



Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas
Escola de Ciências Jurídicas

LUISA DE CARVALHO SERFATY

**O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO
DIREITO BRASILEIRO**

RIO DE JANEIRO

2015

LUISA DE CARVALHO SERFATY

**O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito,
apresentada como pré-requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro/UNIRIO RJ.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça

RIO DE JANEIRO

2015

LUIZA DE CARVALHO SERFATY

**O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito,
apresentada como pré-requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro/UNIRIO RJ.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça
(orientador)

Professor(a)

Professor(a)

Dedico este trabalho à minha tia Nana e à minha vó Mídia (ambas in memoria), pelo amor, carinho e dedicação acima de qualquer medida.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por ser a razão de tudo que faço.

Ao meu pai e minha mãe, por sempre acreditarem em mim, por estarem sempre atentos, pelo carinho imensurável, por serem minha fonte de inspiração e tudo para mim.

À Juliana, minha irmã, pela sinceridade e pela força.

Ao Cauê, meu amor, por ser cúmplice, companheiro, por me dar suporte nos momentos mais difíceis, e por me completar com o melhor do amor.

À Laís, pelas longas conversas, pela paciência nos momentos de aflição, e por compartilhar lutas e conquistas.

À Kelly, pelo eterno carinho e amizade.

Ao Lucas, pelo companheirismo, pela confiança e cuidado.

À Clarissa, que mesmo a um oceano de distância é uma amiga incansável, e que ajudou muito a construir este trabalho.

À Mariana, Priscila, Laisinha e Duda, Natalia e Karen, minhas queridas amigas, pelo apoio, pela amizade e compreensão.

À Luana, de quem herdei a linha de pesquisa um dos maiores presentes da Unirio.

Aos meus professores, que me deram o bem mais precioso, o conhecimento.

Agradeço especialmente a professora Claudia Gurgel minha primeira orientadora de pesquisa e que se tornou uma referência e grande conselheira.

A professora Simone Schreiber pela oportunidade da convivência e de tantos ensinamentos que carregarei em meu percurso profissional.

Ao meu querido orientador, pela atenção e suporte, por ter possibilitado este trabalho, sem ele nada disso seria possível, obrigada!

*“De tudo ficaram três coisas...
A certeza de que estamos começando...
A certeza de que é preciso continuar...
A certeza de que podemos ser interrompidos
antes de terminar...
Façamos da interrupção um caminho novo...
Da queda, um passo de dança...
Do medo, uma escada...
Do sonho, uma ponte...
Da procura, um encontro!”*

Fernando Sabino

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. Desta forma, pretende-se estudar momentos fundamentais para a história do direito brasileiro a fim de investigar de que forma este princípio poderia ser compreendido ao longo de nossa história, com ênfase na análise dos textos constitucionais. Inicialmente, será feita uma abordagem acerca da compreensão das origens do devido processo legal, a partir da construção conceitual, advinda, principalmente, da doutrina inglesa e norte-americana, com o objetivo de analisar de que maneira este princípio se desenvolveu e o que ele representava nestes dois ordenamentos jurídicos. Posteriormente, serão analisadas as constituições brasileiras e algumas fontes legislativas, de especial relevância para o estudo do princípio, com o objetivo de verificar se as garantias processuais estavam presentes e em que medida foram responsáveis por construir o conceito moderno do princípio em estudo.

Palavras-chave: Devido Processo Legal; História do Direito Brasileiro; Constituições.

ABSTRACT

The present work aims to approach the due process of law and the resulting procedural guarantees in a historical perspective. In this way, we intended to study the fundamental landmarks in the Brazilian history to investigate how this principle could be found in former constitutions. Initially, we studied the origins of due process, from its conceptual construction, arising mainly from the British and American doctrines, in order to analyze how this principle has developed and what it represented in these two jurisdictions. Later, Brazilian constitutions and some legislative sources will be analyzed in order to understand how the procedural safeguards were present, mainly the due process of law. Therefore, we looked for to analyze the steps involved in the construction of due process of law, specially any subprinciples arising from the principle in question.

Key-words: due process of law; Brazilian law history; Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSE LEGAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO	13
1.1 Sentido processual e substantivo do devido processo legal	19
2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INDEPENDENTE	22
2.1 A legislação vigente na colônia	22
2.2 A independência do Brasil e a Constituição de 1824.....	25
2.2.1 <u>O tribunal do Júri e o Código Criminal do Império: garantias processuais oriundas da Constituição de 1824.....</u>	<u>31</u>
3 A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	39
3.1 A constituição de 1891: A primeira constituição republicana do Brasil.....	40
3.1.1 <u>A doutrina brasileira do Habeas Corpus.....</u>	<u>46</u>
3.2 A Constituição de 1934: uma análise dos princípios e garantias.....	52
3.3 A Constituição de 1937: uma análise dos princípios e garantias.....	55
3.4 A Constituição de 1946: uma análise dos princípios e garantias.....	56
3.5 A Constituição de 1967: uma análise dos princípios e garantias.....	58
4 O TRATAMENTO ATUAL DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO CONSTITUICIONAL BRASILEIRO.....	61
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se originou 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 a Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.

A monografia, ora submetida à avaliação, pretende estudar como as modificações ocorridas no campo do pensamento político e jurídico repercutiram sobre as instituições de direito no Brasil, com o intuito de observar a forma como se deu a introdução do princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro e seu posterior estabelecimento como garantia fundamental, analisar-se-á os textos constitucionais promulgados e outorgados ao longo da história política brasileira.

Neste trabalho, serviram de referencial teórico os estudos clássicos de historiografia jurídica brasileira que têm como objeto uma discussão a respeito das raízes do Direito brasileiro e as transformações por ele experimentadas ao longo do tempo, servindo como exemplo obras de estudiosos como, de Carlos Roberto Siqueira Castro, Nelson Nery Júnior, José Joaquim Gomes Canotilho, Antônio Carlos Wolkmer, Isidoro Martins Júnior, Paulo Bonavides, José Antonio Pimenta Bueno, dentre outros.

Para estabelecer esta reflexão, será realizado um estudo descritivo das instituições de Direito no Brasil, em especial das constituições brasileiras, com objetivo de correlacioná-las com o atual conceito do princípio constitucional do devido processo legal.

A relevância do presente estudo se pauta na importância de compreender as bases do Direito brasileiro, realizando um estudo fundado nos princípios clássicos do Estado de Direito, como o devido processo legal, verificando como se deu a sua construção em termos políticos, sociais e filosóficos ao longo da História e identificar os seus contornos no direito brasileiro.

Este é um trabalho que alia a questão descritiva da historiografia tradicional, com a concepção historiográfica contemporânea, que busca iluminar as causas das mudanças ocorridas nas instituições ao longo da história, em detrimento de uma leitura acrítica das suas características.

Nesta introdução ao estudo, cabe externar alguns objetivos gerais e específicos que nortearam todo o processo de construção e elaboração desta pesquisa, tais como; (i) propiciar reflexão crítica sobre o direito brasileiro, a partir do conhecimento das bases históricas da cultura e das instituições jurídicas e das repercussões desta tradição jurídica no Brasil; (ii) analisar a organização institucional dos sistema jurídico brasileiro e as correntes do pensamento jurídico predominantes nas épocas respectivas, a fim de verificar se há uma correlação temporal entre as tendências de cada momento histórico, com especial ênfase no estudo do princípio do devido processo legal em cada época estudada; (iii) expor o conceito moderno do princípio do devido processo legal e como ele se apresenta na Constituição de 1988; (iv) analisar se estava presente, ou não, o princípio constitucional do devido processo legal, durante as demais constituições brasileiras e quais os indícios do princípio poderiam ser observados.

A metodologia envolve essencialmente uma revisão bibliográfica de autores do campo da História do Direito e de História do Pensamento Jurídico e terá como finalidade precípua a análise dos contornos e das bases filosóficas do princípio do devido processo legal em cada um dos períodos previamente especificados. Também serão levantados documentos legislativos e jurídicos que possuam relevância histórica e estejam ligados ao tema desenvolvido neste trabalho. Deve-se destacar que, como em qualquer investigação de natureza qualitativa, não há aqui um compromisso de estabelecer dados estatísticos ou comparativos, mas buscar na prática e no pensamento jurídico pátrio as matrizes do princípio do devido processo legal.

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, bem como o seu significado para o nosso direito.

O ponto de partida desta pesquisa subsiste na crença de que o estudo histórico do Direito deve ser feito para que se compreenda as instituições em vigor em nosso ordenamento jurídico. 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 inglesa e norte-americana.

Além disso, busca-se analisar o grau de amplitude deste princípio e os subprincípios por ele abarcados. Só assim será possível reconhecer seus indícios nos tempos de outrora tornando o estudo histórico eficaz.

Posteriormente, será feita uma abordagem acerca do momento de passagem da Colônia para o Império. A escolha de análise do período que compreende a transição de momentos históricos importantes se deu em razão de ser possível verificar, neste momento, uma ruptura com a legislação exclusivamente portuguesa para a criação de outra, fruto da independência do país, dando origem à Constituição de 1824. Diversas transformações que se iniciaram com a independência e com a Constituição de 1824 encontram-se consolidadas atualmente, por isso ratifica-se a importância de se estudar essas modificações.

As constituições posteriores, como as de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 que serão analisadas em seguida, também tiveram grande importância na análise histórica do princípio do devido processo legal, algumas marcando grandes avanços na construção do princípio e outras, ao contrário, fazendo contraponto com uma espécie de retrocesso jurídico de sua construção, o que para o estudo também apresenta relevância – e isso justifica a sua seleção.

Por fim, será analisado o conceito moderno do devido processo legal, esculpido no atual texto constitucional de 1988, buscando compreender todas as suas formas e facetas e em que medida os princípios constitucionais construídos nos momentos anteriores tiveram influência sobre o devido processo legal.

No que diz respeito à perspectiva história, é necessário afirmar que, para realizar este estudo, optou-se por uma leitura mais generalizada das movimentações jurídicas e históricas no Brasil. Tal leitura 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 importantes momentos históricos para o Direito brasileiro com a finalidade de observar de que maneira foram tratados eventuais indícios do devido processo legal e de seus adjacentes.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO

Carlos Roberto Siqueira Castro, em seu livro o devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inicia o estudo da origem e evolução do devido processo legal afirmando que se trata de um dos mais antigos e veneráveis institutos da ciência jurídica, traduzindo-se hoje na moderna concepção de legalidade¹.

Segundo renomado processualista Nelson Nery Junior, o princípio constitucional do devido processo legal é um princípio sobre o qual todos os outros se sustentam. Para o autor, a abrangência do referido princípio é o que garante aos litigantes o direito a um processo e sentença justos, sendo portanto gênero do qual todos os demais princípios são espécies².

A origem do instituto advém do direito inglês no século XIII. Sua inclusão no direito medieval inglês tem como primeiro registro a Magna Carta inglesa de 1215, quando se referiu à *law of the land*, não contando ainda com a locução devido processo legal. A carta inglesa decorreu de um processo histórico que tinha como objetivo a manutenção de direitos dos nobres senhores de terras ingleses contra a coroa inglesa³.

Para melhor compreender a sua aparição neste período histórico do direito inglês, interessa observar as palavras Roberto Siqueira Castro, 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 desaguarem, 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.⁴

¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Legalidade. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 5.

² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

³ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Considerações Atuais Sobre o Devido Processo Legal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31933-37309-1-PB.pdf>. Acessado em: 8 de setembro de 2015, p. 3.

⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 8.

Diante das pressões sociais, a nobreza teve que ceder aos termos apresentados pelos barões ingleses em um documento conhecido como Magna Carta de Libertatibus. Segundo Eduardo Kochenborger Scarparo⁵, “com a aposição do selo real, o rei jurou respeito às franquias e imunidades ali esculpidos. Dentre as disposições de preservação de direitos e liberdades da nobreza inglesa, estava o direito da terra, ou, *the law of land*”. 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 land⁶

A partir da leitura desse dispositivo, é possível perceber que se buscou assegurar aos 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.

A declaração da Carta de Libertatibus foi fundamental para o desenvolvimento do constitucionalismo, porque, pela primeira vez, se instituiu limites ao exercício do poder soberano⁷, ainda que, inicialmente, tivesse como objeto manutenção de benefícios e privilégios feudais, já se mostrava como uma forma de imposição, limitadora, aos desmandos da monarquia inglesa.

Com o desenvolvimento do instituto, o *law of the land* passou a englobar um vasto conglomerado de direitos e liberdades que, mais tarde, se estendeu a todos os ingleses. A transformação operou-se no Parlamento Inglês, por atos do Rei Edward III, em 1354, conhecidos como *Statute of Westminster of the Liberties of London*, quando, pela primeira vez, foi adotada a terminologia *due process of law*⁸.

⁵ SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.4.

⁶ Tradução livre da autora: Nenhum homem livre será apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou bens, fora da lei ou exilado ou privado de sua posição por qualquer outra forma, exceto por o legítimo julgamento de seus iguais ou pela lei do país.

⁷ GRINNOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23.

⁸ SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.4.

None shall be condemned without trial. Also, that no man, of estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law⁹

A expressão *law of the land*, com desenvolver histórico deu origem a expressão *due process of law*. Porém, como bem salienta Couture¹⁰, a introdução da nova terminologia representa o desenvolvimento de uma maior proteção jurídica, pois não mais refere apenas a “lei da terra”, mas a um processo legal de modo a garantir a proteção do direito material.

Ao tempo da instituição, no entanto, o *due process of law* detinha influências unicamente no campo penal e de cunho eminentemente processuais¹¹. Mais tarde, o conceito de devido processo legal, enquanto princípio norteador do processo judicial foi-se modificando no tempo e passou a ser identificado como conceito de garantia de legalidade, de sorte que permitiu uma interpretação extensiva, em nome dos direitos fundamentais do cidadão¹².

Em 1610 a revisão judicial dos atos do Parlamento das Cortes de *common law*, foi defendida pelo juiz inglês Edward Coke, quando impediu que o parlamento determinasse que fosse instituído um juiz em causa própria¹³. O Juiz, na ocasião, também definiu devido processo como sendo aquele que consagra “processo e acusação por homens de bem e justos e, conseqüentemente, requer um juízo e prova de culpabilidade do acusado”¹⁴.

Segundo Scarparo¹⁵, o devido processo legal aparece, ainda, em três dos mais importantes diplomas legais ingleses: o Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1679) e o Act of Settlement (1701).

A cláusula do *due process of law*, no entanto, não se restringiu à história do Direito Inglês. A revés, sua expansão para as colônias, em especial para os Estados Unidos, foi de suma importância para evolução do referido princípio. Através do fenômeno da recepção, o direito norte americano foi herdeiro desta garantia constitucional. Certamente, os modelos

⁹ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, APUD RADIN, M. *Handbook of anglo-american legal history*. Saint Paul, 1936, p. 153. Tradução livre do autor: “Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, da classe ou posição social que for, será expulso da terra ou de sua morada, ou levado aprisionado, ou deserdado, ou morto, sem ser trazido à resposta pelo devido processo legal.”

¹⁰ COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 100.

¹¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 34.

¹² NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 65.

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

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 480-481.

