos limites do direito romano ao longo deste período de transição. Inicialmente, nos séculos XII e XIII, vigorou a Escola dos Glosadores, que consistia em aplicar o método da glosa à ciência jurídica. Esta primeira ciência do direito procurava estabelecer a frases e a textos jurídicos interpretações com base na exegese textual, fundados na explicação do significado do texto. Como *corpus* de análise, tinham o direito romano das épocas clássica e bizantina. Contudo, este estudo não tinha aplicação prática, pois se limitavam ao estudo puramente textual do direito romano, não aplicado oficialmente.

Outra importante escola instituída posteriormente – ao fim do século XII vigorando até os séculos XIV e XV – é a Escola dos Comentadores, que também tinha por base o *corpus* de análise centrado no direito romano. Sua forma de análise estava pautada nos métodos da dialética escolástica, e era através desta que buscavam examinar textos do direito romano em seu conjunto e a partir de então estabelecer princípios gerais, para aplicá-los a problemas concretos. A discussão e o raciocínio lógico são as formas pelas quais os princípios são estabelecidos. A importância deste novo método é a sua utilização para os conflitos concretos, exercendo influência sob o direito próprio e o direito consuetudinário.

Para além do estudo do direito romano, duas ciências ainda podem ser apontadas: uma era a dos comentadores de costumes; e a outra a da Escola de Direito Natural (sécs. XVII e XVIII). A redação dos costumes, normalmente exercida por aplicadores do direito, possibilita aos seus redatores o acesso a um *corpus* diante do qual se torna possível o estabelecimento de análises. Desta forma, acaba-se por aplicar os métodos de estudo do direito romano ao direito consuetudinário, nisto consistindo a doutrina dos comentadores de costumes.

A Escola de Direito Natural, por outro lado, é aquela que apresenta aspectos mais inovadores e fundamentais para a compreensão moderna do direito. Não que a concepção de um direito natural seja inovadora, tendo em vista a sua recorrência em diversos períodos históricos. A inovação, no entanto, consiste em atribuir ao direito

natural um caráter de laicidade, enquanto este sempre vigorava atrelado aos valores cristãos.

O estudo da Reforma Protestante, iniciada a partir do século XVI, é fundamental para a compreensão do contexto no qual a Escola de Direito Natural se impôs. Responsável pelo questionamento de dogmas existentes e vigentes na Igreja Católica durante séculos, a Reforma iniciada por Lutero transformou o cenário e mentalidade acerca da concepção do homem daquele período. O homem cristão passou a ser visto como ser racional, dotado do livre-arbítrio e poder para tomar as decisões que lhe são impostas ao longo da vida; o homem é agora um ser da razão, um homem racional.

Nesse sentido, é válido destacar as palavras do professor Paulo Mendonça acerca da importância da Reforma para a modernidade:

Cabe ainda mencionar a mudança no pensamento ocidental trazida pela Reforma Protestante, que teve importantes repercussões no mundo jurídico. O homem de Martinho Lutero oscila entre os regimentos terrenos e o direito natural divino. Ao final, triunfa no protestantismo a crença na responsabilidade do homem por seus atos e não na interferência divina nos assuntos humanos. O homem deveria conduzir-se de maneira compatível com os desígnios do Criador, mas se assim não fizesse, enfrentaria na Eternidade a ira do Senhor. A grande conversão ética trazida por esta teologia luterana reforçou a ideia de que o homem era um ser dotado de livre-arbítrio, capaz de assumir as consequências de escolhas equivocadas. Foi precisamente esse homem racional trazido pelo protestantismo o agente da sociedade moderna: o comerciante, o governante, enfim o Legislador.⁷³

Evidente que esta nova forma de conceber o homem, modifica toda a estrutura de pensamento vigente até a Reforma. A compreensão do homem como ser racional é capaz de transformar, inclusive, o direito, já que neste período ele começa a se desvincular das teorias do direito natural advindas do juízo divino, para vincular-se ao direito natural laico atrelado à razão. Nas palavras do citado professor:

Já a diferença básica entre a cultura moderna e a da Baixa Idade Média está relacionada com a nítida separação que o jusracionalismo estabelece entre o *ius divinum*, exclusivo do campo

⁷³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Tópica e o Supremo Tribunal Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157, nota n. 26.

da revelação e da teologia moderna, e o *ius positivum*, este sim, vinculado à esfera jurídica.⁷⁴

O direito, a partir deste momento, passa a ser entendido como fruto da razão humana, e não da providência divina. Não tem mais sua origem no sobrenatural, e por isso não é mais compreendido como verdade absoluta e imutável. Sendo produto da razão humana, não deve mais ser estudada como assunto divino. Começa a surgir outra concepção de direito natural, desta vez, um direito laico, um direito nacionalista.

A partir deste novo panorama, diante da dissolução das relações entre os assuntos divinos e humanos, não era mais possível que se concebesse o governante como o homem escolhido por Deus. O poder político, então, passa a ser fundamentado como uma “autoridade derivada do pacto fundante da sociedade política”⁷⁵, isto é, o poder soberano deriva da renúncia de seus súditos, para que este lhes garantisse a paz e a segurança. Os indivíduos teriam de abrir mão de parte de sua liberdade para que o soberano pudesse governar, instituindo normas jurídicas e garantindo-lhes a ordem, estabelecendo-se um pacto entre súditos e soberano.

Interessante notar que este pacto era o pressuposto estruturador do próprio Estado absolutista, e teoricamente compreendido como instituidor do poder soberano. Para que o pacto se estabelecesse, bastaria a existência de súditos e um soberano, sendo, nas palavras de Mendonça:

[...] um equívoco tentar localizar historicamente o instante em que surgiam as sociedades políticas, uma vez que não se pretendeu dar ao contrato social um conteúdo de fato histórico, tanto que era ele considerado um pacto de adesão contínua e tácita, ao qual se integrariam as gerações presentes e futuras [...]⁷⁶

A nova compreensão do direito como fruto da razão estabelece também interessante associação entre a norma jurídica instituída pelo soberano e a racionalidade, que acaba por derivar o pensamento de que se a norma é criada como espelho da razão, ela será presumidamente justa. A concepção da lei como norma justa, é, sem dúvidas, um dado relevante para o processo de racionalização

⁷⁴ MENDONÇA, Paulo. op. cit., p. 156.