¹⁵ SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.5.

ingleses de legislação sofreram modificações em decorrência de sua inserção em diferentes bases culturais. Foi assim, em especial com a cláusula do devido processo legal que passou a ser compreendida e aplicada de forma própria ganhando contornos distintos pela doutrina norte-americana.

Antes mesmo de se tornarem independentes, 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, a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 que declara: “*that no man be deprived of his liberty, except by the law or the judgment of his peers.*”¹⁶, garantindo a resistência dos cidadãos contra eventuais arbítrios das autoridades.

Além da Declaração de Direitos da Virgínia, outros postulados jurídicos como por exemplo, 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, expressavam também, no sentido de garantir aos cidadãos a possibilidade de resistência frente à arbitrariedades do Estado.

Da análise do princípio na história do direito norte americano é possível observar que a resistência a arbítrios das autoridades e do Estado é marca central da relevância deste princípio para os americanos, sendo também sua maior diferença com o conceito de devido processo legal na legislação britânica, que ao revés enaltecia a força do parlamento, enquanto entidade de representação popular.

Segundo Siqueira Castro, a cláusula do *due process of law* nos Estados Unidos da América apresentava maior aplicação jurídico-positiva do que na Inglaterra. No entanto, ainda segundo o próprio autor, existem razões históricas que fizeram com que o *due process of law* fosse incorporado com tamanho vigor pela federação norte-americana, e o porquê de ele ter sido tão aclamado e desenvolvido por sua doutrina e jurisprudência. Vejamos.

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 da monarquia. O Parlamento reluzia, assim, aos olhos de um inglês, como a casa da liberdade e das grandes aspirações da sociedade. Já

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit. p. 13.

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.¹⁷

De acordo com o exposto, é razoável compreender os motivos que levaram os norte-americanos a verem o Poder Legislativo com certa desconfiança, de forma que, para coibir o abuso do poder que detinham, criaram mecanismos para controlá-lo e coibir eventuais irregularidades. Como resposta a esta desconfiança, os Estados Unidos consolidaram o controle judicial da constitucionalidade das leis (judicial review) e o veto presidencial incidente.

A necessidade de criar mecanismo de controle ao Poder Legislativo mostra claramente que os propósitos dos Estados Unidos eram distintos daqueles enfrentados pelos ingleses em suas revoluções burguesas.

A partir dessa distinção de percepções acerca do Parlamento, podemos concluir que o cerne da diferença da aplicação do devido processo legal na Inglaterra e nos Estados Unidos reside no fato de que o primeiro concebeu a legalidade como proveniente da vontade do Poder Legislativo expressa nas leis por ele votadas, já no modelo norte-americano o conceito da legalidade reside na supremacia da Constituição a partir da forma pela qual os juízes e tribunais a declaram. Ainda 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.¹⁸

[...] 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.¹⁹

¹⁷ *ibidem*, p. 15-16.

¹⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

Após analisar brevemente a distinção entre as Declarações de Direito inglesa e norte-americana, cumpre ainda expor de que forma se deu a implementação do *due process of law* na Constituição estadunidense, onde o princípio passou a ter expressa previsão.

Proclamada em 1787, após a conquista da independência, a Constituição norte-americana promulgou suas dez primeiras emendas em 1791. Nesta ocasião, foi consubstanciado 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.²⁰

Mais tarde, foi aprovada a 14ª Emenda em 1896 que, também, se referiu ao devido processo legal. A alteração constitucional tinha por finalidade a extensão dos direitos expressos no *Bill of Rights* a todos indivíduos norte-americanos. Buscava a proteção de minorias contra arbitrariedades de leis e, especialmente, de Constituições Estaduais²¹. A Emenda 14 assegurava que:

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws²²

²⁰ Ibidem, p. 30-31.

²¹ SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.7.

²² Tradução livre da autora: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei que desabrigue os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa em sua jurisdição a proteção igual das leis.”

Pode-se concluir, portanto, que enquanto no direito inglês o devido processo legal simbolizava a vitória do parlamento sobre a monarquia, no direito norte-americano o instituto representou uma conquista da sociedade em face ao Estado, tendo no poder Judiciário um guardião das liberdades e garantias dos cidadãos²³.

Desta forma, é possível verificar que com o desenrolar histórico vão sendo acolhidos pelo devido processo legal, diversas construções principiológicas, o que ensejam a extensão de sua compreensão. Não se pode olvidar o aspecto democrático na concepção americana e inglesa de devido processo legal. Constituindo-se como limitante ao uso do poder de forma arbitrária do legislativo, além de repercutir na indispensabilidade da participação do cidadão no processo.

1.1. Sentido processual e substancial do devido processo legal

Como podemos observar ao logo da breve análise histórica a cerca do referido princípio, o seu conceito foi sendo modificado e interpretado de maneiras distintas ao longo do tempo. Quando instituído no sistema jurídico inglês, em 1215, o *due process* ressaltava seu aspecto protetivo no âmbito do direito penal, tornando-se um princípio de aspecto eminentemente processualístico²⁴.

Em sentido processual, nos ensinamentos de Nelson Nery Júnior, a expressão do devido processo legal alcança os seguintes significados. Vejamos.

“No direito processual americano, a cláusula (procedural due process) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base de ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de perguntar as testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter o defensor no processo perante juízo ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que conta os autos

Além desses elementos essenciais, o princípio do devido processo legal no direito processual americano possui outras consequências adicionais, *verbis*: a) o direito no processo com a necessidade de haver provas; b) o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) o direito à uma audiência pública; d) o direito a transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri; f) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual²⁵.”

²³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit., p. 21.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 65.

²⁵ *ibidem*, p. 69.

De acordo com a concepção originária e adjetiva da cláusula do devido processo legal, esta não visava um questionamento da substância ou conteúdo dos atos do Poder Público. Os Primeiros julgados norte-americanos, por exemplo, aplicavam o referido princípio sob um enfoque unicamente processualístico. A limitação do mérito das matérias jurídicas, em razão da aplicação do devido processo legal só veio acontecer com a formulação da teoria do *substantive process*.

Mais tarde, os países do *common law*, como era o caso dos Estados Unidos, deram uma interpretação mais elástica ao princípio, fazendo-o constar de forma explícita nos diplomas legais. A partir dessas experiências é que, na concepção de Nelson Nery Júnior²⁶, a cláusula do devido processo legal ultrapassou a tutela processual adotando um sentido genérico, para indicar a incidência em seu aspecto substancial, ou seja, atuando no que diz respeito ao direito material. Para o referido autor:

A origem do substantive *due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana do final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for razoável (...) é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário²⁷.

Ainda em seu sentido substantivo, para Siqueira Castro, o *substantive processo of law* traduz-se como eixo entre o princípio da legalidade e o da razoabilidade para o controle da validade dos atos normativos e das decisões estatais, analisando não apenas questões processuais, mas também o mérito. Ganhando essa nova faceta, para o referido autor, o princípio passou a ser mais eficaz em seu propósito, qual seja, “amoldar a ordem jurídica dos mutantes anseios de justiça prevalentes em cada tempo e lugar”²⁸.

Diante do exposto, é possível concluir que o princípio do devido processo traduz-se na efetiva possibilidade de viabilizar o acesso à justiça, o julgamento justo e os direitos individuais que cada litigante tem no decorrer de seu processo judicial, preservando até então direitos fundamentais, entendidos hoje como de primeira geração, tais como liberdade e mais tarde a igualdade. Nas palavras de um estudioso do devido processo legal, Carlos Roberto de Siqueira Castro:

²⁶ Ibidem, p. 65.

²⁷ ibidem, p. 68.

²⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, op. cit., p. 21.

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 inexcedível 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 permanência²⁹.

No Direito Brasileiro, podemos adiantar, que diferente do que ocorreu nos países anglo-saxões, o devido processo legal possui compreensão doutrinária historicamente voltada ao âmbito formal. Outro aspecto relevante ao estudo da sua história no Brasil é a sua vinculação originária ao Processo Penal, como veremos no decorrer deste trabalho, analisando, também, a evolução do princípio nas diferentes constituições brasileiras.

Portanto, esclarecida a trajetória do devido processo legal traçada pela doutrina inglesa e norte-americana, que acabou por fazer deste princípio uma das garantias mais expressivas e fundamentais do Direito. 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 do direito brasileiro, que serão estudados nos capítulos seguintes. 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.

²⁹Ibidem, p. 3.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INDEPENDENTE

2.1 A legislação vigente na colônia

Durante o período colonial no Brasil as fontes legislativas que se aplicavam eram as Ordenações do Reino, também conhecidas como Ordenações Filipinas, legislação portuguesa datada de 1603. Mas nem sempre sua aplicação no Brasil foi muito rigorosa, especialmente antes da chegada da corte portuguesa, em 1808, quando até então o Brasil era visto apenas como colônia de exploração e lugar aonde os condenados portugueses cumpriam suas penas.

Antes da chegada da família real não havia efetiva aplicação da legislação portuguesa, isso porque todo o poder, legislativo, executivo e judiciário estava concentrado na figura dos donatários, reunindo-se neles toda a competência do Estado. Na prática havia dois Tribunais de segunda instância na colônia, mas a aplicação da legislação no dia-a-dia ficava, de fato, a cargo desses senhores de terras, que efetivamente ditavam as leis por aqui.

Com a chegada da família real na colônia, reformulou-se a estrutura do poder judiciário no Brasil quando foi possível observar o fenômeno apontado por Wolkmer de “alargamento do quadro de funcionários e autoridades da justiça”³⁰. Além dos tribunais, juízes e desembargadores era possível ver com mais clareza a aplicação da legislação portuguesa nas cortes recursais e na justiça de primeira instância, tendo por base, principalmente, as Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas adotavam um critério de segregação nas penas, variando de acordo com a qualificação das pessoas, um tipo de pena para as pessoas comuns e outro para as “de maior qualidade”, conforme o exemplo abaixo, colhido por Flávia Lages Castro³¹.

“E o homem, a que for provado, que tirou alguma freira de algum Mosteiro, ou que ela pelo seu mando e indução se foi a certo lugar, donde assim a levar, e se for com ela, se for peão, morra por isso. E se for de maior qualidade, pague cem cruzados para o Mosteiro, e mais será degredado para sempre para o Brasil³².”

³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos da história do direito. 3 ed. Belo Horizonte 2006, p. 52.

³¹ CASTRO, Flávia Lages. História do Direito Geral e do Brasil. 10. ed. Lumen Juris, 2013, p. 290.

³² Ordenações Filipinas, Livro V, título 15. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

O Direito Penal, nas Ordenações Filipinas encontravam-se no Livro V da codificação, e tem como característica marcante a dureza das punições, pela frequência com que era aplicada a pena de morte e pela maneira pela qual a executavam, sendo esta uma punição comum naquele ordenamento. Importante destacar que as mortes cruéis ficavam a critério do juiz, de forma que não havia na legislação clareza na aplicação da pena, representando, portanto, uma total ausência da concepção de devido processo legal e da concepção de regras processuais para um procedimento justo, tal qual no mesmo período já era observada na Inglaterra com a cláusula do *due process of law*.

A ausência de procedimentos previamente estabelecidos, também ficava estampada nos casos de torturas para obter confissões, nos quais poderia o juiz, nos casos em que entendesse necessário, mostrando o subjetivismo do texto legal, aplica-las durante o processo.

Neste Código também estava prevista a transmissão da pena de alguns crimes aos herdeiros do condenado³³ Para alguns delitos estava previsto nas Ordenações a chamada pena crime arbitrária, ou seja, aquela que ficava ao talento do julgador fixar, conforme "lhe bem e direito aparecer, segundo a qualidade da malícia, e a prova, que dela houver"³⁴.

Assim como no processo penal, as leis processuais cíveis localizadas no Livro III das Ordenações Filipinas, davam ao julgador grande poder inquisitório e de atuação no processo. Em muitos casos, não havia obrigação de fundamentar a decisão judicial, o que nos leva a crer que a distância entre as garantias processuais modernas, como o caso do princípio estudado, ainda eram evidentes. Para ilustrar é possível apontar alguns títulos da codificação que possibilitavam. Vejamos.

“Título XXXII: Em que casos poderá o Juiz constringer as partes, que respondam as perguntas que lhes fizer em juízo. Todo o Julgador pode e deve no começo da demanda, antes que a lide seja contestada, de seu ofício, ou à petição da parte, fazer perguntas às partes, quaes lhe bem parecer, para boa ordem do processo, ou para a decisão da causa, segundo vir que o feito requer. E podel-as-ha constringer, que responda, as ditas perguntas, podendo-lhes pena de dinheiro ou havendo-as por revéis presentes, e procedendo contra ellas no feito á sua revelia, segundo lhe bem parecer, e a qualidade do feito requerer, se não quizerem responder as perguntas (...)”³⁵

³³ Ordenações Filipinas, livro V, título 26, op.cit.

³⁴ Ordenações Filipinas, livro V, título CXXVIII, § 1º, op. cit.

³⁵ Ordenações Filipinas, livro V, título XXXII, op. cit.

É possível destacar, ainda na seara do processo civil que estavam presentes nas Ordenações algumas possibilidades de recursos das decisões dos juízes de primeiro grau, que tinham como objetivo a revisão dessas decisões pelos tribunais superiores da época. O Título LXV, por exemplo, descreve as espécies de sentenças interlocutórias que podem ser revogadas, os Títulos LXV à LXXI tratam do recurso de apelação, enquanto que o título LXXXIV refere-se aos “Agravos de sentenças definitivas”, presentes, também no Título LXXXVII a figura dos embargos à execução³⁶.

As Ordenações Filipinas, segundo Loren Dutra Franco, apresentaram algumas modificações em matéria processual³⁷. Especificamente no Brasil, destacaram-se:

“os regimentos da Relação da Bahia (o de 25 de setembro de 1587 e o de 7 de março de 1609), do capitão-mor da Paraíba (9 de maio de 1609), dos provedores-mores (10 de dezembro de 1613), da Ouvidoria do Rio de Janeiro e Minas (5 de junho de 1619), da Ouvidoria Geral (14 de abril de 1628), dos capitães-mores e ouvidores (contidos no mesmo Regimento do ouvidor-geral de 14/4/1668), do ouvidor da Capitania Independente do Maranhão (alvará de 7 de novembro de 1619), além de leis referentes a índios e a estrangeiros”³⁸.

De toda forma, tendo em vista que se pretende com o aludido trabalho é a verificação do princípio do devido processo legal, e as garantias processuais dadas às partes, como por exemplo, o julgamento justo e igualitário com atos e decisões devidamente motivadas, é possível assegurar que na vigência destas ordenações ainda não é possível vislumbrar o devido processo legal nos dispositivos legais estudados.

A análise destas questões é de extrema relevância para compreender a conjuntura histórica na qual se iniciou a construção de um direito, que ainda que não fosse brasileiro, representa a origem do nosso ordenamento. Por outro lado, entender este contexto e a forma como as leis e codificações eram utilizadas na colônia é pertinente para que seja compreendida a sua efetiva aplicação e influência para aquela sociedade.

³⁶ Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

³⁷ FRANCO, Loren Dutra. Processo civil: origem e evolução histórica. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna, n.2, abr. 2005. Disponível em: http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_2002.pdf. Acessado em 5 de outubro de 2015.

³⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Moderno direito processual civil do Brasil e Portugal. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 7, n. 601, 2009. Disponível em: <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2005/1-1246645778.PDF>. Acessado em 05 de outubro de 2015.

As mudanças mais significativas em matéria processual ocorreram com a Constituição de 1824, que inovou no ordenamento jurídico local trazendo um rol de garantias e direitos aos cidadãos, como veremos a seguir.

2.2 A independência do Brasil e a Constituição de 1824

Superada a problematização da variante do Direito Português para o Brasil Colônia, e a consequente regulamentação da legislação portuguesa e consolidação de um estatuto normativo, torna-se imperioso refletir sobre a historicidade da formação de uma cultura jurídica nacional que se fez necessária e que se impôs a partir da independência do país, em 1822.

Trata-se de apreciar de que maneira o liberalismo acabou constituindo-se bem como de que forma suas diretrizes se manifestaram na criação e construção de um arcabouço legal positivo, durante o Império. Há de se considerar, primeiramente, a natureza, a especificidade e as contradições desse liberalismo e, posteriormente, sua presença e contribuição na edificação da ordem nacional e na profissionalização dos agentes jurídicos.

A nova ordem, após a independência, trouxe também a primeira Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, sobre a qual se pretende analisar a evolução jurídico-legislativa, para verificação da evolução do princípio do devido processo legal ao longo da história do direito brasileiro.

Para tanto, se faz necessária uma análise acerca do texto constitucional, bem como das inovações legislativas que foram capazes de mudar os parâmetros de justiça e processo judicial, ocorridas sob a influência do liberalismo europeu, que também inspirou o texto da primeira constituição brasileira.

Após a proclamação da independência era imperioso formar uma nova ordem jurídica, que fundamentava o Estado de Direito. Desse modo, em 1824 fora outorgada a primeira Constituição brasileira. De acordo com Juliana Maria Simão Samogin, a carta teve forte influencia da Revolução Francesa e Norte Americana, o que significa dizer fortes traços do liberalismo em sua essência³⁹.

³⁹ SAMOGIM, Juliana Maria Simão. Direitos Individuais na Constituição de 1824. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1427/1363>. Acessado em 08 de outubro de 2015, p.1.

Segundo Celso Ribeiro Bastos⁴⁰, o rol de direitos individuais nela inserido traduziu-se no que havia de mais moderno na época, direitos e liberdades individuais que se seguiram nas demais Constituições Republicanas. Dentre os direitos individuais, os de liberdade, igualdade, propriedade e segurança, que tinham suas barreiras nos conteúdos social e cultural inerente à época.

Os ares do liberalismo davam, de certa forma, a esperança de uma realidade fática mais compatível com aqueles preceitos, principalmente no que se refere aos direitos políticos e civis do cidadão. Contudo, seu texto constitucional não reproduziu de fato a realidade, pois embora aparentasse tal perfil liberal, havia uma forte perspectiva absolutista⁴¹.

Para Paulo Bonavides⁴²:

“A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo as graves sequelas do absolutismo; a segunda, dirigida para o presente, efetivando, em parte e com bom êxito, no decurso de sua aplicação, o programa do Estado Liberal; e uma terceira, à primeira vista desconhecida e encoberta, pressentindo já o futuro [...]”.

Nas palavras de Marcus Filipe Freitas Coelho⁴³, “a redação do texto constitucional instituiu um Estado unitário, uma Monarquia hereditária, constitucional e representativa, com a separação quadripartite de poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador) e um catálogo de garantias políticas e civis do cidadão”.

Como forma de governo, a constituição de 1824 estabelecia em seu artigo 1º que, “*O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha à sua Independencia.*” O seu território dividia-se em Províncias

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2, p.285.

⁴¹ COELHO, Marcus Filipe Freitas. A carta constitucional de 1824: por que se pode armar que esta constituição tinha os olhos voltados tanto para o passado quanto para o futuro?. Disponível em: http://www.direitosbc.br/Data/Sites/2/arquivos_servidor_fdsbc/revista_caderno/volume_10_2013/08_carta_constitucional.pdf. Acessado em 08 de outubro de 2015, p.5.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Política e Constituição: Os Caminhos da Democracia, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.15.

⁴³ COELHO, Marcus Filipe Freitas, op. cit., p.5.

(art. 2º)⁴⁴ e tinha como forma de Governo a Monarquia hereditária, constitucional e representativa (art. 3º)⁴⁵.

A Constituição consagrou o princípio da separação dos poderes, reconhecendo em seu artigo 10⁴⁶ a existência de quatro poderes: legislativo, moderador, executivo e judicial. Os representantes da Nação eram o Imperador e a Assembleia Geral (artigo. 11)⁴⁷, cabendo a esta o poder legislativo (artigo. 13)⁴⁸. A Assembleia Geral funcionava por legislaturas de quatro anos, tendo cada sessão anual a duração de quatro meses (artigo. 17)⁴⁹. As reuniões da Assembleia eram em princípio públicas (artigo. 24)⁵⁰ e as suas deliberações tomadas por maioria absoluta de votos dos membros presentes (artigo. 25)⁵¹.

Ao Imperador cabiam os poderes moderador e executivo. O poder moderador traduzia-se, segundo artigo 98⁵² da Constituição de 1824, na “*manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos*”. Este poder permitia ao Imperador intervir nos outros poderes, de modo a assegurar o seu normal funcionamento.

A Constituição Imperial de 1824, inquestionavelmente esquematizou um rol de direitos civis e políticos que segundo artigo 179⁵³ tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade⁵⁴. Neste domínio, para além de outros, destacam-se: a proibição de leis com efeitos retroativos (inciso III); a liberdade de expressão (inciso IV); a liberdade de culto (inciso V); a obrigação de comunicação, a detidos preventivamente, do motivo da detenção, nome do denunciante e testemunhas (inciso VIII); o principio da igualdade (inciso XIII); a abolição do uso de açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis; o direito de petição (inciso XXX); a proibição da suspensão da Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais (incisos XXXIV e XXXV)⁵⁵.

⁴⁴Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ SAMOGIM, Juliana Maria Simão, op. cit., p.5.

⁵⁵SILVA, Maria de Fátima Araújo. As Constituições do Brasil. Disponível em: <http://www.fatimaaraujo.com/pdfs/constbrasil.pdf>. Acessado em 10 de outubro de 2015, p.10.

Ainda, no art. 179⁵⁶ já estavam arroladas garantias individuais constitucionais, inclusive processuais, que se mostraram como verdadeiro avanço legislativo, apontando para uma realidade jurídica bem distinta daquela que podia ser vista na vigência das Ordenações Filipinas, aonde a ausência de garantias e regras de procedimento eram evidentes.

Art. 179 – “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar aos Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Percebe-se pela leitura dos incisos, influência dos princípios de defesa penal prévia (VIII) – necessidade de culpa formada –, de igualdade perante a lei (XIII) – embora o dispositivo denote cunho de direito material – e de Juiz Natural – em decorrência da necessidade do julgamento pelo juiz competente (XI).

Nas palavras de Eduardo Kochenborger Scarparo, “Daí já decorrem algumas garantias processuais, nas quais se encontra o embrião da cultura processual brasileira. A leitura denota que, à época, se pensava nesses direitos basilares processuais como correlatos dos direitos de defesa penal, característica com marcantes repercussões histórico-jurídicas”⁵⁷.

Quanto aos outros direitos mencionados, da mesma sorte, apontam para a introdução de uma série de garantias de direitos fundamentais e processuais para o cidadão da época, que já representavam um avanço na mentalidade do legislador, abolindo o uso de açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis; o direito de petição, que passam a dar um norte mais promissor ao que mais tarde faria parte do princípio constitucional do devido processo legal.

⁵⁶ Constituição Política do Império do Brasil de 1824, op. cit.

⁵⁷ SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.10.

Pimenta Bueno⁵⁸ traduz os direitos individuais previstos na constituição de 1824 como:

[...] naturais, primitivos, absolutos, primordiais ou pessoais do homem, são, como já indicamos, as faculdades, as prerrogativas e morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade, são propriedades suas inerentes à sua personalidade, são partes integrantes da entidade humana.

A Constituição de 1824 elencou um rol expressivo a respeito da inviolabilidade dos direitos de cada cidadão, como por exemplo, da segurança pessoal e da prisão; da fiança ou livramento sem prisão; da ordem de prisão; da abolição de penas arbitrárias e juízos de comissão; da garantia proveniente da independência do poder judiciário; da garantia ou justiça das leis civis e criminais; da abolição das penas cruéis; da personalidade dos crimes e das penas; das garantias relativas às casas de prisão e do direito de defesa ou resistência⁵⁹, proteção do domicílio contra as ações do Estado proteções ligadas ao processo penal, igualdade formal, igualdade de acesso a cargos públicos, abolição de privilégios, direito de propriedade, entre outros.

Apesar da forte influencia das ideias liberais a Carta de 1824, como já adiantado, tinha, concomitantemente, forte conteúdo absolutista e, portanto, excessivo peso político do Imperador, uma vez que era ele o detentor do Poder Moderador, demonstrando autoritarismo e concentração de poder⁶⁰.

No que se refere ao Poder Moderador, a lição de Paulo Napoleão Nogueira da Silva⁶¹, “[...] é preciso ter em conta a natureza do cargo de Chefe de Estado nas monarquias, nas quais o respectivo acesso não se faz pela via político-administrativa”.

Ainda nas palavras do autor:

“Por esse motivo, há de se considerar uma certa reserva da Carta Monárquica de 1824 em impulsionar ideais, fossem eles revolucionários ou progressistas, no âmbito dos princípios de direitos

⁵⁸BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958, p.380.

⁵⁹SAMOGIM, Juliana Maria Simão, op. cit., p 5.

⁶⁰ibidem, p 3.

⁶¹SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996., p.180.

e garantias fundamentais. O que se percebe é um misto entre os traços liberais e o autoritarismo atribuído ao Imperador.”

Analisando com maior profundidade, nota-se que o texto constitucional convivia tanto com uma perspectiva absolutista, como com as práticas liberais traduzidas em um rol extenso de garantias e direitos que, muitas vezes, por sua essência, colidem com a concepção autoritária vinda do poder moderador.

Para Joaquim Nabuco, a questão constitucional deve ser analisada sob a ótica da concentração de poderes ao chefe do Estado, por meio da instituição do Poder Moderador.

Antes de tudo, o Reinado era o Imperador. Decerto ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às reformas do sistema parlamentar, mas como ele só é arbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministérios, o poder é praticamente dele⁶².

Para alguns autores, como Silveira⁶³, com a contradição entre a liberalidade do texto constitucional e da forma de estado que a Constituição definia, tinham como responsável a inexistência de um Poder Judiciário independente das rédeas deste Poder Moderador, para ele ainda não é possível “falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal”.

Concordamos com o fato de que à constituição faltava normatividade de alguns desses direitos, e em muitos casos a efetivação desses direitos não era percebida, não reproduzindo, de fato a realidade. Algumas garantias previstas, como por exemplo, a abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e extinção de todas as penas cruéis não foram observadas, segundo Coelho⁶⁴, pois ainda em meados de 1886 a prática de castigos bárbaros aplicadas nos escravos continuava à revelia de todas as garantias mencionadas.

Desta forma, entende-se que, embora não fosse possível o confronto de eventuais arbitrariedades cometidas pelo então Poder Moderador com as garantias estabelecidas na Constituição Imperial, encontrava-se no texto o gérmen dos fundamentos do processo brasileiro. Isso porque, não é somente a realidade política que determina a compreensão do sistema de garantias. Observa-se que, embora ausente a força política autônoma e suficiente do Poder Judiciário para coibir afrontas, não se pode cogitar a inexistência das garantias do

⁶² NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro:1997, 2 v., p. 1086.

⁶³ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: 2001, p. 32.

⁶⁴ COELHO, Marcus Filipe Freitas, op. cit., p.6.

cidadão, pois decorrem da declaração constitucional. Os direitos não se esboroam pelo fato de ser impossível a sua exigência. À época, os direitos, embora existentes, não possuíam corolários de garantia, em decorrência da falta de um poder independente a assegurá-los efetivos.

2.2.1 O tribunal do júri e o código criminal do império: garantias processuais oriundas da constituição de 1824

A criação do Júri brasileiro teve sua origem ainda na época do Brasil-Colônia, com a intervenção do Príncipe Regente. Para Ary Azevedo Franco⁶⁵, "coube ao príncipe regente D. Pedro de Alcântara, por influência de José Bonifácio de Andrade e Silva, a instituição do Júri no Brasil, pelo ato de 18 de junho de 1822, criando juízes de fato para o julgamento de abuso de liberdade de imprensa".

A Constituição de 1824 trouxe em seu texto a previsão do Tribunal do Júri na parte relativa à organização do "Poder Judicial", em seu capítulo único, do título 6º, expressamente passou a prever o Júri como órgão competente para julgar as ações cíveis e criminais⁶⁶, conforme disposto no artigo 151⁶⁷, ora transcrito:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

O artigo 152⁶⁸, da Constituição disciplinava a competência de juízes e jurados, conferindo aos jurados o poder de julgar os fatos, condenando ou absolvendo o réu; e aos juízes a tarefa de aplicar a lei. Desta forma, competia ao jurados fazer a análise dos fatos e pronunciar o seu veredicto e, caso concluíssem pela condenação do réu, caberia agora ao juiz estabelecer a sua pena, promovendo, assim, a aplicação da lei penal.

A Lei de 20 de setembro de 1830 apresentou algumas mudanças no procedimento do Júri, instituindo o Júri da Acusação e o Júri do Julgamento. A partir de então, somente depois que o Conselho de Acusação, composto por vinte e três jurados, decidia pela pronúncia do réu

⁶⁵ FRANCO. Ary Azevedo. O Júri e a Constituição de 1946. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 11.

⁶⁶ SILVA. Franklyn Roger Alves. História do Tribunal do Júri – Origem e Evolução no Sistema Pena Brasileiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6373b58b-39ec-4648-8fed-837e155b76ff&groupId=10136. Acessado em 12 de outubro de 2015. p. 20.

⁶⁷ Código Criminal do Império do Brasil de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

⁶⁸ Idem.

é que se formava o Conselho de Sentença, naquele período composto por doze jurados, os quais tinham a função de condenar ou absolver o réu⁶⁹.

Ao Júri de julgamento cabia julgar a admissibilidade da acusação. O Juiz de Direito, após ouvir a acusação e a defesa, bem como testemunhas e tomar ciência das provas, ao final entregava a denúncia ao presidente do Júri. O conselho de jurados, composto pelos Juízes de Fato, se reunia para decidir, por maioria absoluta, se “achou ou não achou matéria para acusação”⁷⁰.

De acordo com os artigos 24 a 36⁷¹ da Lei de 20 de setembro de 1830, o processo seguinte era reunir o júri de julgamento para que fossem ouvidas as alegações das partes, das testemunhas, sendo esta a fase de produção de provas em juízo. Ao final da sessão os Juízes de Fato, jurados, se reuniam em sala fechada e deliberavam, acerca da culpa do réu⁷².