⁷⁵ MENDONÇA, Paulo. op. cit., p. 159.

⁷⁶ MENDONÇA, Paulo. op. cit., p. 159.

do direito. Sobre a concepção da norma como presumidamente justa, e sobre a importância da lei para que a justiça se institua, é válido observar as palavras de Thomas Hobbes, importante pensador da modernidade, citado por Noberto Bobbio:

Onde não existe um poder comum, não existe lei; e onde não existe lei, não existe justiça⁷⁷

Nenhuma lei pode absolutamente ser injusta na medida em que cada homem cria, com seu consentimento, a lei que ele é obrigado a observar. Esta, por conseguinte, tem de ser justa, a não ser que um homem possa ser injusto consigo mesmo.⁷⁸

Esta nova fundamentação do poder político só pôde vigorar através dos novos pensamentos vigentes na modernidade, baseados na razão e na concepção do direito como fruto da racionalidade humana, ficando, desta maneira, clara a origem da Escola de Direito Natural, diante de tantas transformações. Essas modificações doutrinárias e jurídicas são, talvez, as de maior relevância neste período transitório, visto que instauram uma nova concepção do direito que se tornará fundamental para a compreensão do Direito que temos hoje.

Diante deste raciocínio, pode-se verificar a crença exposta por Berman⁷⁹ acerca da submissão das autoridades políticas ao direito, já que esta teoria do direito natural vincula os reis, ainda que absolutistas, às leis naturais, fundamentais, universais, imutáveis e permanentes decorrentes da natureza humana. A partir dessa concepção, verifica-se também, no âmbito da doutrina jurídica, a submissão dos aplicadores e criadores da norma, às regras gerais de aplicação universal fundadas na razão humana; estabelecendo, novamente conexão com o princípio do devido processo legal.

2.2.3. A Jurisprudência.

No que diz respeito à formação jurisprudencial deste período, verifica-se que grande importância deve ser dada a este instituto, tendo em vista a sua valia na formação do direito moderno. Este valor fundamental para o desenvolvimento do direito pode ser observado pela autoridade que os tribunais reconheciam aos precedentes, na influência que as jurisdições superiores tinham sobre as demais, e,

⁷⁷ BOBBIO, Noberto. Thomas Hobbes. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1991. p. 49, citando HOBBS, O leviatã, p. 83.

⁷⁸ BOBBIO, Noberto. op. cit., p. 49, citando HOBBS, On liberty and Necessity, in *EX, IV*, p. 252-253.

⁷⁹ BERMAN, Harold. op. cit., p. 19.

ainda, pela influência que tiveram as decisões judiciais sobre a redação e a reforma dos costumes e doutrinas.

É notória a importante função que os precedentes obtiveram neste período, na medida em que se houvesse decisão anterior que se assemelhasse a situações atuais, recorria-se àquela para aplicar solução ao litígio do presente. Facilitava-se, desta maneira, o trabalho dos juízes, e também gerava, sobretudo, segurança jurídica aos particulares. Os indivíduos que aguardassem a solução de seus litígios tinham o direito de esperar que situações idênticas recebessem decisões idênticas na Justiça. Percebe-se que esse sistema foi mais forte na Inglaterra, mas não se pode deixar de notar que em regiões como a França e os Países Baixos, a jurisprudência das grandes jurisdições tenha sido relativamente estável.

É de se notar também a existência de sentenças de regulamentação, que diferentemente das ordinárias – que geravam a autoridade de coisa julgada somente entre as partes – tinham eficácia *erga omnes*, vinculando a decisão a todos. As sentenças de regulamentação consistiam em atos legislativos publicados em todo o domínio da Corte, devendo ser aplicado por todos, desde que não sejam anulados pelo Conselho do Rei. Estas sentenças costumavam ser editadas em processos que suscitavam novas questões de direito, e, por vezes, foram fundamentais para a formação do direito nas regiões em que eram aplicadas.

Por outro lado, deve-se também vislumbrar a influência que as jurisdições superiores exerceram sobre as inferiores, devido, fundamentalmente, ao direito de recurso, que se desenvolveu a partir do séc. XIV, tendo sido praticamente inexistente na Idade Média. Para que se entenda essa influência cite-se como exemplo o caso da França, que possuía catorze Parlamentos e quatro Conselhos soberanos que tinham competência para julgar decisões, em recurso, de todos os processos civis que já tenham sido julgados pelas jurisdições locais e territoriais. Estes Parlamentos e Tribunais possuíam número considerável de magistrados, que em sua quase totalidade eram licenciados em direito. Estas estruturas judiciárias foram crescendo e no século XVIII, chegaram a ter mais de 200 presidentes e conselheiros no Parlamento de Paris, tendo sido considerável a sua autoridade.⁸⁰

Em última análise, observa-se ainda a influência da jurisprudência na redação dos costumes e na doutrina. Os redatores se valeram muitas vezes das decisões

⁸⁰ GILISSEN, John. op. cit. p. 395

jurisprudenciais para a redação oficial dos costumes. É de se salientar que as obras dos comentadores continham inúmeras remissões para decisões judiciais, tendo sido a reforma dos costumes na França baseada, em grande parte, na nova jurisprudência. Além disso, houve também grande influência da jurisprudência para a romanização do direito. Os juízes formados em universidades, que exerciam suas funções nos Parlamentos e Conselhos de Justiça, tendiam a recorrer ao direito erudito para decidir um litígio cuja solução não se encontrava amparada pela lei ou nos costumes.

Ainda que a jurisprudência não tenha *status* de lei, é impossível não reconhecer o valor das decisões judiciais para a aplicação do direito, podendo ocorrer, inclusive, modificações na lei em função de reiteradas decisões que se posicionem no mesmo sentido. É fundamental que se perceba que este período de transição reflete importante modificação para a estrutura judiciária. Se as Instituições jurídicas começam a ganhar força, a tendência é que a jurisprudência se fortaleça. São movimentações importantes que fazem com que a estrutura judiciária se torne mais sólida e eficaz, e que seja aberto o caminho para implementação de princípios consagrados nos nossos dias, como o devido processo legal.