Em novembro de 1832 foi editado o Código de Processo Criminal, que no que diz respeito ao Tribunal do Júri, ampliou sua competência. Lise Anne de Borba⁷³, em sua monografia sobre o tema em análise, destaca que:

O Código Criminal do Império deu à instituição do Júri uma abrangência exagerada. Segundo o estabelecido neste Código, em cada distrito havia um juiz de paz, um escrivão, oficiais de Justiça e inspetores de quarteirão. Em cada termo encontrava-se um juiz municipal, um promotor público, um escrivão das execuções, oficiais de justiça e um Conselho de Jurados. No entanto, poderiam reunir-se dois ou mais termos para formação do Conselho, sendo que a cidade principal seria aquela que proporcionasse maior comodidade para a realização das reuniões.

A mudança foi significativa, pois, a partir daquele momento estavam extintas quase todas as formas de jurisdição ordinária, restando somente o Senado, o Supremo Tribunal de Justiça, as Relações, os juízes militares, que tinham competência unicamente para crimes militares, e os juízes eclesiásticos, para tratar de matéria espiritual. Havia, ainda, os juízes de paz, aos quais cabiam os julgamentos das contravenções às posturas municipais e os crimes a que não fosse imposta a pena de multa de até cem mil-réis, prisão, degredo, ou desterro até seis meses.

⁶⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves, op. cit., p.20

⁷⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁷¹ Código Criminal do Império do Brasil de 1830, op. cit.

⁷² FRANCO, Ary Azevedo, op. cit., p.9 .

⁷³ BORBA, Lise Anne de. Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2695>>. Acesso em: 04 de outubro 2015.

O Código Criminal do Império, conforme mencionado, também estabeleceu um procedimento de julgamento e de regras processuais para que fosse possível chegar a uma sentença.

Segundo Roberto Luiz Pereira⁷⁴, o Código de Processo Criminal, de 1832, ampliou sobremaneira a competência do Tribunal do Júri, restringindo a atividade do juiz de direito a praticamente só presidir as sessões do júri, orientar os jurados e aplicar a pena. A instituição do tribunal popular, no Brasil, ganhou então os contornos que sempre possuiu o júri nos países da *common law*⁷⁵.

Os artigos 235 ao 241⁷⁶ do referido diploma legal, traziam os atos preparatórios para a formação do primeiro Conselho de Jurados, cuja meta vinha prevista no artigo 236⁷⁷:

“No dia seguinte ao do recebimento da participação do juiz de direito, o presidente da Câmara Municipal, em presença dos demais membros dela, que se acharem na cidade, ou vila, na sala das sessões respectivas, e a portas abertas, extraíndo da urna dos jurados sessenta cédulas anunciará logo por editais a referida participação, convidando nomeadamente a comparecerem os jurados, que as sessenta cédulas indicarem, e declarando que estes irão servir durante a próxima sessão judiciária; e devem assim como todos os interessados comparecer no dia assinalado, sob as penas da lei, se faltarem. As sessenta cédulas serão fechadas em urna separada”⁷⁸.

As regras processuais do Tribunal do Júri, influenciadas pelo liberalismo que deu origem a própria constituição de 1824, também elencou uma série de procedimentos e garantias de defesa do acusado, o que evidencia o caráter inovador deste instituto, aproximando-o do conceito apresentado no capítulo anterior de devido processo legal em sentido processual.

Reforçando esta tese, vale ressaltar o fato de a legislação afirmar a igualdade dos cidadãos perante a justiça criminal, quando no artigo 257⁷⁹ afirma: “*Nenhum privilegio isenta a pessoa alguma (excepto aquellas que tem seus Juizes privativos expressamente designados*

⁷⁴ PEREIRA, Roberto Luiz. A Instituição do Júri e seus 184 Anos de História. Revista Eletrônica de Direito da UCB. Disponível em: http://www.castelobranco.com.br/sistema/novoenfoque/revista_eletronica_de_direito_da_UCB. Acessado em 15 de outubro de 2015, p. 137.

⁷⁵ FRANCO, Ary Azevedo, op. cit., p.37.

⁷⁶ Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem.

na Constituição) de ser julgada pelo Jury do seu domicílio, ou do lugar do delicto”, muito semelhante as primeiras cláusulas do *due process of law* na Inglaterra, onde a igualdade foi o berço para a construção histórica do princípio.

Na fase de acusação, os jurados se reuniam para verificar a existência de indícios de materialidade que pudessem dar prosseguimento à acusação (artigo 244⁸⁰) e, pelo voto da maioria absoluta ficava estabelecido se o processo que seria submetido a julgamento. Nos casos em que o Júri de Acusação entendesse que o réu deveria ir á julgamento, o artigo 252⁸¹ do referido diploma legal estabelecia que nesses casos: “Se a decisão for afirmativa, a sentença declarará que há lugar para formar-se a acusação, e ordenará custódia do réu, e o sequestro nos impressos, escritos, ou gravuras pronunciadas, havendo-as”.

Nesse momento procedimental, que implicava a continuação da decisão do primeiro conselho de jurados, era feito libelo-crime acusatório, exposição detalhada dos fatos ocorridos e, também a notificação do acusado, para que esse comparecesse à mesma ou à próxima sessão dos jurados (artigo 254⁸²).

O conselho de julgamento, ou Júri de Sentença era formado por 12 jurados que deveriam prestar o mesmo juramento feito pelo primeiro conselho (artigo 259⁸³). Em segundo momento dava-se início ao interrogatório do réu. As testemunhas, segundo artigo 262⁸⁴ podiam ser inquiridas tanto pela defesa quanto pela acusação.

Após, ouvidas as testemunhas abria-se a oportunidade de o advogado do réu apresentar a defesa do acusado, nos moldes do artigo 263⁸⁵: “*Findo este acto, o Advogado do réo desenvolverá sua defesa, apresentando a Lei, e referindo os factos, que sustentam a innocencia do réo, deduzidos em artigos succintos, e claros.*”

Do artigo 264 ao 269⁸⁶ o legislador estabeleceu um série de atos que permitiam que tanto a defesa quanto a acusação pudessem arguir replicar verbalmente o depoimento das testemunhas assim como podiam requerer a formulação de uma nova pergunta às testemunhas já inquiridas (artigo 265⁸⁷). Era possível, também, alegar a falsidade de alguma prova que tivesse sido produzida ou anexada ao processo, de forma que cabia ao Juiz de Direito, nessa

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

ocasião, examinar essa questão incidente sumariamente e verbalmente (artigo 266⁸⁸). Ao fim da instrução cabia aos jurados responder aos quesitos do artigo 269⁸⁹:

“Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possível toda a matéria da acusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes:

§1º Se existe um crime no fato, ou objeto da acusação?;

§2º Se o acusado é criminoso?;

§3º Em que grau de culpa tem ocorrido?;

§4º Se houve reincidência (se disso se tratar)?;

§5º Se há lugar para indenização?”

Pela análise das formas e procedimentos apresentados fica clara a intenção do legislador em organizar os procedimentos, informando os passos a serem seguidos durante a instrução do julgamento, o que de certo traz ao réu uma garantia do seguimento daquele rito processual, sendo também uma forma de assegurar que o julgamento não seria feito a critério da autoridade judiciária, como outrora era costumeiro no Brasil.

O Código Criminal do Império (1830), portanto, substituiu o Livro V das Ordenações Filipinas. É considerada como a primeira Lei nacional de cunho notadamente iluminista, de sorte que acresceu a legislação garantias ao homem comum. Ficou estabelecido no texto que a justiça seria garantida a todos os cidadãos, sem fazer distinção em razão de classe social, o que de certo aponta o surgimento de princípios vistos no texto constitucional atual (1988) como por exemplo princípio da equidade e do acesso a justiça, que são considerados pela doutrina moderna como subprincípios do devido processo legal. Daí faz-se um parêntese na exposição do tema para apontar que, mesmo que ao longo do estudo não seja perfeitamente visível o princípio estudado é nítido que se caminha, dentro de uma narrativa pela perspectiva histórica, para avanços legislativos que levam ao seu surgimento definitivo.

Em seu processo legislativo a discussão sobre a permanência ou não da pena de morte foi latente. As correntes liberais no parlamento eram contra a pena de morte, enquanto os

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

conservadores entendiam que a mesma era necessária ao ordenamento jurídico. Por pequena maioria, e em parte, venceram os conservadores⁹⁰.

A pena de morte debatida no parlamento estava prevista em todos os projetos apresentados, sendo considerada necessária pelas Comissões, a ser utilizada de forma excepcional:

“a Comissão desejou suprimir a pena de morte, cuja utilidade, raríssimas vezes, compensa o horror causado na sua aplicação, principalmente no meio de um povo de costumes doces, qual o brasileiro; porém o estado atual da nossa população, em que a educação primária não pode ser geral, deixa ver hipóteses em que seria indispensável: tendo a consolar-se desta triste necessidade com a providência da lei, que proíbe a execução de tal pena, sem o consentimento do Poder Moderador, que seguramente o recusará quando convier a substituição⁹¹”.

Em sua primeira parte, o Código Criminal trata dos crimes das penas. Cuida dos crimes e dos criminosos; dos crimes justificáveis; das circunstâncias agravantes e atenuantes dos crimes; da satisfação (do dano); da qualidade das penas. Já a parte II engloba crimes públicos, aqueles contra a existência política do Império; contra a independência; integridade e dignidade da nação; contra a constituição e a forma de governo; contra o chefe de governo; contra o livre exercício dos poderes políticos; contra a segurança interna do império; da insurreição; da resistência; da tirada de presos da Justiça e arrombamento de cadeias; da desobediência; da prevaricação; abusos e omissões de funcionários públicos; da falsidade; dos crimes contra o tesouro público, dos crimes contra a propriedade; além dos crimes policiais.

Em seu primeiro artigo estabelece-se o princípio da legalidade, prevendo que “não haverá crime ou *delicto* sem uma lei anterior que o qualifique”. O artigo 2º⁹² dispõe sobre o que vem a ser crime ou delito, cuidando da ação, omissão, tentativa, abuso de poder e ameaça. Já o artigo 3º⁹³ entende por firmar a noção da necessidade do dolo para a prática criminosa: “não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de provocar”.

Tratou com cuidado das circunstâncias agravantes e atenuantes, elementos de gradação da pena (artigos 18,19 e 20), dando ao Juiz o condão de melhor dosá-la. Quanto às

⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes da Constituição de 1824 e no código criminal do império. Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 32. Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 179.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. O centenário do Código Criminal. RT, n.77, ano XX, 1931, p.425.

⁹² Código Criminal do Império do Brasil de 1830, op. cit.

⁹³ Idem.

penas, enumeravam-se várias classes distintas: de morte (artigos 38 a 43); de galés (artigos 44 e 45); de prisão com trabalho (artigos 46); de prisão simples (artigo 45); de banimento (artigo 50); de desterro (artigo 52); de multa (artigo 55); de suspensão do emprego (artigo 58); de perda do emprego (artigo 59); de açoites (artigo 60)⁹⁴. Ganhou a noção de punição, assim, novos espectros. Observa-se, portanto, que a punição deixou de ser unicamente física e passou a ter na pena de prisão seu foco principal⁹⁵. Outras penas também passaram a ser aplicadas, até mesmo como alternativa à prisão, como era o caso das de multa, suspensão ou perda do emprego⁹⁶.

Mesmo que trazendo alguma inovação quanto às modalidades de punição, e uma suavização das penas em relação ao período anterior, de todo modo as penas ainda eram severas, variando até a morte, em seu grau máximo, a ser dada pela força (artigo 38). Sendo ela aplicada aos crimes de insurreição de escravos (artigo 113); homicídio (artigo 192); latrocínio (artigo 271), somente não era possível de execução a mulher grávida, a qual só pode ser julgada 40 dias após o parto (artigo 43)⁹⁷.

Neste sentido, segundo Renato de Mello Jorge Silveira, “o Direito Penal deixa de cobrir-se de sangue, para tornar todos iguais, as penas e os processos deixam seus aspectos verdadeiramente selvagens para tomar posições humanistas⁹⁸”. Desvinculando-se das preocupações éticas e religiosas, passa o delito a ganhar novos horizontes⁹⁹. A figura do homem e da Justiça passa a ser foco do momento histórico-jurídico pelo qual passou o Brasil, o reflexo disso é nitidamente notado pela mudança legislativa que ocorreu entre o período colonial e o império.

O Código Criminal de 1830 vigorou durante todo o Império e foi complementado posteriormente pelo Código do Processo Penal de 1832¹⁰⁰. *O Código de Processo Criminal de Primeira Instância foi promulgado pela lei de 29 de novembro de 1832, que tratou da organização judiciária e da parte processual complementar ao Código Criminal de 1830,*

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ DOTTI, René. Um pouco da história luso-brasileira. Casos Criminais Céleres. São Paulo: RT, 1998. p. 285.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Código Criminal do Império do Brasil de 1830, op. cit.

⁹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op.cit., p. 183.

⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal e Constituição. São Paulo: RT, 1996, p. 23.

¹⁰⁰ PESSOA, Gláucia Thomaz de Aquino. Código Criminal. Disponível em: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5538>. Acessado em: 12/10/2015.

*alterando algumas formas do procedimento penal então vigentes, herdadas da codificação portuguesa*¹⁰¹.

Os códigos Criminal do Império e do Processo Criminal representaram juntos uma mudança em relação à codificação portuguesa absolutista, introduzindo uma série de procedimentos e instituições que, segundo Gláucia Thomaz de Aquino Pessoa tornaram a aplicação da justiça mais racional¹⁰². O Código de Processo Criminal de 1832 avançou mais um pouco no que tange as garantias de defesa do acusado, trazendo para o ordenamento o *habeas corpus*, instituto que já fazia parte da Carta Magna da Inglaterra 1215 precursora do devido processo legal¹⁰³. Trouxe ainda; direito concedido ao cidadão de promover a ação penal popular, mesmo não sendo vítima e; a instituição dos jurados e dos cargos eletivos de juiz de paz¹⁰⁴.

Desta forma, a despeito das incongruências, relativas à coexistência de uma monarquia e uma Constituição e legislações claramente influenciadas pelo iluminismo e liberalismo, é inegável sua evolução do ponto de vista das garantias processuais e de direitos fundamentais dadas aos cidadãos. Da análise feita, foi possível observar que não há expressa menção ao princípio do devido processo legal, nem na Constituição de 1824 nem nas legislações penais, nas quais historicamente o princípio apontou como pioneiro no ramo, porém alguns pontos já podem ser encaminhados como forte indicativo deste princípio na construção de seu conceito atual.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ TOURINHO, Fernando da Costa Filho. Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 826.

¹⁰⁴ IGLÉSIAS, Francisco. Trajetória política do Brasil, 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. P. 151.

3. A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O presente capítulo tem como propósitos esmiuçar em que medida princípios e garantias constitucionais, correlatas ao devido processo legal, estavam presentes nas constituições brasileiras de 1891 a 1967.

É possível observar que o princípio do devido processo legal teve sua adoção expressa no sistema normativo brasileiro somente com a Constituição Federal de 1988. Em contrapartida, inúmeras regras decorrentes dos princípios norteadores do processo e também formadoras do campo jurídico do devido processo legal restam esculpidas nos diplomas antecedentes a atual constituição brasileira.