CAPÍTULO III

3 – A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e seu contexto revolucionário.

Após a análise do período que compreendeu a transição da Idade Média para a Modernidade, propõem-se o estudo da Revolução Francesa e de sua gloriosa Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Como já exposto, este período foi escolhido pela ruptura que ele representou diante de séculos de tradição absolutista e de concentração do poder na figura de um só indivíduo, o monarca. Também se deve ter em mente, neste momento, as distinções que esta Revolução apresenta se comparada ao movimento de independência norte-americana e a suas Declarações de Direito (*Bill of Rights*), tendo em vista as suas diferentes ambições, não obstante terem sido embasadas nos mesmos ideais iluministas.

Mesmo que a distância temporal entre a transição do Medievo à Modernidade e a Revolução de 1789 seja consideravelmente extensa, acredita-se que o prolongamento do estudo de indícios do devido processo legal na Modernidade seja menos interessante do que a seleção destes dois períodos, tendo em vista que a Modernidade não apresentará grande relevância para a análise que aqui se propõe. Além disso, como já foi visto, a era Moderna não apresenta uma grande ruptura com o período que a antecedeu, sendo flagrante a pouca contribuição para o estudo do devido processo legal. Justificada a seleção do momento histórico selecionado, passemos a sua exposição.

3.1. A Revolução Francesa.

Para que se compreenda o significado histórico da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é imprescindível que se entenda os seus antecessores. A França era o país mais representativo do governo absolutista europeu. A sua monarquia era a mais tradicional e grandiosa, o rei governava sozinho de forma autoritária, e em certo sentido, mesmo que essa teoria já pudesse soar ultrapassada para alguns doutrinadores, ainda apresentava indícios da teoria do direito divino, que estabelecia que o rei era o homem enviado por Deus para governar seu povo.

A sociedade era dividida em três classes determinadas pelo nascimento, sendo elas a nobreza, o clero, e o terceiro estado – que seriam todos os que não eram nobres ou membros do clero. A nobreza era a linha primeira da nação. Nas palavras do historiador Eric Hobsbawm: “Eles gozavam de consideráveis privilégios, inclusive de isenção de vários impostos (mas não de tantos quanto o clero, mais bem organizado), e do direito de receber tributos fiscais”.⁸¹ Entretanto, no que diz respeito à participação política, a nobreza não vinha gozando de tantos privilégios.

A monarquia absoluta havia destituído aos poucos os poderes políticos da nobreza, centralizando ainda mais o poder nas mãos do monarca. O rei reduzira significativamente a importância e responsabilidade das instituições políticas formadas pela nobreza – sendo estas os “estados” e *parlaments*. Para ainda agravar a situação dos nobres, houve uma espécie de crise financeira que os atingiu ao longo do século XVIII, já que suas rendas caíram devido às más administrações de suas fortunas, e os gastos absolutamente elevados que este *status* exigia.⁸² Essa crise fora drasticamente agravada com a entrada da França na Guerra da Independência Americana. A França lutara ao lado dos Estados Unidos contra a Inglaterra, e acabara por obter sucesso, mas também um grande quebra em seu orçamento. O quadro financeiro francês se tornava irreversível. Nas palavras de Hobsbawm:

Vários expedientes foram tentados com sucesso cada vez menor, mas sempre longe de uma reforma fundamental que, mobilizando a considerável capacidade tributável do país, pudesse enfrentar uma situação em que os gastos excediam a renda em pelo menos 20% e não havia quaisquer possibilidades de economias efetivas. Pois embora a extravagância de Versailles tenha sido constantemente culpada pela crise, os gastos da corte só significavam 6% dos gastos totais em 1788. A guerra, a marinha e a diplomacia constituíam um quarto, e metade era consumida pelo serviço da dívida existente. A guerra e a dívida – a guerra americana e sua dívida – partiram a espinha da monarquia.⁸³

Essa situação acabou por enfraquecer a monarquia. Foram então convocados os “Estados Gerais” – antiga assembleia feudal do reino – como uma busca desesperada de reverter a situação. Entretanto, tal conjuntura não se pode ajustar,

⁸¹ HOBBSAWM, Eric. A Era das Revoluções 1789-1848. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25 ed. Ed. Paz e Terra, 2010 . p. 102.

⁸²HOBBSAWM, Eric. op. cit. p. 103.

⁸³HOBBSAWM, Eric. op. cit. p. 104.

tendo em vista que não eram só as reivindicações da nobreza que tomavam parte neste cenário, mas também do “Terceiro Estado” que sempre esteve à margem da política.

Neste terceiro segmento da sociedade, representado majoritariamente pela classe média, o descontentamento era evidente, já que nunca houve espaço político reservado a eles. A este grupo deu-se o nome “burguesia”. Apoiados nos ideais do liberalismo clássico formulados por filósofos economistas, estavam dispostos a lutar por maiores direitos na sociedade que não lhes dava espaço. Os pensadores do século XVIII, para Hobsbawm, devem ser considerados, até este ponto, responsáveis pela Revolução. “Ela teria ocorrido sem eles; mas eles provavelmente constituíram a diferença entre um simples colapso de um velho regime e a substituição rápida e efetiva por um novo”.⁸⁴

Por outro lado, havia ainda uma classe fundamental para a efetivação da Revolução: os camponeses. Sua classe pode ser definida como a menos favorecida economicamente, e talvez a que mais sofrera com a crise econômica que a França vivia. O preço do pão – alimento básico de subsistência francesa – crescia vertiginosamente, chegando a patamares inalcançáveis pelos salários dos trabalhadores do campo. O seu descontentamento também fora crucial e determinante para que o povo francês aderisse à busca de uma reforma do poder vigente.

Diante deste cenário, é fácil perceber que o povo francês teve consigo todas as razões para que a Revolução ocorresse. A busca pela limitação do poder, pela liberdade econômica, e a defesa da propriedade individual são prontamente incitadas, na medida em que o rei não consegue administrar a terrível crise socioeconômica que atinge o país de forma devastadora. A Revolução se fez necessária, em um país a beira do colapso.

Diversas são as manifestações do povo francês neste período. Todas elas reunidas acabam por consagrar a Revolução Francesa. Diante do fracasso da convocação dos Estados Gerais, os membros do Terceiro Estado, por se verem desamparados da apreciação de suas reivindicações, se autoproclamam Assembleia Nacional, firmando um compromisso de não diluição e de lutas por uma nova

⁸⁴HOBSBAWM, Eric. op. cit. p. 106.

França, com o direito de reformar a Constituição. O seu sucesso, de acordo com Hobsbawm, se deu na medida em que o Terceiro Estado:

[...] representava não apenas as opiniões de uma minoria militante e instruída, mas também as de forças bem mais poderosas: os trabalhadores pobres das cidades, e especialmente de Paris, e, em suma, também o campesinato revolucionário.⁸⁵

Ações conhecidas mundialmente com a Queda da Bastilha, de 14 de julho de 1789, e a tomada do Palácio de Versailles foram simbólicas neste período. São atos representativos da vontade do povo em ver o poder absoluto do monarca limitado, enfrentando o governo soberano europeu mais tradicional e fortalecido, em busca de maior igualdade, liberdade e fraternidade – *slogan* que foi símbolo da Revolução Francesa. A busca pela mudança fora tão intensa que ao longo do período em que a Revolução se consolidava, fora criado um novo calendário, novas formas de cumprimento, e até novos pesos e medidas. Tudo isto em favor do distanciamento do Antigo Regime, que deveria ser transposto por um novo modelo.

Não se pode deixar de falar que dentro de todo o período revolucionário, a França conheceu grupos distintos, com interesses distintos. Era notória a cisão entre aqueles que lutavam pela substituição da monarquia, pela instituição de uma democracia – conhecidos como jacobinos –; e aqueles, mais moderados, que lutavam pela manutenção da monarquia, desde que esta se postulasse de acordo com uma Constituição – os chamados girondinos, ou burguesia moderada. Sem falar nos chamados *sans culottes*, que eram o setor menos favorecido economicamente da Revolução. Estes lutavam por causas ainda mais sociais e democráticas.

Evidente que a divisão dos setores que lutavam na Revolução Francesa é mais complexa e mais sensível do que se expôs. Entretanto, busca-se somente fazer nota da pluralidade de grupos que tomaram parte durante a Revolução, para que melhor se compreenda o cenário revolucionário. O mais fundamental de se observar é que neste contexto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 fora escrita. Proclamada no início da Revolução teve o objetivo de se postular como “manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres”⁸⁶. É

⁸⁵HOBSBAWM, Eric. op. cit. p. 108.

⁸⁶HOBSBAWM, Eric. op. cit. p. 106

neste sentido que se pretende compreender a importância de seus ditames à História Ocidental.

Nesse aspecto, é de se ponderar, desde agora, as já mencionadas distinções entre os *Bill of Rights* norte-americanos e a própria Declaração de Direitos de 1789 francesa. Como já foi visto, as suas aspirações são distintas, tendo em vista que a colônia inglesa tinha como principal objetivo a independência; já a nação francesa buscava desgarrar-se de um antigo regime que vigorava por séculos em seu país. Evidente que as ideias iluministas e os ideais liberais econômicos irão influenciar ambas as Revoluções, entretanto, esta distinção de ambições possibilita que se entenda o porquê dos norte-americanos terem dado particular atenção ao devido processo legal.

A preocupação francesa era em desmembrar o poder real, e possibilitar que o Parlamento – a Assembleia, ou os Estados Gerais – pudesse ter participação política, e que o governo, desta maneira, representasse o povo. Já os norte-americanos buscavam limitar o Poder Legislativo, e por isso deram fundamental relevância aos instrumentos judiciais que possibilitassem o seu controle – *judicial review* e o veto presidencial. Por esta razão, se poderá perceber que os avanços alcançados pela Revolução Francesa serão de fundamental importância para a consolidação de uma aplicação do direito justa e razoável muito mais embasada na própria soberania da lei como expressão da vontade do povo, do que na soberania da lei como aquela interpretada pelos juízes, como alegam os norte-americanos.

3.2. Rousseau e a Vontade Geral.

Um dos maiores pensadores do século das luzes e também um dos mais influentes na Revolução Francesa, foi Jean-Jacques Rousseau. Ele ficara conhecido por sua obra “Do Contrato Social”, na qual conclamava ideais que se encontram expostas na Declaração de 1789. O que há de mais notável na obra de Rousseau, dentro da reflexão que ora se pretende, é a sua compreensão do conceito da lei como a vontade geral, que, como se verá, é fundamental para a evolução do princípio do devido processo legal, sobretudo para a tradição da *civil law*.

Durante todo o longo período em que a monarquia absolutista reinou na França, a lei era significado da vontade real, bem como todos os atos do soberano. Apoiado ainda pela teoria do direito divino, o rei escolhido por Deus, legislava e

governava de acordo com a sua vontade autoritária. Não havia espaço a outro poder que não o real. O poder de fazer leis e de governar estava rigorosamente centralizado na figura do monarca. Não é por menos que subsistiam tantos privilégios fiscais à nobreza.

A doutrina de Rousseau se postula diametralmente oposta às leis autoritárias. Ele constrói seu pensamento a partir da compreensão de que a vida em sociedade tem de se basear no que ele chama de Contrato ou Pacto Social. Em suas palavras:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente. Esse é o problema fundamental, cuja solução é dada pelo contrato social.⁸⁷

A partir do pacto social os homens deixam de viver no seu estado natural, para ingressar em seu estado social. Para que a vida em sociedade seja possível, os homens devem abrir mão de sua vontade individual, para que a vontade geral possa subsistir. Esta deve ser a vontade que rege a sociedade. De acordo com o pensador, somente desta maneira poderá existir a vida social. É neste sentido que Rousseau irá descrever o Soberano como aquele que deve governar de acordo com a vontade geral, e não de maneira autoritária. Ao discorrer sobre a Soberania, Rousseau afirma:

A primeira e mais importante consequência dos princípios há pouco estabelecidos é que somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum, pois, se a oposição de interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que a tornou possível.[...]. Ora, é unicamente em vista desse interesse comum que a sociedade deve ser governada.⁸⁸

A partir da situação do filósofo, já é possível perceber que se busca limitar o poder real. Este não poderá mais vigorar de maneira centralizada e absoluta; com o *contrato social*, o soberano deve obedecer aos limites que a vontade geral impõe. Consequentemente, as leis também deverão ser esculpidas com base nesta

⁸⁷ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social ou Princípios do Direito Político. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala Educacional, 2006. p. 22.