Por esse estudo, especial ênfase será dada na análise do texto constitucional de 1891, em razão de ter sido a primeira constituição republicana do Brasil, trazendo com ela importantes avanços como, por exemplo, a criação do Supremo Tribunal Federal e constitucionalização do *Habeas Corpus*, que na constituição anterior estava restrito à legislação infraconstitucional. A finalidade da análise dos institutos criados com o novo texto constitucional é apurar em que medida o devido processo legal poderia estar inserido nesse contexto.

As constituições posteriores à saber 1934, 1937, 1946, e 1967 representam importantes instrumentos de análise, que terá como objetivo fazer uma breve retrospectiva das garantias trazidas em cada texto constitucional, para que se verifique a evolução do princípio estudado, tal como se entende atualmente.

Deve-se ressaltar, de antemão que, no Brasil, ao contrário do que ocorreu nos países anglo-saxões, o devido processo legal possui compreensão doutrinária historicamente voltada ao âmbito formal, em detrimento de sua concepção substantiva, o que faz com que seja notado, em primeiro momento, em um campo processual.

Importante salientar que o devido processo legal é uma construção histórica e cultural. A sua percepção e adaptação aos modelos brasileiros exigem uma averiguação das condições particulares de identidade nacional do sistema processual. Por isso, torna-se indispensável apresentar de modo breve, o desenvolvimento constitucional de garantias e direitos fundamentais processuais nas constituições brasileiras.

3.1. A constituição de 1891: A primeira Constituição republicana do Brasil

Segundo Ana Rita Nascimento Cabral¹⁰⁵, a Constituição de 1891 representou um marco na história das constituições brasileiras, já que inaugurou novas formas de governo e de estado. Além das mudanças políticas, a autora aponta que foram estabelecidos direitos aos cidadãos, como os de liberdade e propriedade. Outra mudança sensível trazida com a nova ordem constitucional foi fruto da concepção de separação de poderes, que acabou por fortalecer o Poder Judiciário, agora marcado pelas justiças federal e estadual, que passou a ter suas atribuições acrescidas e em muito contribuiu para a eficácia do sistema federativo. Pontua Ana Rita, ainda, que neste contexto foi criado o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do poder judiciário que tinha a capacidade de dizer o direito em última instância.

Antes de aprofundar a análise jurídica do texto é necessário realizar breve referência ao contexto histórico que deu origem a nossa primeira Constituição republicana. Em 1887, a princesa Isabel assumia a direção do Estado Brasileiro como regente. Em 1888, tentando ampliar o apoio ao poder monárquico, a princesa regente decretou a abolição da escravatura. A abolição representou uma ruptura política com muitos fazendeiros e cafeicultores. Estes se sentiam prejudicados com o fim da escravidão, tendo alguns entrado na Justiça contra o governo, pleiteando ressarcimento de seus prejuízos, em razão do pagamento de salários que agora obrigavam-se a fazer a seus antigos escravos¹⁰⁶.

Diante deste cenário, os Fazendeiros de café e também o exército, formaram as duas das principais forças políticas do governo imperial, o que tornou possível a derrocada do regime monárquico e a seguida proclamação da República¹⁰⁷.

A República foi proclamada em 1889, um ano após a abolição da escravatura. A Constituição foi promulgada em 1891, sendo esta a primeira Constituição Republicana da história do Brasil¹⁰⁸. Paulo Bonavides assim comentou o momento histórico:

Promulgou-se a lei maior, mas não diminuiu a distância entre as regras fundamentais e o meio político e social constitutivo do País real,

¹⁰⁵ CABRAL, Ana Rita Nascimento. A Constituição Brasileira de 1891 e uma análise sobre a competência do Supremo Tribunal Federal na ótica de Pedro Lessa. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4181.pdf>. Acessado em: 21 de outubro de 2015.

¹⁰⁶ GRINBERG, Keila. Re-escravização, Revogação da Alforria e Direito no Século XIX. XXII Simpósio Nacional de História. João Pessoa, 2003. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S22.369.pdf>. Acessado em: 26 de outubro de 2015.

¹⁰⁷ CABRAL, Ana Rita Nascimento, op. cit.

¹⁰⁸ KOSHIBA, Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Frayze, História do Brasil no contexto da história ocidental, 8 ed. Ver., Ed. Atual, São Paulo, p.337.

aquele regido por impulsos autônomos exteriores ao espaço abstrato dos mandamentos constitucionais. As forças substancialmente efetivas de um constitucionalismo sem Constituição entravam a atuar nos condutos subterrâneos da inspiração revolucionária, movendo a sociedade para os anseios de mudança e reforma¹⁰⁹.

A Constituição de 1891, também chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, foi promulgada em 24 de fevereiro do corrente ano. A carta estabelecia a república como forma de governo e o estado na forma, consagrando, segundo Uadi Lammêgo Bulos, a técnica do federalismo dualista¹¹⁰.

No dizer de Celso Bastos:

Com a Constituição Federal de 1891, o Brasil implanta, de forma definitiva, tanto a Federação quanto a República. Por esta última, obviam-se as desigualdades oriundas da hereditariedade, as distinções jurídicas quanto ao status das pessoas, as autoridades tornam-se representativas do povo e investidas de mandato por prazo certo¹¹¹.

O movimento republicano foi impulsionado pelas ideais liberais, sob forte influência do constitucionalismo norte-americano. A ruptura com a monarquia e a reformulação da forma de Estado e Governo eram medidas que se mostravam necessárias aos anseios da época¹¹². Para Lenine Nequete¹¹³: "Respondeu a República, em suas linhas mestras, aos anseios de maior autonomia local e regional, que o Império não soubera ou não pudera satisfazer".

O texto constitucional sofreu forte influência dos preceitos da constituição norte americana, essa inspiração se deu devido ao notório êxito que os Estados Unidos da América demonstravam, através de um regime republicano como país garantidor de uma democracia sólida¹¹⁴. Do artigo 1º da Constituição Federal consta a seguinte proclamação:

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Senado Federal. 1998, p. 8.

¹¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p.483.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p.8.

¹¹² VAINER, Bruno Zilberman. Breve Histórico a cerca das Constituições do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_e_Constitucionalidade_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_e_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acessado em: 21/10/2015.

¹¹³ NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência/II- República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 13.

¹¹⁴ CABRAL, Ana Rita Nascimento, op. cit.

“A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”¹¹⁵.

A Constituição, também sob a influência da doutrina de Montesquieu, previu a organização tripartite das funções do Poder, separando-o em executivo, legislativo e judiciário¹¹⁶, tal qual nos Estados Unidos, assumindo o status de órgãos da soberania nacional, independentes e harmônicos entre si.

Com a separação e independência dos poderes, instituiu-se no Brasil o controle judicial da constitucionalidade das leis, na modalidade difusa¹¹⁷, conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de deixar de aplicar as leis que considerasse incompatíveis com a Constituição¹¹⁸. Como a Suprema Corte estadunidense, o Supremo Tribunal Federal teria a competência para julgar recursos interpostos contra decisões em que se contestasse a validade de lei ou tratado em face da Constituição¹¹⁹.

A Constituição, ao criar o Supremo Tribunal Federal, lhe atribuiu também a função de última instância recursal, responsável, segundo Vainer¹²⁰, por analisar validade de um tratado ou de uma lei em face da Constituição Federal, conforme se observa do artigo 59 e 60 do próprio texto:

“Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal Compete:
[...].§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.[...]
Art. 60: Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:
a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal”.¹²¹

¹¹⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

¹¹⁶BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p.483.

¹¹⁷ A modalidade do controle de constitucionalidade era difusa pois passou a estar à disposição de qualquer indivíduo, já que qualquer pessoa poderia questionar judicialmente a constitucionalidade de determinado dispositivo legal.

¹¹⁸LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. O Constitucionalismo da inefetividade: A Constituição de 1891 no cativeiro do Estado de Sítio. Brasília: OAB Editora, 2008. p.25.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰VAINER, Bruno Zilberman, op. cit.

¹²¹Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, op. cit.

Luís Roberto Barroso resume as modificações em sede de controle de constitucionalidade neste período, ao afirmar que:

Ausente do regime da Constituição Imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). Da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição. O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso¹²².

No dizer de Gilmar Ferreira Mendes:

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. [...] Consolidava-se, assim, amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro¹²³.

A função judiciária estruturou-se no âmbito da União, com juízes e tribunais federais. Na esfera dos Estados-membros, organizou-se com juízes e tribunais locais. Com a Constituição de 1891, o Poder Judiciário assumia uma forma propriamente federativa¹²⁴, uma vez que o poder judiciário da União passava a ter como órgãos um Supremo Tribunal Federal e os Juízes e Tribunais Federais (artigo 55¹²⁵), enquanto que a Justiça dos Estados contava com Tribunais e Juízes estaduais (artigo 61¹²⁶).

Uadi Bulos¹²⁷ aduz, também, que os Estados Federados passaram a possuir competência legislativa própria em matéria eleitoral, nos casos que se tratasse de processo eletivo para cargos estaduais e municipais, e, em matéria processual, desde que dissesse respeito a jurisdição local.

As ideias republicanas se manifestaram, também, na separação entre Igreja e Estado, bem como na destituição de “privilégios de nascimento”, “foros de nobreza”, “ordens

¹²² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1036.

¹²⁴ LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p.25.

¹²⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, op. cit.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit. p.483.

honoríficas”, “títulos nobiliárquicos e de conselho” (artigo 72¹²⁸). A Constituição erradicou a ligação do Estado com a religião, estabelecendo que nenhuma igreja ou culto poderia ter relações de dependência ou aliança com o Governo.

Para Christian Edward Cyril Lynch e Cláudio Pereira de Souza Neto¹²⁹ “superava-se o princípio presente na Constituição do Império, segundo o qual o catolicismo era a religião oficial, tolerando-se as demais apenas em seu culto doméstico ou particular, sem forma alguma exterior ao templo”, nada obstante a sociedade brasileira ainda se caracterizasse pela religiosidade e pela exclusão prática dos credos não católicos.

O ideário republicano manifestava-se com intensidade no texto constitucional de forma que sua influencia não teria sido diferente na escolha de direitos e garantias. A Constituição elencou um rol de direitos e garantias aos cidadãos republicanos, destacando-se os relativos à liberdade e à propriedade, tendo estabelecido que todos poderiam livremente exercitar seus direitos desde que sem prejuízo ou ofensa à liberdade de outrem.

A Carta de 1891 também estabeleceu que ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, enaltecendo o princípio da legalidade. Todos perante a lei eram considerados iguais, não sendo admitidas prerrogativas quanto ao nascimento ou ao sangue, o que consagra o princípio da isonomia. Nas palavras de João Barbalho¹³⁰:

Todos são iguais perante a lei, isto é, os direitos que a Constituição assegura são os mesmos para todos os indivíduos; os meios e recursos estabelecidos para garanti-los competem igualmente a todos. Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e posição social não têm de influir nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública em qualquer de seus ramos. A lei, a administração, a justiça serão iguais para todos.

Este catálogo de direitos e liberdades básicas estava previsto no artigo 72¹³¹ e nos seguintes da Carta Maior. Era possível observar a presença do princípio da legalidade; a

¹²⁸ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, op. cit.

¹²⁹ LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p.25.

¹³⁰ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 303.

¹³¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, op. cit.

igualdade perante a lei; a liberdade de reunião; o direito de petição; a liberdade de locomoção; a inviolabilidade de domicílio; a liberdade de expressão e a vedação da censura; a impossibilidade da prisão sem culpa formada e sem pronúncia do indiciado, excepcionando-se a hipótese de flagrante delito; o princípio do juiz natural; a ampla defesa; o direito de propriedade; o sigilo de correspondência; o princípio da responsabilidade penal subjetiva; a vedação de penas de galés e banimento; a abolição da pena de morte; a garantia do habeas corpus; a liberdade de ofício, trabalho ou profissão; a liberdade religiosa, com separação entre Igreja e Estado.

O artigo 78¹³² encerrava o rol de direitos e garantias afirmando que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Para Christian Edward Cyril Lynch e Cláudio Pereira de Souza Neto,¹³³ o artigo 78 foi o responsável pela abertura do sistema de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, que permitia a atribuição do que, segundo o referido autor, hoje se denomina “jusfundamentalidade” a direitos não constantes do catálogo expresso.

Além de positivizar esse expressivo catálogo de direitos e liberdades básicas, a Constituição, em diversos preceitos, revelava o seu compromisso com a tradição liberal do Estado de direito. Destaca-se nesse rol, para o estudo do devido processo legal, a expressa previsão do Habeas Corpus, instrumento que exerceu importante função na garantia desses direitos e liberdades. O Supremo Tribunal Federal foi ativista na defesa das liberdades básicas ampliando o âmbito de proteção do habeas corpus, que passou a ser utilizado não apenas para a defesa da liberdade de locomoção, mas também de outros direitos civis e políticos, como a liberdade de expressão¹³⁴.

O *Habeas Corpus* foi previsto expressamente com a ampliação da Declaração de Direitos. Entre 1891 e 1926, desenvolveu-se a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, com forte influência das ideias de Pedro Lessa e Ruy Barbosa, dando ensejo ao brilhante trabalho de construção jurisprudencial empreendido pelo Supremo Tribunal Federal¹³⁵, que será objeto de análise a seguir.

¹³² Idem.

¹³³ LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p.25.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p.483.

O *Habeas Corpus*, conforme previsto no artigo. 72, parágrafo 22¹³⁶ da constituição brasileira de 1891, trazia a previsão para os casos de um indivíduo sofresse ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. O instituto surgiu na legislação brasileira através do Código de Processo Criminal de 1832, mas a Constituição de 1891 foi a primeira a incluí-lo expressamente, decorrendo esta garantia constitucional do princípio da presunção de inocência, conforme se observa do artigo. 72, parágrafos 13 a 16¹³⁷.

A Constituição brasileira de 1891 distinguia duas espécies de *Habeas Corpus*: o liberatório e o preventivo. Veiner¹³⁸ exemplifica esta distinção dizendo que o tipo liberatório, ou repressivo, de *Habeas Corpus* tinha por objetivo fazer cessar violência ou coação em curso, já o tipo preventivo teria por finalidade afastar possível ameaça de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Desta forma, se usarmos como parâmetro a Constituição anterior, de 1824, é possível concluir que a Constituição Republicana de 1891 arrolou um número maior de direitos e garantias¹³⁹. Contudo, para Scarparo¹⁴⁰, a efetivação dos direitos e garantias da constituição republicana restou prejudicada, porque, assemelhada à constituição anterior, representava uma “mera formalização constitucional do direito”. Ainda segundo o autor, a previsão legal de determinados direitos apenas promove atenuação de pressões e forças sociais, porém pondera que, em contrapartida, a formalização estabelece “parâmetros jurídicos hierárquicos e sistêmicos, influenciando a compreensão da ordem jurídica estabelecida”.

3.1.1. A Doutrina Brasileira do Habeas Corpus

O *Habeas Corpus* apresenta-se como garantia individual destinada a tutelar a liberdade física do indivíduo. Pode ser compreendido como o remédio judicial que tem por finalidade fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. É, também, instrumento jurídico que desempenha um papel

¹³⁶Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, op. cit.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ VAINER, Bruno Zilberman, op. cit.