⁸⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 34.

vontade. Rousseau crê que a lei consiste na própria vontade geral, ela seria a sua expressão. Sua visão é nítida se observadas suas palavras quando ele afirma que:

Com essa ideia, pode-se ver imediatamente que não é mais preciso perguntar a quem compete fazer as leis, pois que elas constituem atos da vontade geral; nem se o príncipe está acima das leis, pois que ele é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto para consigo mesmo; nem em que sentido somos livres e sujeitos às leis, porque essas são apenas registros de nossas vontades.

Observa-se ainda que a lei, ao reunir a universalidade da vontade e aquela do objeto, aquilo que um homem, seja quem for, ordena de sua cabeça não é uma lei.⁸⁹

Não se pode deixar de observar a mudança de valores que se suscitam neste período, principalmente nas palavras de Rousseau. É de se notar que a Declaração de 1789 se posiciona no mesmo sentido das palavras do pensador, ao proclamar, em seu artigo 6º, que:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.⁹⁰

A importância deste artigo é evidente como limitador do poder real. Não será mais a pura vontade do monarca que deve governar, mas sim a vontade geral – o interesse da nação a qual o governo se vincula é fundamental. Também se pode perceber que uma sensível mudança ocorre no sentido de que agora se privilegia a racionalidade, em face do autoritarismo permitido pela teoria do direito divino. De acordo com Hobsbawm, “O rei não era mais Luís, pela Graça de Deus, Rei da França e Navarra, mas Luís, pela Graça de Deus e do direito constitucional do Estado, Rei dos franceses.”⁹¹

Essa modificação é importante para a análise do princípio do devido processo legal. Se o soberano está limitado pela vontade geral, poderá se observar que a

⁸⁹ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 47.

⁹⁰Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fonte http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão, consultada em 17 de abril de 2013, 13h05.

⁹¹HOBBSAWM, Eric. op. cit. p. 107.

proporcionalidade e a razoabilidade da lei terão de vigorar. A vontade geral, neste sentido, acaba por ser o limitador da lei em sentido substancial, sendo de suma importância para a análise histórica do devido processo legal, na medida em que se entende que seu caráter material implica exatamente a razoabilidade da lei.

Portanto, não se poderia deixar de ler o artigo 6º da Declaração de 1789 dissociado da evolução histórica do devido processo legal. Este apresenta etapa fundamental para a consagração do princípio supracitado em nossos dias. Ignorar a sua importância seria impossível, já que o artigo apresenta grande avanço para que as garantias processuais sejam conquistadas.

É de se reiterar, ainda, que o valor que se vincula à lei como expressão da vontade do povo é distinto do valor que a lei recebe na tradição norte-americana. Como já exposto, na concepção do cidadão americano, lei é aquela interpretada pelos juízes; já para os franceses, lei será aquela estabelecida pela vontade geral – por meio de representantes do povo. Não obstante, o que é interessante de se observar, é que mesmo que advenham de diferentes concepções, é notório que tanto os norte-americanos, quanto os franceses, buscavam a racionalidade da lei. Neste aspecto, é de se ponderar que mesmo que por caminhos distintos, a tradição da *civil law* e da *commom law* acabaram por se encontrar em um ponto semelhante: a busca pela lei razoável e justa.

3.3. Montesquieu e a Separação de Poderes.

Outro pensador de grande importância para a Declaração de 1789 e para a Revolução Francesa foi Montesquieu. Aclamado por sua obra “O espírito das leis”, ele fora um dos maiores defensores da doutrina da separação de poderes, e até hoje é mencionado quando são conclamados estes ideais.

Paulo Bonavides, ao falar sobre a separação de poderes anunciada por Montesquieu, afirma:

A cada um desses poderes correspondem, segundo o pensador francês, determinadas funções.

Através do poder legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas.

Com o poder executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe

embaixadores, estabelece a segurança e previne invasões.
O terceiro poder – o judiciário – dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.⁹²

Como se pode notar, Montesquieu acreditava que todo poder não deveria estar centralizado nas mãos de um único homem. “Quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém o poder legislativo, e o poder executivo, já deixou de haver liberdade [...]”⁹³. Para Montesquieu, se todos os poderes se centralizam em uma única pessoa, sempre haverá medo de que sejam elaboradas leis tirânicas, bem como tirânica seria a sua aplicação.

Para que se melhor compreenda a visão do pensador, vide sua afirmação no livro XI, capítulo VI, em o *Espírito das Leis*:

Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares.⁹⁴

O que se pode notar é que, no mesmo sentido do pensamento de Rousseau, Montesquieu buscou a limitação do poder real, para que fosse garantida a justa aplicação da lei, e sobretudo a vedação da elaboração de leis tirânicas. Nos mesmos termos anteriormente expostos, é de se observar que a busca pelo afastamento das leis tirânicas constitui importante vitória para a consolidação do devido processo legal, em seu sentido material, pela busca da adequação da lei aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mesmo que a separação efetiva dos poderes não tenha sido imediata na França, os ideais de Montesquieu possuem inegável valor. Deixando de lado as discussões acerca das formas de governo e de Estado, o que se pretende assinalar é a importância da separação de poderes em prol de leis que observem o devido processo legal, mesmo que em seu caráter material. Estes ideais foram de caro valor aos revolucionários de 1789, que proclamaram no artigo Art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não

⁹²BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 18 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011. p. 149.

⁹³BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 149.

⁹⁴MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do Espírito das Leis. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2012. p. 191.

tem Constituição.”⁹⁵ Portanto, é de se observar a validade deste dispositivo para o presente trabalho.

3.4. Beccaria e as Garantias Processuais da Declaração de 1789.

Os artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentam importantes garantias para o sistema criminal. Muito embora estes artigos não tenham sido observados com rigor durante o período revolucionário, eles são de grande valia para a análise histórica do devido processo legal, já que a Declaração de 1789, por ser um documento escrito, subsistiu ao fim da sangrenta Revolução.

Diante da leitura dos citados artigos, é impossível não se admitir a influência do doutrinador italiano Cesare Beccaria na conclamação de suas prescrições. A leitura de sua importante obra denominada “Dos Delitos e das Penas”⁹⁶ torna evidente a íntima relação que estes artigos apresentam com os ideais do pensador. Beccaria fora um dos primeiros doutrinadores a se posicionar contrariamente aos julgamentos secretos, às torturas e às penas cruéis; ele buscava e acreditava na igualdade dos criminosos perante a lei, e acima de tudo, em uma instrução criminal regida pela razão.

Para que se vislumbre esta relação, necessária se faz a leitura dos artigos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Para tanto, note-se a prescrição contida no artigo 7º:

Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.⁹⁷

Vislumbra-se que fora consagrado o principio da legalidade neste dispositivo. Foram impostos limites ao autoritarismo da punição estatal. Sem dúvidas, é um dos

⁹⁵Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fonte http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão, acessado em 17 de abril de 2013, 15h04.

⁹⁶ Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 1 ed. São Paulo. Ed MartinClaret, 2006.

⁹⁷Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fonte http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão, acessado em 17 de abril de 2013, 18h02.

princípios basilares para a estruturação de um Direito Penal que garanta aos cidadãos segurança jurídica, dando-lhes a certeza de que não poderão ser punidos por atos que não estejam previstos em lei. Não se pode negar que é uma conquista de suma importância para que as garantias processuais possam se impor.

Neste mesmo sentido, é válido observar as palavras do supracitado pensador ao se posicionar sobre o assunto em análise:

[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.⁹⁸

Pode-se notar, através das palavras de Beccaria, que ele defendia a ideia de que os crimes só seriam puníveis se previstos em lei, e nunca através do autoritarismo de um poder soberano. Neste mesmo posicionamento, o pensador ainda afirma, com evidente afinco:

Cada cidadão pode fazer tudo o que não contrarie as leis, sem temer outros inconvenientes senão os que podem advir de sua ação em si mesma. Tal dogma político deveria ser inscrito no espírito dos povos, proclamado pelos juízes, supremos e defendido pelas leis. Sem esse dogma sagrado, toda sociedade legítima não pode existir por muito tempo, pois ele é o justo prêmio do sacrifício que os homens fizeram de sua independência e da sua liberdade.⁹⁹

O disposto no artigo 8º, posicionando-se também como limitador do autoritarismo, declara: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”¹⁰⁰ Em verdade, o disposto neste artigo, muito se assemelha ao seu antecessor. O seu objetivo também consiste em limitar o direito de punição do estado, ou neste contexto, do soberano, seja ele quem for.

É de se notar que o artigo consagra o princípio da anterioridade da lei penal, que diz que a pena só poderá ser imposta se houver lei anterior ao cometimento do

⁹⁸ Beccaria, Cesare. op. cit. p. 21.

⁹⁹ Beccaria, Cesare. op. cit. p. 72-72.

¹⁰⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fonte http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão, acessado em 17 de abril de 2013, 18h23.

crime. Interessante fazer alusão, neste momento, a crítica defendida por Beccaria, no que diz respeito à aplicação da lei penal, quando ele afirma que:

Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.¹⁰¹

Todavia, é interessante perceber que este artigo também esbarra nos princípios já citados da razoabilidade e da proporcionalidade – como o caráter material do devido processo legal – ao declarar que a pena deve estar restrita a necessidade da punição. As penas não devem ser abusivas, elas devem ser “evidentemente necessárias”¹⁰². Neste sentido, é interessante observar as palavras de Montesquieu, tendo em vista que seus ideais parecem convergir com este dispositivo, na medida em que ele acredita que a pena deve estar associada à natureza do delito, e não deve ser fruto da vontade pura e simples do legislador.

A liberdade triunfa quando as leis criminais estabelecem cada pena de acordo com a natureza particular do crime. Todo arbitrário cessa: a pena não se origina do capricho do legislador, mas sim da natureza da coisa; não é o homem que faz violência ao homem.¹⁰³

Beccaria, ao concluir sua obra já citada, também redige declarações que vão ao encontro da concepção de pena que Montesquieu vincula, ao afirmar que:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.¹⁰⁴

E ainda, no que diz respeito à proporção das penas, afirma Beccaria:

[...]. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve,

¹⁰¹ BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 20.

¹⁰² Declaração de 1789, em seu já citado artigo 8º.

¹⁰³ MONTESQUIEU, Charles. op. cit., p. 227.

¹⁰⁴ BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 107.

portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.¹⁰⁵

Portanto, faz-se evidente a relação entre o disposto no artigo 8º da Declaração de Direitos de 1789 e a faceta material do princípio do devido processo legal – razoabilidade e proporcionalidade. Estes princípios são defendidos pelo pensador italiano na medida em que ele acredita que a aplicação de penas desiguais a crimes que afetem na mesma medida à sociedade, fará incidir a contradição. Se as penas que punissem crimes mais graves e menos graves fossem as mesmas, o criminoso poderia optar pelo crime mais grave, se este lhe fosse mais vantajoso, já que a sua punição a ele imposta seria a mesma.¹⁰⁶

Em última análise, se observa o disposto no artigo 9º, da Declaração de 1789, sendo talvez um dos mais importantes consagradores de garantias processuais deste documento. Ele declara que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”¹⁰⁷

Aqui se vê consagrada a presunção de inocência, princípio grandemente aclamado até os dias de hoje. E ainda é constituída uma ressalva afirmando que se houver indispensável necessidade de que se prenda o acusado, todo o rigor dispensando a ele, que seja excessivo, deverá ser punido por lei. Neste ponto, se pode perceber uma íntima relação da doutrina de Beccaria e o disposto no artigo 9º. O pensador italiano foi um grande defensor da aplicação da pena somente diante da efetiva necessidade punitiva, o que se pode perceber através de suas palavras em:

[...] ainda que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil para considerá-la então odiosa, revoltante, em desacordo com a justiça e com a natureza mesma do contrato social.¹⁰⁸

Se assim se posicionou para aplicação da pena, muito mais rigor deveria ser observado na necessidade de uma prisão cautelar, tendo em vista que o homem

¹⁰⁵ BECCARIA, Cesare. op. cit., págs. 68-69.