¹³⁹ Constituição Republicana de 1891. Art. 72 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: § 2º - Todos são iguais perante a lei.; § 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada; § 16 – Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.”

¹⁴⁰ SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.10.

importante para preservação dos direitos e das garantias constitucionais dentro do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o *Habeas Corpus* apresenta um cunho simbólico no desenvolvimento da justiça, representando a proteção do cidadão e, também, constituindo um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O *Habeas Corpus* foi instituto de vanguarda, pois representou um conjunto de garantias como, por exemplo, ampla defesa, a vedação de prisão arbitrária, o juiz natural, a impossibilidade de o estado efetuar a prisão sem que houvesse formação de culpa. Por tal razão, mostra-se como um dos pilares do devido processo legal.

O *Habeas Corpus* surgiu, assim como a cláusula do *due process of law*, no ano de 1215 no ordenamento jurídico inglês. No Brasil só foi possível observá-lo expressamente com advento do Código de Processo Criminal de 1832, mas já estava implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias. Contudo, elevou-se à regra constitucional na Carta de 1891.

No ano de 1871, ocorreu um grande avanço no instituto do *Habeas Corpus*, por meio da Lei 2033, que estendeu aos estrangeiros a possibilidade de utilizar o *Habeas Corpus* como instrumento de defesa, visto que antes era exclusivo dos cidadãos brasileiros. Pontes de Miranda diz o seguinte acerca do referido instituto:

“[...] 1º) que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso do flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente; 2º) que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que em lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que obrigue à prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinqüente; 3º) que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, principiando-se sempre que isso possa ser, por a confrontação dos réus, com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher [...].¹⁴¹

¹⁴¹ MIRANDA, Pontes de, História e prática do habeas corpus. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955. p.56.

Segundo o autor, o *Habeas Corpus* tinha como objetivo coibir às arbitrariedades cometidas por governadores, magistrados, pois os mesmos mandavam prender sem haver indícios de culpa e com sigilo no procedimento. Foi então que, a partir desta nova fonte legislativa, ficou estabelecido que a prisão só poderia ser determinada por um juiz criminal através da comprovação da culpa, demonstrada através da oitiva de testemunhas.

Como postula Albuquerque¹⁴², é um primeiro passo para se resguardar um devido processo legal, onde se procurava evitar prisões arbitrárias, e a ampla defesa.

Diante deste contexto, Heráclito Antônio Mossin, ao examinar a evolução de tal instituto, diz:

Em linhas gerais, é preciso deixar claro que aqueles regramentos jurídicos alinhados no Código do Processo Criminal de 1832, em quase toda sua totalidade, restaram mantidos no correr da República (Constituição de 1891, art. 83) até o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, bastando para tanto singela leitura de seu arts. 647 e seg. Tornando a volver as vistas para a situação de tipicidade prevista nos arts. 183 e 184 do Código Criminal de 1830, pode-se afirmar que a partir da previsão do habeas corpus no Código do Processo Criminal de 1832, aquelas normas penais sancionatórias deixaram de ser inócuas, já que as condutas nelas proibidas poderiam ser levadas a efeito¹⁴³.

A Carta Magna de 1891 elevou o instituto à categoria de direito constitucionalmente garantido. Manteve-se do texto anterior, o *Habeas Corpus* preventivo de acordo com a expressão “imminente perigo”, além de sua acessibilidade a qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro. Contudo, a adição de termos genéricos como, “violência” e “abuso de poder”¹⁴⁴ provocou o grande debate que ocasionou a formação da doutrina brasileira do habeas corpus.

De acordo com Albuquerque¹⁴⁵, havia uma tendência conservadora com relação à concessão do *Habeas Corpus*, que apesar de ter sido introduzido na Constituição da República, ainda estava arraigado aos moldes do império.

Rui Barbosa foi nome de destaque na luta contra o uso conservador do referido remédio constitucional, defendendo vigorosamente uma versão liberal desse instrumento. Para

¹⁴² ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer. A evolução histórica do Habeas Corpus e sua importância constitucional e processual como forma de assegurar o direito de liberdade. Fortaleza – CE, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>. Acessado em: 26/10/2015.

¹⁴³ MOSSIN, Heráclito Antônio. Habeas corpus. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005. p. 32-33.

¹⁴⁴ “Dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (art.72§22)”.

¹⁴⁵ ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer, op. cit.

Rui Barbosa, a questão da locomoção, ou seja, direito de ir e vir, poderia ser estendida para dar mais abrangência ao uso do “writ”. Ele concebia que poderia ser concedido para coibir ou prevenir qualquer forma de violência ou ameaça à liberdade, como no caso da liberdade de manifestação de pensamento¹⁴⁶.

Heráclito Antônio Mossin, destacou um discurso pronunciado por Rui Barbosa no Senado, em 22 de janeiro de 1915:

Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o habeas corpus com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação à instituição do júri. A respeito do júri diz formalmente o texto constitucional: é mantida a instituição do júri. O alcance dessa proposição na sua simplicidade é transparente. Quando se mantém uma instituição, mantém-se o que existe, mantém-se o que se acha estabelecido, mantém-se encontra, consolida-se o que estava... Não foi desse modo que procedeu a Constituição republicana no tocante ao habeas corpus. No Império, o habeas corpus não tinha instituição constitucional. Ele nasceu do Código do processo, pelo art. 340, que definiu o habeas corpus nestes termos: todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor. A proposição é clara: tem o cidadão o direito de pedir uma ordem de habeas corpus, em favor daquele que estiver sofrendo uma prisão ou um constrangimento ilegal em sua liberdade. Aqui se acha claramente definida a natureza material da lesão a que o habeas corpus, no antigo regime, tinha de acudir com o seu remédio tutelar. Este recurso estava confiado ao caso em que a liberdade sofresse por um constrangimento material, constrangimento que se definiu especialmente com a fórmula da prisão. Era prisão pública ou privada a situação de ilegalidade a que o habeas corpus, no antigo regime, devia socorrer. Estritamente na mesma ordem de idéias a Lei n. 2.033, de 1871, que acabou de dar a essa instituição a sua forma definitiva, sob o antigo regime... O constrangimento corporal era, portanto, a condição sine qua non da concessão do habeas corpus. Ora, se o pensamento do constituinte republicano fosse o de conservar o habeas corpus na sua proposição definitiva, análoga às das legislações inglesa e americana, não tinha a Constituição republicana mais do que dizer do mesmo modo que disse em relação ao júri: fica mantida a instituição do habeas corpus. Nesse caso, não haveria questão, estaria o habeas corpus definido pelas leis imperiais. Que fez, porém, o legislador constituinte neste regime? Rompeu, abertamente, pela fórmula, que adotou na Carta republicana, com a estreiteza da concepção do habeas corpus sob o regime antigo. A definição do habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo

¹⁴⁶ ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer, op. cit.

que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus.¹⁴⁷

Em seu pronunciamento, Rui Barbosa defende um alcance mais amplo do *Habeas Corpus* em razão de ter sido incluído na constituição de 1891 sem qualquer menção a restrição do conceito, tal qual se concebia no Império. Ademais, o novo texto constitucional não falava mais apenas em prisão, mas também de coação e violência, podendo o mesmo servir para defender uma gama maior de direitos e garantias.

Já Pedro Lessa, outro grande jurista da época, defendia a limitação para a concessão da figura do *Habeas Corpus* somente para os casos de liberdade de locomoção, adotando assim uma interpretação mais literal do instituto¹⁴⁸. Tourinho Filho, ao analisar tal situação, dispôs o seguinte:

A polêmica foi memorável, pois na liça estavam dois gigantes: Ruy Barbosa e Pedro Lessa. O primeiro, interpretando o texto constitucional, não encontrava limites para a concessão do writ e, por isso mesmo, acentuava: ‘onde se der a violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o habeas corpus é irrecusável’¹⁴⁹

Heráclito Antônio Mossin, ao demonstrar o choque de ideias entre Rui Barbosa e Pedro Lessa, traz o seguinte pronunciamento:

Bem longe, porém, ficou a concepção de Pedro Lessa de ajustar-se à compreensão latíssima do habeas corpus, qual a preconizara Ruy Barbosa. Leia-se o voto, que proferiu, quando o Supremo Tribunal julgou, em 1º de julho de 1914, o h.c. n. 3.567; é evidente que a liberdade de pensamento, a da consciência e a religiosa podem ser violadas de dois modos: pela coação à liberdade de locomoção, impedindo-se que o jornalista, o tipógrafo e os demais empregados do jornal penetrem no edifício da folha ou pratiquem quaisquer outros atos de locomoção, necessários à publicação do jornal, ou que o orador vá à praça pública, ou suba à tribuna onde tem de falar, que o adepto de certas idéias religiosas se afaste do lugar onde lhe ofendem as crenças, que o sectário de um culto se entregue aos atos do culto externo, dependentes da liberdade de movimento, ou por outros quaisquer meios, pelo embaraço ao exercício de outros direitos, tolhendo-se, por exemplo, a construção de edifício que tenham a forma de templo, apreendendo-se numa tipografia todos os

¹⁴⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p.44.

¹⁴⁸ ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer. Op. cit.

¹⁴⁹ TOURINHO, Fernando da Costa Filho, op. cit., p.498.

exemplares de um livro, exigindo-se para a nomeação de certos cargos públicos, ou para todos, a profissão de certa fé religiosa. No primeiro caso está claro que o remédio legal é o habeas corpus, visto como há coação ilegal à liberdade de locomoção, condição, meio, caminho, para o exercício de um sem número de direitos. Dá-se habeas corpus para o paciente ir à praça pública ou ao edifício do jornal, e poder manifestar os seus pensamentos pela tribuna ou pela imprensa; para se dirigir ao seu templo, e aí praticar os atos do culto exterior, que só se realizam pela locomoção, pela liberdade de movimentos. Em todos os casos, pois, em que a liberdade física é necessária para o exercício da liberdade de pensamento, da liberdade de consciência ou da liberdade religiosa, o habeas corpus é o meio apto para proteger a liberdade-condição, a liberdade-meio, a fim de que se possa exercer a liberdade-fim. Mas, quando a liberdade de pensamento, a de consciência e a de cultos, ou religiosa, são tolhidas por outro meio, que não a coação à liberdade de locomoção, absurdo fora conceder o habeas corpus para garantir qualquer desses direitos fundamentais. Se uma autoridade despótica arranca um templo, apreende arbitrariamente o material tipográfico de um jornal e o inutiliza, queima os exemplares de um livro ou de uma folha diária, quem no gozo de suas faculdades mentais se lembraria de requerer um habeas corpus para o templo destruído, para o material tipográfico inutilizado, ou seja, as cinzas do livro ou do jornal? Poderia requerer, sim, quando tivesse necessidade de locomover-se, para construir novo templo, para imprimir livros, para assentar novo material tipográficos; mas aí teria cabimento o habeas corpus, exatamente por se tratar de garantir a liberdade de movimentos, a liberdade física (Revista do Supremo Tribunal Federal, v.2, 1ª parte, 1914, p. 266- 7) ¹⁵⁰.

Da leitura do pronunciamento de Pedro Lessa, observa-se que o referido ministro era contra tal amplitude do *Habeas Corpus*, defendendo que o mesmo só teria aplicabilidade nos casos de restrição ao direito de locomoção. Ao contrário de Rui Barbosa, Pedro Lessa julgava incabível a utilização deste, para coibir abusos cometidos em desfavor de outras garantias, como: liberdade de expressão, cultos, crença religiosa.

De toda sorte, pelo menos nesse trecho, Pedro Lessa não apresentou nenhuma alternativa que resguardasse os direitos de liberdade de expressão, religião, entre outros. O instrumento apropriado para tutelar tais direitos surgiu em momento posterior, com a Constituição de 1934, por intermédio do o mandado de segurança.

Em contrapartida, Hélio Tornaghi justifica a utilização ilimitada do *Habeas Corpus* em virtude de ainda ser desconhecido um instrumento capaz de resguardar as outras garantias constitucionais. Na prática, ante a ausência de um instrumento legítimo que tutelasse outros

¹⁵⁰MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p.44.

direitos, os Tribunais tinham que reparar os erros cometidos através do próprio Habeas Corpus¹⁵¹.

Em 1926, a Emenda Constitucional limitou o cabimento do *Habeas Corpus* à proteção da liberdade de locomoção. Sendo assim, a corrente liderada por Rui Barbosa, culminou em ser derrotada, prevalecendo aquela encampada por Pedro Lessa.

Logo, com base nessa reforma constitucional, o referido instrumento não mais poderia ser utilizado como recurso de proteção aos “direitos líquidos, certos e incontestáveis”¹⁵², passando a se restringir às hipóteses de liberdade de locomoção.

Com o surgimento do mandado de segurança, tal extensão do habeas corpus tornou-se desnecessária. O mandado de segurança representou o divórcio entre os dois institutos, ficando definido para cada qual seu campo de incidência legal¹⁵³. Após isso, foi possível observar a ampliação das ações constitucionais que o cidadão tinha em face do estado, restando evidente que a evolução da legislação apontava para uma ordem na qual cada vez mais era possível controlar seus atos ilegais.

3.2 A Constituição de 1934: uma análise dos direitos e garantias

O ano de 1930 foi marcado, segundo Silva¹⁵⁴, por tendências revolucionárias. A fragilidade da democracia, em razão da concentração de poder das oligarquias locais que ainda dispunham de uma força política impedia a vivência da democracia naquele momento. Ademais, as dificuldades econômicas provenientes da crise de 1929; as reivindicações operárias e o aparecimento do movimento anarquista muito contribuíram para o surgimento de um novo movimento no Brasil.

Após as revoluções que marcaram o início da década de 1930, em 03 de novembro do corrente ano, Getúlio Vargas chega ao poder e revoga a Constituição de 1891¹⁵⁵, com isso, passou a governar por meio de decretos, assumindo a condição de Chefe do Governo Provisório que se estenderia até a promulgação da Constituição de 1934, permanecendo, contudo, no poder através de eleição indireta do Congresso.

¹⁵¹ TORNAGHI, Hélio Bastos, Curso de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2. p. 384-5.

¹⁵² ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer, op. cit.

¹⁵³ ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer, op. cit.

¹⁵⁴ SILVA, Maria de Fátima Araújo, op. cit., p.16.

¹⁵⁵ GÖTTES, Claudinei; BORGES, Rodrigo de Moraes. Os direitos fundamentais e sua efetividade na história constitucional brasileira. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6972&n_link=revista_artigos_leitura. Acessado em: 25/10/2015.

Em 3 de Maio de 1933, foi eleita a Assembleia Constituinte que iniciou os seus trabalhos. A Constituição foi promulgada em 16 de julho de 1934, sob a forte influência das Constituições europeias, especialmente a da República de Weimar (1919), inaugurando o Estado social brasileiro. Embora já houvesse uma classe trabalhadora merecedora da proteção do estado nos períodos anteriores, esta foi a primeira constituição a reconhecer os direitos sociais trabalhistas¹⁵⁶.