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 69

¹⁰⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fonte http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão, acessado em 17 de abril de 2013, 18h47.

¹⁰⁸ BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 21.

deveria ser considerado inocente até a sua declaração de culpa. A esse respeito, vide as palavras do renomado autor:

Se a prisão constitui somente uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão preso deve ficar na prisão apenas o tempo necessário para a instrução do processo; e os mais antigos detidos têm o direito de ser julgados em primeiro lugar.¹⁰⁹

A presunção de inocência, mesmo que possa não ser lida, *a priori*, como uma garantia processual, encontra total respaldo no princípio do devido processo legal. Esta presunção hoje não tem significado se não for considerada a ampla defesa e o direito ao contraditório no direito processual. Então logo se percebe que a presunção de inocência está intimamente ligada às garantias processuais advindas do devido processo legal, tendo em vista que ela se concretiza através destas.

Portanto, o que se percebe é que a Declaração de 1789, apesar de não se demorar na descrição de longas garantias processuais que assegurassem o devido processo legal, consagrou, em poucos dispositivos, importantes avanços para que o direito se baseasse em processos justos, razoáveis e proporcionais. Seus ditames, sem dúvidas não seriam deixados para trás. Eles foram em verdade um grande passo em prol de tantas modificações que viriam a se consolidar ao longo dos anos.

Nesse sentido, é de se notar também a função que a Declaração de 1789 exerceu como limitadora do poder público – neste caso, a monarquia. É neste aspecto que se torna possível a comparação e aproximação entre a concepção da doutrina e jurisprudência estadunidense do devido processo legal, e a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Não obstante as já mencionadas diferenças, restou evidente o movimento de ambos em direção ao controle do poder arbitrário e autoritário. Por fim, acabam por encontra-se neste ponto comum: proteger o cidadão dos arbítrios do poder.

¹⁰⁹BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 62.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho que aqui se expôs, tornou-se possível compreender de forma mais clara e sólida o princípio do devido processo legal. Além disso, por ser uma pesquisa de cunho histórico, outras conclusões se fizeram presentes. Nesse sentido, em uma primeira análise, pôde-se perceber que o estudo histórico é fundamental para que sejam compreendidas as bases dos institutos que hoje observamos em nossa sociedade.

Pudemos também observar que, por vezes, o Direito não irá acompanhar os consolidados marcos divisórios da História. Quando aqui optamos por estudar a transição da Idade Média para a Modernidade, e não somente o período da Era Moderna, o fizemos pelo fato de que as transformações relevantes para esta pesquisa se deram muito mais no próprio Medievo – e não com a chegada da Modernidade.

Com a pesquisa que aqui se estruturou, pudemos compreender que os anseios da sociedade são os maiores impulsionadores das mudanças no âmbito jurídico. Evidente que nem sempre estes desejos irão ter a força necessária para de fato transformar o sistema jurídico, entretanto, não se pode deixar de perceber que as mudanças tomam lugar na medida em que se observa uma tensão entre o que a sociedade necessita e o que ela recebe. Por vezes, muitos anos irão se passar até que as novas medidas se consolidem, demonstrando, nesse aspecto, um certo caráter conservador do direito. Sendo assim, é fundamental que as transformações advindas no Direito recebam o amparo da doutrina e jurisprudência. Em verdade, acredita-se que toda inovação jurídica que não tiver apoio tanto da jurisprudência, quanto da doutrina, não irá ser aplicada.

No que tange às mutações jurídicas, importa observar a importância da jurisprudência para a conceituação do princípio estudado, sobretudo nos Estados Unidos da América, em virtude de sua tradição baseada no *commom law*. Como se pôde observar, a jurisprudência norte-americana alterou a aplicabilidade da cláusula do *due process of law*, por meio de precedentes de sua Suprema Corte. Eles transformaram uma simples garantia processual, em um princípio controlador até mesmo do mérito dos atos legislativos, e de todo aparato judicial. Tudo isso, como se expôs reiteradamente, com o objetivo de responder aos anseios de uma sociedade liberal burguesa recém independente.

Ademais, a recente transformação do devido processo legal em protetor das garantias fundamentais do homem, no que diz respeito aos direitos individuais, vinculada pela própria Suprema Corte norte-americana, denota a validade e importância que hoje se atribui às garantias mínimas do ser humano, em um Estado de Direito. A adequação do devido processo legal a estas garantias, torna-se notória a partir da análise que foi construída no primeiro capítulo deste trabalho, quando se observou a grande metamorfose que o alto pretório estadunidense teceu ao longo dos anos, até construir a acepção que hoje se tem do princípio em alusão.

Também se pôde observar as diferenças entre o sistema do *commom law* e do *civil law* no que diz respeito às suas Declarações de Direitos do século XVIII. Nos Estados Unidos da América, país de tradição costumeira, se pôde perceber que as mudanças transcorreram, sobretudo, a partir da jurisprudência, já que não se creditava confiança ao Poder Legislativo – neste ponto, não se pode esquecer que a Inglaterra teve um rumo distinto, já que o Parlamento possuía grande valor aos ingleses. Já nos países em que vigoravam por longos anos monarquias absolutistas – principalmente a França –, a mudança adveio do próprio povo, que fez tudo que pôde para destruir o *Ancién Regime*. Na tradição do *civil law* atribui-se grande valor ao Parlamento, que seria o responsável pelas leis, que tiveram fundamental importância para a Revolução Francesa de 1789.

Não obstante terem trilhados caminhos divergentes – os EUA com a jurisprudência, e a França, e outros países por ela influenciados, com a lei –, se pôde observar que seus fundamentos dialogavam. Os iluministas franceses – Rousseau, Montesquieu, dentre outros – inspiraram-se nos grandes pensadores da *commom law*, como Locke. Embasados nos ideais burgueses iluministas, buscavam um governo que atendesse às necessidades do povo. Queriam uma lei justa, racional, e despida de autoritarismos, transformando, assim, o devido processo legal em cláusula fundamental para a consolidação do Estado de Direito – seja implícita ou explicitamente.

Além de todo o exposto, torna-se notória a importância do período de transição entre a Idade Média para a Era Moderna. Sem dúvidas, é um momento fundamental para que o direito se estruture como ciência de estudo, como setor profissionalizante, como vinculador de normas e, sobretudo, como Instituição. Evidente que não se pode pensar que as transformações deste período são frutos puros e simplesmente do desenvolvimento natural da sociedade. A valorização do

Direito se deu, em grande medida, pelas novas organizações de poder que se instauraram.

A centralização do poder, como se pôde observar, foi ao mesmo tempo fruto da exploração da produção legislativa, e instrumento para a consolidação desta centralização. A busca do poder centralizado nas mãos dos reis – iniciada na Idade Média e atingindo seu ápice com as monarquias absolutistas – muito contribuiu para a organização de uma estrutura judiciária mais consistente, mas ainda assim não foi a única razão para a concretização do Direito. Como a redação do segundo capítulo se procurou demonstrar que a busca de segurança jurídica dos particulares, a racionalização da produção de provas, a redação dos costumes, a produção legislativa, os ensinamentos doutrinários, e as decisões dos tribunais (jurisprudências) são também causas fundamentais para a sistematização e racionalização da estrutura judiciária.

É difícil que se encontre um correspondente exato, naquele panorama histórico do princípio do devido processo legal como hoje entendemos. Entretanto, se observa que a racionalização e sistematização do direito são aspectos cruciais para que se valorize o processo justo e devido. Evidente que existiam normas relativas à forma de aplicação da lei, e até mesmo dos costumes – chamados, à época, de costumes de estilo – mas a produção mais substancial do direito não se vinculava a estas normas. Não havia previsão legal expressa do princípio do devido processo legal, mas não por esta razão se pode descartar que havia preocupação com o procedimento justo.

A questão relativa à submissão das autoridades legislativas ao direito parece ser o mais forte indício de que a tradição jurídica ocidental sempre se preocupou com a primazia do processo devido no âmbito judiciário. Hoje compreendemos os princípios como uma espécie de prescrição superior a lei, como uma norma norteadora da aplicação e constituição do direito, devendo ser observada para que a justiça seja contemplada no setor jurídico. Logo, conclui-se com o pensamento de que muito embora não expreso legalmente como princípio, o devido processo legal apresentou indícios nos tempos mais remotos. Há de se reconhecer a validade deste período histórico, ainda que seja no sentido de entender a importância da sistematização e racionalização do direito para a constituição das garantias constitucionais que hoje contemplamos em nosso ordenamento. Como se observou,

por vezes, estudar a origem deste princípio, implica em analisar a própria consolidação das estruturas jurídicas enquanto institutos.

Além disso, é impossível deixar de notar a validade e importância da Declaração de 1789 para a análise histórica do princípio do devido processo legal. Como se viu, mesmo que não haja previsão expressa deste princípio, diversos artigos da Declaração esbarram na essência do devido processo legal. O contexto histórico de sua proclamação, sem dúvidas, contribuiu para a perpetuação da Declaração com símbolo da luta pela liberdade, igualdade, e justiça.

Como se pode ver, quando a Declaração de 1789 previu que a lei seria expressão da vontade geral, e a separação de poderes, é evidente que se buscou limitar o poder absoluto. Desta maneira, percebe-se a luta para que a lei seja, em certo sentido, razoável e proporcional – chegando ao conceito material do devido processo legal, de forma implícita. Por outro lado, ao prever o princípio da legalidade, e a presunção de inocência, preocupa-se não só com a razoabilidade e proporcionalidade, mas também esbarrou nas garantias processuais que são a maneira pela qual tais princípios podem se concretizar.

Nesse aspecto, pode-se observar que na tradição do *civil law* o caminho que o devido processo legal traçou, perpassa a valorização da lei como estandarte da justiça, confundindo-se, por vezes, com o próprio princípio da legalidade, em seus primórdios. Observa-se que estudar a importância da cláusula do devido processo legal neste sistema, importa em compreender a própria estruturação do direito e do reconhecimento da lei como princípio máximo protetor do ser humano e de seus direitos individuais. Portanto, não há como negar a grandiosidade da Declaração de 1789 para o princípio do devido processo legal, na medida em que ela consagra a validade da lei para o Estado de Direito. Inclusive, por tais razões, esta Declaração irá servir de base para a redação de muitos documentos, inclusive Constituições, que irão marcar o Estado de Direito Ocidental.

Dessa maneira, restou evidenciada a importância e validade do estudo histórico que aqui se postulou. Compreender toda esta estruturação do princípio do devido processo legal por meio da análise tanto do sistema da *commom law*, quanto da tradição da *civil law* só reforçou a ideia de que de alguma maneira, mesmo que por caminhos distintos, foi possível perceber o anseio dos cidadãos por um direito que fosse razoável, racional, justo e devido, de acordo com os termos da lei.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1 ed. São Paulo: Ed MartinClaret, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

BERMAN, Harold J. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira, México: Fondo de Cultura Económica, 1996 (orig. 1983).

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

_____. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL em Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSBAWM, Eric. *A Era das Revoluções 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25 ed. Ed. Paz e Terra, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, Rio de Janeiro: Nau Ed, 1996 (orig. 1973).

_____ *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhate. 35. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. (orig. 1975).

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. António Manuel Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (orig. 1979).

HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições – épocas medievais e moderna*, Lisboa: Almedina, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2012.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade: Um Panorama da Discussão Atual e da Jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

QUINTANA, Fernando. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793 da França: Liberalismo e Democratismo. In: BUZANELLO, José Carlos; GUERRA, Sidney (Org.). DIREITOS HUMANOS: Uma abordagem interdisciplinar. Vol. IV. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala Educacional, 2006

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A Influência das Garantias Constitucionais Processuais na Elaboração e Concretização dos Atos Estatais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011.

STRAYER, Joseph R. *As Origens Medievais do Estado Moderno*. Trad. Carlos da Veiga Ferreira, Lisboa: Gradiva. (orig. 1969)

VILLEY, Michel. *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2009. (orig. 2005).