Sob o título “Da Ordem Econômica e Social”, os artigos 115 a 143¹⁵⁷ da Constituição estabeleciam que a ordem econômica “[...] deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (artigo 115¹⁵⁸). Em razão do descrito no texto constitucional, a dignidade existencial passou a ser parâmetro para a ordem econômica, colocando o homem como destinatário da economia e não ao contrário, como outrora se estabelecia.

Na ordem social trabalhista, o novo ordenamento constitucional elencou um rol de direitos e garantias ao trabalhador sendo, conforme dito anteriormente, a primeira Constituição a se preocupar com o tema. Com vasto rol de direitos, a Constituição estabeleceu: (i) a proibição de diferença de salário em decorrência de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; (ii) salário mínimo condizente com a satisfação das necessidades do trabalhador; (iii) limitação da jornada diária de trabalho em oito horas; (iv) proibição da exploração do trabalho de menores; (v) garantia do repouso semanal remunerado; (vi) férias; (vii) indenização por dispensa sem justa causa e assistência médica ao trabalhador e à gestante, conforme artigo 121¹⁵⁹ do texto constitucional.

O direito de propriedade também passou a contemplar conceito de função social, como se pode observar do artigo 113¹⁶⁰, item 17, que relativiza o direito à propriedade que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Importante evolução também se nota no campo da educação e cultura, estabelecendo o artigo 149¹⁶¹ que: “A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que

¹⁵⁶ SILVA, Maria de Fátima Araújo, op. cit., p.16.

¹⁵⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acessado em 15 de novembro de 2015.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Idem.

possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”.

No campo dos direitos individuais, consagrou o Mandado de Segurança, previsto no artigo 113¹⁶², item 33, como garantia para a “[...] defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” estabelecendo, assim, segundo Claudinei Göttems e Rodrigo Borges¹⁶³ mais um mecanismo de defesa dos direitos fundamentais que se consagrara ao longo da evolução social.

A Constituição apresentou, também, em seu artigo 113¹⁶⁴, item 38, a Ação Popular, representando uma garantia à todo e qualquer cidadão que a partir de então se tornou “[...] parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

O texto Constitucional garantia, ainda, mecanismo para responsabilização do Presidente da República, conforme artigo 57¹⁶⁵, letra “d”, pela prática de atos que atentassem contra “[...] o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais”, marcando mais uma vez uma tentativa de limitar o poder do estado em face dos cidadãos.

Introduzidos na Constituição de 1934, o Mandado de Segurança e a Ação Popular, aliados ao *Habeas Corpus*, constitucionalizado em 1891, criaram mecanismos que proporcionam o controle da legalidade dos atos e atividades da administração pública. Assim, o Estado encontrava na legislação, além da separação de poderes já estabelecida desde a constituição anterior, outras formas de controle de poder.

Deve-se registrar que os novos institutos que surgiram nas constituições de 1891 e 1934, tais como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Ação Popular apresentam-se como instrumentos de controle dos atos do estado, em regra visando coibir o abuso das autoridades. Esta era, também, a finalidade do devido processo legal na Constituição Americana de 1787, na qual da mesma forma a cláusula do *due process of law* exortava expressamente esta vontade do constituinte em não permitir que o estado, em especial o poder executivo, pudesse atuar sem qualquer limite naquela sociedade.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ GÖTTEMS, Claudinei; BORGES, Rodrigo de Moraes, op. cit.

¹⁶⁴ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, op. cit.

¹⁶⁵ Idem.

Certamente, as formas e os momentos históricos de criação do devido processo legal no Brasil e nos Estados Unidos caminharam de formas e em épocas distintas. Enquanto que a Constituição americana já previa expressamente o princípio do devido processo legal, no Brasil isso só veio ocorrer em 1988. Contudo, a Constituição de 1934, aliada a evolução jurídica e legislativa que teve início em 1824, é possível notar a evolução da legislação em direção a construção do princípio estudado, analisando os institutos que foram sempre incorporados nos textos constitucionais.

3.3 A Constituição de 1937: uma análise dos direitos e garantias

O enfraquecimento dos ideais libertários da década de 1930 fez com que tomasse corpo o ideário autoritário. Segundo Gilberto Bercovici¹⁶⁶, “a radicalização da luta entre os integralistas e os comunistas acabou por facilitar a reunião das camadas dominantes e dos setores revolucionários, que se aliaram no apoio à ditadura do Estado Novo”, de forma que, com a imposição totalitária de Vargas, os direitos outrora conquistados foram abruptamente suprimidos.

Com forte inspiração nas constituições autoritárias da Polônia (1935) e do Estado Novo português (1933), a Constituição brasileira de 1937 foi outorgada em 10 de novembro de 1937¹⁶⁷ por Getúlio Vargas, assegurando-lhe a plenitude do poder à frente do Executivo e suprimindo, sensivelmente, os direitos fundamentais até então consagrados.

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a Constituição de 1937 “considerou o Presidente da República como autoridade suprema do Estado, com absoluta imunidade peal, durante o exercício de suas funções [...] conferiu ao presidente da República o poder de influenciar diretamente as decisões do judiciário [...] reduziu os direitos e garantias individuais e eliminou a Justiça Federal de primeira instância, colocando em disponibilidade ou aposentando os juízes federais¹⁶⁸”.

A Carta de 1937 restringiu direitos e garantias individuais, abolindo o Mandado de Segurança e excluindo os princípios de legalidade e irretroatividade da lei; instituiu a censura prévia e a pena de morte em casos expressamente especificados, inclusive para a subversão da

¹⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). História do Direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 230.

¹⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo., op.cit.,p.484.

¹⁶⁸ Idem.

ordem política e social por meios violentos e para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade¹⁶⁹.

Diante deste cenário, onde o retrocesso mostra-se como personagem principal há, na história do direito brasileiro, uma abrupta interrupção da evolução do princípio do devido processo legal. É de se ponderar, que diante de um regime de exceção, autoritário e antidemocrático, não é possível falar em avanço do devido processo legal pelo fato de haver uma incompatibilidade ideológica, social e política com a forma de governo que se apresentava neste momento e o princípio estudado.

3.4 A Constituição de 1946: uma análise dos direitos e garantias

A Assembleia Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1946, vindo o texto a ser promulgado em 18 de setembro do mesmo ano¹⁷⁰. Tratava-se da redemocratização do País, precedido pela queda de Getúlio Vargas do poder do qual permanecia desde 1930¹⁷¹.

A Constituição foi promulgada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial e, por este motivo, segundo Uadi Bulos¹⁷², a carta surgiu em um ambiente internacional favorável, com a retomada dos princípios constitucionais existentes e a criação de outros. De acordo com Pedro Lenza¹⁷³, o texto buscou inspiração nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934. No capítulo referente à ordem econômica, por exemplo, buscou harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social.

Nos termos do artigo 1º¹⁷⁴, ficou mantida a forma de governo republicano e forma de Estado federativo. Já no que se refere a organização dos poderes, manteve-se a teoria clássica da tripartição de Montesquieu, utilizada desde 1891.

No âmbito do Poder Judiciário foi retomada a situação de normalidade, voltando a ser exercida pelos seus órgãos, tais como, Supremo Tribunal Federal; Tribunal Federal de Recursos; Juízes e Tribunais militares; Juízes e Tribunais eleitorais; Juízes e Tribunais do trabalho¹⁷⁵.

¹⁶⁹ GUIMARÃES, Ylves José de M. Comentários à Constituição (direitos e garantias individuais e coletivas). Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 02, apud, BREGA FILHO, 2002, p. 36.

¹⁷⁰ LENZA, Pedro Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁷¹ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p.485.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ LENZA, Pedro, op. cit., p. 119.

¹⁷⁴ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 120.

Para Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição de 1946 também se destacou na retomada do controle de constitucionalidade, inicialmente introduzida no texto de 1981 e 1934. Nas palavras do autor:

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar recursos ordinários (art. 101, II, a, b e c) disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “a) quando a decisão for contrária ao dispositivo desta constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando de contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta constituição ou lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou ato”. Preservou-se a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Supremo Tribunal Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64), prevista, inicialmente, na Constituição de 1934¹⁷⁶.

Restabeleceu-se, também, o Mandado de Segurança e a Ação Popular, que voltaram a fazer parte do texto constitucional. Importante destacar os termos do artigo 141, parágrafo 4.¹⁷⁷ que consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao estabelecer que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Outros direitos foram sendo incorporados no texto constitucional, a exemplo do artigo 141, parágrafo 13¹⁷⁸, que, pela primeira vez, estabeleceu regras para os partidos políticos, em um claro intuito democrático. O parágrafo 31 do referido artigo 141¹⁷⁹ se destaca, também, pela vedação a pena de morte, que havia voltado a ser instituída com a Constituição de 1937, a de banimento, a de confisco e a de caráter perpétuo.

Várias garantias trabalhistas, conquistadas durante o Estado Novo (Constituição de 1934) foram mantidas, como por exemplo, limitação da jornada diária de trabalho, garantia do repouso semanal remunerado, férias, marcando importante posto na evolução social do País. Para Uadi, grande estudioso no tema do direito constitucional, é possível elencar tópicos elementares da Constituição de 1946, tais como:

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 1042.

¹⁷⁷ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, op. cit.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Idem.

- “- combateu a hipertrofia do Poder Executivo;
- trouxe o equilíbrio político ao País, pelos regimes de seus representantes no Senado e na Câmara;
- fomentou a política municipalista, fortalecendo a autonomia dos municípios;
- consagrou os postulados constitucionais das liberdades públicas;
- privilegiou o bicameralismo;
- restaurou a figura do Vice-Presidente da República;
- expandiu os poderes da União;
- determinou que a ordem econômica fosse organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano;
- condicionou o uso da propriedade ao bem-estar da sociedade, permitindo desapropriação por interesse social;
- criou novo título referente à família, à educação e à cultura;
- conferiu tratamento institucional ao Ministério Público,¹⁸⁰”

Contudo, ainda na esteira do pensamento de Uadi Bulos, a Constituição de 1946 apresentava uma característica de certa forma comum aos outros textos constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos, qual seja, sua falta de efetividade, ou nas palavras do autor “eficácia social”, não correspondendo inteiramente às exigências de seu tempo, tornando-se obsoleta¹⁸¹. Porém, mesmo com a problemática apontada, é necessário frisar sua importância para a reestruturação do regime democrático, sem o qual não há que se falar no princípio do devido processo legal, objeto do presente estudo.

3.5 A Constituição de 1967: uma análise dos direitos e garantias

O movimento militar eclodiu em 31 de março de 1964, instaurando a Ditadura Militar que perdurou no Brasil até meados de 1985. O General Costa e Silva, o Brigadeiro Francisco Correia de Melo e o Almirante Augusto Rademaker, baixaram em março de 1964 o Ato Institucional número 1, apresentando um rol de restrições à democracia, como por exemplo, suspensão dos direitos políticos, cassação dos mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, restando excluída, também, a apreciação judicial desses atos¹⁸².

Outros atos institucionais foram expedidos até a outorga¹⁸³ da Constituição de 1967, passando a ser instrumento de governabilidade dos militares, já que até então a Constituição de 1946 continuava em vigor, apesar de inutilizada pelo autoritarismo brutal e pelos referidos

¹⁸⁰ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., p.486.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² SILVA, Maria de Fátima Araújo, op. cit., p.33.

¹⁸³ Alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido “promulgado”, já que votado nos termos do art. 1.º, § 1.º, do AI 4/66. Contudo, em razão do “autoritarismo” implantado pelo Comando Militar da Revolução, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi outorgado unilateralmente apesar de formalmente votado, aprovado e “promulgado” pelo regime ditatorial militar implantado. LENZA, Pedro, op. cit., p. 121.

atos institucionais. Em 1966, o Congresso Nacional foi fechado, sendo reaberto, somente, para aprovar a Constituição de 1967¹⁸⁴.

Na mesma linha da Carta de 1937, a de 1967 concentrou, bruscamente, o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. A segurança nacional era alvo de constantes preocupações, o que legitimou mais tarde grandes arbitrariedades como as torturas e as prisões sem o devido procedimento judicial. No que se refere a direitos e garantias, o que se via no texto constitucional era a previsão de suspensão de direitos políticos por até 10 anos.¹⁸⁵

Em um cenário de autoritarismo nas proporções que se havia estabelecido, é difícil fazer uma análise do texto constitucional à luz do princípio do devido processo legal ou correlatos. Aparentemente havia a manutenção formal de grande parte do texto constitucional anterior, mas sua efetividade restava claramente sufocada pelos desmandos do regime militar. Razão pela qual, este período representou um grande retrocesso na evolução e concretização de princípio e garantias, não havendo clima para se falar no princípio objeto desse estudo nesta fase da história constitucional brasileira.

Mais tarde, em Dezembro de 1968, foi decretado o Ato Institucional nº 5, que vigorou até 1979, e que segundo Pedro Lenza foi o “mais violento ato baixado pela ditadura [...]fixando as seguintes atrocidades:

- a) formalmente, foram mantidas a Constituição de 24.01.1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes do AI -5;
- b) o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando a funcionar quando convocados seus membros pelo Presidente da República;
- c) o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;
- d) os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de 10 anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;
- e) ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo;
- f) o Presidente da República, em quaisquer dos casos previstos na Constituição, poderia decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo;

¹⁸⁴ LENZA, Pedro, op. cit., p. 121.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 123.

- g) o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;
- h) suspendeu-se a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10 do AI -5);
- i) finalmente, a triste previsão do art. 11 do AI-5: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”¹⁸⁶.

O Ato Institucional nº 5 terminou por concretizar a ausência de princípios já consagrados no ordenamento jurídico como a legalidade, segurança jurídica, ampla defesa, entre outros que, lentamente, ao longo da evolução jurídica formavam o corpo do princípio do devido processo legal, tal qual se compreende atualmente.

Em 1969, foi imposta por uma junta militar a “Emenda Constitucional número 1¹⁸⁷” importou algumas alterações, entre as quais o alargamento do mandato presidencial para cinco anos, republicando o texto constitucional. Este período foi marcado por ainda mais violência e repressão do estado, que não contava com qualquer mecanismo de controle ou institutos democráticos, ao contrário a repressão à oposição era implacável.

Para reforçar o poder militar foram reorganizados os Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS), encarregados das ações policiais. Nas forças armadas foram instalados Centros de Operação de Defesa Interna (COD), cujo corpo executivo era constituído por Departamentos de Operações Internas (DOI). Ao mesmo tempo desenvolveram-se os Centros de Informação das forças armadas. Muitos brasileiros foram para o estrangeiro, fugindo da repressão. No Brasil aumentavam as torturas nas prisões¹⁸⁸.

Somente em novembro de 1983, após a Emenda número 11 que revogou os Atos Institucionais e complementares impostos pelos militares, os partidos oposicionistas encetaram a campanha das Diretas Já, dando início a um processo de redemocratização que culminou, mais tarde, na atual constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 124.

¹⁸⁷ Existe uma forte discussão na doutrina do direito constitucional em relação ao tema, já que alguns estudiosos consideram a Emenda Constitucional número 1/69 como uma nova e autêntica constituição. Contudo não entraremos neste debate, sendo esta questão irrelevante para o estudo que se desenvolve, o importante para o referido trabalho esmiuçar se o novo texto contribuiu, ou não, para a evolução do princípio do devido processo legal.

¹⁸⁸ SILVA, Maria de Fátima Araújo, op. cit., p.39.

4. TRATAMENTO ATUAL DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Após anos de ditadura militar, com forte supressão dos direitos e garantias até então conquistados, o período de redemocratização foi marcado pela consolidação de uma nova ordem constitucional. Não por acaso que a Constituição Federal de 1988, como forma de romper com o regime repressivo então estabelecido, apresentou como característica um rol extenso e detalhado de direitos e garantias fundamentais, como veremos a seguir.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e foi neste texto constitucional que, pela primeira vez, o devido processo legal foi expressamente incluído, “deixando o anonimato para figurar solenemente no texto da nova constituição”, nas palavras de Siqueira Castro¹⁸⁹.

A clausula mereceu destaque, sendo prevista no artigo 5º, LIV, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Desta forma, restou introduzido em nosso ordenamento a secular garantia do *due process of law*, pilar das instituições democráticas e jurídicas da Inglaterra e Estados Unidos.

Da análise do texto constitucional e da retrospectiva histórica que fizemos até o presente capítulo podemos afirmar que o devido processo legal está relacionado a inúmeros outras garantias, também previstas no artigo 5º da Carta Maior, bem como em lugares esparsos de seu texto. Vejamos.

Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos

¹⁸⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p 399.

processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Art. 93, IX – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, à próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.¹⁹⁰

No texto constitucional, há diversos princípios processuais justamente como direitos e garantias individuais. Assim, a imprescindibilidade do juiz natural (XXXVII e LIII); do contraditório e da ampla defesa (LV); da proibição da prova ilícita (LVI); da publicidade (LX e art. 93, IX); do acesso à justiça (XXXV e LXXIV); da fundamentação (art. 93, IX); da celeridade (LXXVIII) e da igualdade (I)¹⁹¹.

A integração desses princípios compõe o significado cultural brasileiro atribuído ao devido processo legal. Por tal razão, não seria possível fazer um estudo do referido princípio sem analisar sua construção dentro do ordenamento jurídico, vez que o significado das orientações normativas não pode ser dissociado da historicidade.

No direito americano a cláusula possui nítida agregação com a concepção de liberdade lá construída, fazendo-se parte ativa da democracia desenvolvida desde sua independência. No Brasil, apesar da forte influência americana nos textos constitucionais, o devido processo legal institui-se na forma de garantias e proteções do indivíduo face às arbitrariedades cometidas pelo estado.

Em relação ao tema, Scarparo¹⁹² faz um breve comentário:

O devido processo legal brasileiro não pode ser compreendido com simples remissão às escolhas estadunidenses porque somente têm significado e força normativa na medida em que busca significados em sua própria cultura. Busca-se com a inserção do devido processo legal no seio da Constituição Federal o zelo pelas garantias e pelos modelos de defesa e ação do cidadão frente ao poder público, compreendido na estrutura e realidade nacional. O ajuste necessário ao instituto no Brasil não deve partir de premissas construídas na cultura americana, mas sim ser o fruto de uma reflexão voltada às carências e anseios tipicamente brasileiros, orientando a realização de um

¹⁹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² SCARPARO, Eduardo Kochenborger, op. cit., p.14.

processo justo, ou melhor, em harmonia com as suas particularidades, com a sua cultura e beleza.

Da análise do desenvolvimento do princípio estudado no decorrer da história do direito constitucional brasileiro, se verificou nos capítulos precedentes que em razão da falta de previsão constitucional expressa, a cláusula do devido processo legal acabou ingressando lentamente no direito pátrio. Para Siqueira Castro o devido processo legal antes da Constituição de 1988 era “como uma garantia inominada, mas em sua figuração apenas “adjetiva” ou processualista (*procedural due process*)”¹⁹³.

O autor destaca, ainda, a importância da jurisprudência dos tribunais para a consolidação do referido princípio, já que por muito tempo a doutrina não adotava essa cláusula. Desta forma, atribui aos tribunais o mérito de reunir princípios interpretando-os de modo difuso e assistemático culminando em uma síntese de princípios emergentes que, mais tarde, possibilitaram a definição de devido processo legal¹⁹⁴.

Esses princípios à que Siqueira Castro¹⁹⁵ faz referência estavam no ordenamento jurídico antes mesmo da introdução da expressão devido processo legal, e foram eles os responsáveis por construir o seu conceito atual, nos moldes do direito brasileiro. Eram eles, princípio da legalidade da prisão, do contraditório judicial e com o postulado da ampla defesa, que já estavam presentes no ordenamento jurídico, mesmo que com pouca efetividade, nas constituições anteriores.

A soma destes princípios levou a concretização o devido processo legal, pela sua história e aplicação, como instrumento protetor de liberdades fundamentais em face do Estado. Em primeiro momento, essa proteção limitava-se aos procedimentos criminais, onde teve especial destaque com a criação do Habeas Corpus e Mandado de Segurança. Posteriormente, estendeu-se aos procedimentos cíveis e administrativos.

Para Siqueira Castro¹⁹⁶, a ausência da cláusula do devido processo legal, nas constituições anteriores à de 1988, “foi grandemente responsável pelo acanhamento da proteção dos direitos humanos e das liberdades públicas em nosso país”, de forma que sua presença no ordenamento jurídico aponta também para a instituição de práticas verdadeiramente democráticas, freando o autoritarismo e as arbitrariedades do Estado.

¹⁹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p 402.

¹⁹⁴ Ibidem, p 403.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Ibidem, p 405.

Por esta razão que o princípio estudado não é somente importante para assegurar a justiça nos procedimentos judiciais ou garantias de defesa do acusado, mas sim porque sem ele não há como falar na existência de um genuíno Estado Democrático de Direito.

Desta forma, e a despeito das instabilidades históricas dos ordenamentos jurídicos estudados, o aperfeiçoamento democrático de nosso sistema constitucional com a introdução de princípios correlatos ao que se faz objeto deste estudo, se traduz como a chave mestra que permitiu que o direito público brasileiro começasse a demonstrar uma promissora sensibilidade para a cláusula *due processo of law* materializada em 1988.

A importância do devido processo legal não se restringia, apenas, ao direito anglo-americano e brasileiro. Essa garantia materialmente constitucional, embora nem sempre prevista de forma expressa nas constituições modernas, universalizou-se com a Declaração Universal de Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1º de dezembro de 1948, passando a ser considerado como um direito irrevogável e inerente à pessoa humana, à organização democrática e ao convívio social¹⁹⁷.

O rompimento do devido processo legal com sua concepção, unicamente, anglo-saxônica se deu com o pós-guerra em 1945, passando a fazer parte de outros ordenamentos jurídicos pelo mundo, inaugurando, em alguns casos, a maioria dos direitos fundamentais¹⁹⁸. Transformou-se, assim, em um verdadeiro requisito da organização democrática contemporânea, passando a exigir das relações entre Estado e os indivíduos um mecanismo de contenção dos abusos de autoridade, capaz de operar em favor de um equilíbrio entre sociedade e poder público. Siqueira Castro ao tratar do tema afirma que:

“Busca-se conferir aos processos e procedimentos em que concentram as competências estatais, de um lado, e interesses individuais, de outro, uma relação de “equipotencia” que elimine (ou diminua) os desequilíbrios entre o público e o privado, de maneira a democratizar a atuação do Estado.”¹⁹⁹

Voltando a tratar do instituto no ordenamento jurídico constitucional brasileiro de 1988, o devido do processo legal é hoje um dos princípios de maior aplicabilidade em no em virtude de seu caráter múltiplo e plural. Isto se deve em razão de ser ele, o devido processo

¹⁹⁷ Ibidem, p 402.

¹⁹⁸ Ibidem, p 403.

¹⁹⁹ Idem.

legal, uma cláusula geral que comporta múltiplas garantias, que podem estar explicitadas em nossa Constituição ou que são percebidas tacitamente.

A pluralidade do princípio em questão pode ser vista claramente a partir da observação das postulações de eminentes doutrinadores do Direito brasileiro que apontam várias garantias consequentes do devido processo legal, tais como o contraditório, o juiz natural; a vedação da prova ilícita; ampla defesa, o acesso ao judiciário; a necessidade de motivação das decisões. Essa multiplicidade fica tão evidente que Eugênio Pacelli²⁰⁰, dentre outros autores, optam por explanar as garantias em detrimento da conceituação do princípio do devido processo legal. Isto posto, denota-se a possibilidade de inferir novas concepções para que se alcance o processo justo e legalmente regulamentado.

Neste sentido, as palavras de José Herval Sampaio Júnior, traduzem 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 possui no que tange a limitar sobremaneira a atuação das autoridades públicas.²⁰¹

O conjunto de garantias processuais do qual é gênero o devido processo legal, reuni todas as garantias processuais que possibilitem que o processo seja justo e que siga os rituais previamente previsto na lei, não mais havendo restrição quando a lei penal, ou seja, o devido processo legal na atualidade aplica-se, também, ao processo civil e administrativo.

Em razão de sua construção histórica, de incorporação de outras espécies de direitos, a pluralidade de seu conceito e consequentemente sua complexidade, são traços marcantes que devem ser esmiuçados para que se tenha sua mais fiel definição. Não há como conceber a execução da cláusula do devido processo legal no ordenamento jurídico vigente sem que sejam asseguradas outras garantias processuais que 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 do princípio em estudo.

Ao esquematizar o processo constitucional José Baracho, aponta no mesmo sentido quando trata da efetivação do direito de ação e defesa:

²⁰⁰ PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37.

²⁰¹ 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.

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.²⁰²

O caráter múltiplo e plural do princípio do devido processo legal apresenta desdobramos quanto as suas características e facetas. Destaca-se entre esses aspectos o fato de que este princípio apresenta caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias que ele abarca. Significa dizer que ele pode ser observado na medida em que, 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, segundo aplicação prática dos Tribunais Superiores de nosso país.

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 o devido processo legal assume características autônomas ou complementares.²⁰³

A percepção deste conceito aparentemente contraditório do devido processo legal que reúne a generalidade e a subsidiariedade, por um lado, e a autonomia, por outro é importante para que se compreenda a sua amplitude. Daí porque a importância de estudá-lo sob a perspectiva histórica. Auxiliando, desta maneira, a busca por indícios deste princípio, que se destaca por sua maleabilidade interpretativa ao longo do tempo e do contexto jurídico de cada época.

Em nossa atual compreensão do Direito é possível notar uma expansão do princípio. No atual texto constitucional, 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. E esse alargamento conceitual do princípio só foi possível em função da influência e abrangência das garantias fundamentais que paulatinamente se acoplavam ao devido processo legal.

²⁰² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. 1ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 639.

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.²⁰⁴

Por sua profundidade e importância no ordenamento jurídico vigente, além de seu extenso grau de amplitude o princípio do devido processo legal é considerado, atualmente, como 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 inclusive a atividade do legislador, já que hodiernamente, deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão [...]”.²⁰⁵

Há que se destacar, também, que o devido processo legal desmembra-se em dois aspectos: o formal e o substancial. Tal qual se demonstrou no primeiro capítulo quando abordamos o devido processo legal no direito inglês e norte americano.

O seu duplo aspecto também é parte integrante de sua característica e fundamental para que possamos compreender o princípio, tal qual está posto nos dias de hoje. 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; representa, portanto, o conjunto de garantias mínimas referentes ao sentido processual, ou seja, traduz-se nas regras processuais que possibilitam o julgamento justo. Este aspecto está intimamente ligado com o caráter múltiplo e plural já aqui exposto, e ao entendimento deste princípio como cláusula geral.

Por outro lado, o aspecto material ou substancial consagra-se na medida em que as decisões judiciais devam atender à razoabilidade e à proporcionalidade. É possível dizer, portanto, que o aspecto material se relaciona com o conteúdo da norma. A abordagem

²⁰⁴ MENDES, Gilmar. op. cit., p. 640.

²⁰⁵ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval, op. cit., p. 608.

material é a que possibilita o controle do mérito dos atos do governo, das leis, e da própria relação processual.

Ilustrando o que aqui se tentou explicar, 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.²⁰⁶

Ainda sobre o tema, Fredie Didier elucida o duplo grau do devido processo legal, no que se refere ao processo civil:

As decisões jurídicas não 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 tipos de processos, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um processo fenômeno.²⁰⁷

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.

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.²⁰⁸

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941. P. 494.

²⁰⁷ DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9 ed. Bahia: Ed. JusPODIVM, 2008. págs. 33-34.

²⁰⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p. 3.

Diante do exposto, é possível dizer que em relação ao seu duplo aspecto na história do direito brasileiro ele se divide em duas etapas. Em seu aspecto puramente formal é possível dizer que o princípio sempre esteve presente nas Constituições brasileiras. Entretanto, em relação a seu aspecto substancial, legado ao direito material, somente a partir de 1988 passou a constar no direito constitucional brasileiro.

Como destaque ao aspecto substancial do princípio estudado na Constituição de 1988 é pertinente destacar a maior ampliação dada ao instituto pela Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o fator tempo como garantia de um processo justo, tornando a jurisdição eficaz. Desta forma, o processo justo seria espécie, do qual o devido processo legal é gênero.

Nesse sentido, o devido processo legal representa um modelo institucional que sustenta tanto as garantias endógenas do processo judicial quanto as garantias exógenas, considerando não apenas os aspectos formais, mas também os aspectos substanciais que interferem na jurisdição.

O processo devido tem não apenas que ser legal, ou seja, seguir os procedimentos previstos e em lei, permitindo às partes a ampla participação. Deve o processo ser justo, considerando-se todos os seus aspectos garantidores, dentro da pluralidade que o conceito do princípio sugere.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho desenvolvido, tornou-se possível compreender de forma mais clara e sólida o princípio do devido processo legal e a construção histórica e social de suas bases, para melhor compreensão de seus avanços e retrocessos ao longo do tempo, assim como dos institutos presentes hoje em nossa sociedade.

Este estudo faz uma reconstituição histórica do devido processo legal na história do direito brasileiro, no qual foi possível observar seus indícios nas constituições de 1824, 1891 e 1934, como se demonstrará.

A Constituição Imperial de 1824 introduziu no ordenamento jurídico de sua época alguns princípios que, atualmente, compreendem o conceito de devido processo legal. No artigo 179 do texto constitucional, destacam-se: (i) a proibição de leis com efeitos retroativos (inciso III); (ii) a obrigação de comunicação da detenção e seus motivos, (inciso VIII), sendo possível destacar, ainda; (iii) a influência dos princípios de defesa penal prévia (VIII), de igualdade perante a lei (XIII) e; (iv) de Juiz Natural – em decorrência da necessidade do julgamento pelo juiz competente (XI).

A Constituição de 1891, em seu turno, elencou outros princípios e garantias, em seu artigo 72, que mais tarde viriam a complementar o sentido do princípio do devido processo legal, tais como; (i) princípio da legalidade, presente desde a constituição de 1824; (ii) o direito de petição; (iii) a liberdade de locomoção; a impossibilidade da prisão sem culpa formada e sem pronúncia do indiciado; (iv) o princípio do juiz natural (também presente em 1824); (v) a ampla defesa; (vi) o princípio da responsabilidade penal subjetiva e; (vii) a garantia do habeas corpus.

Além destas garantias e princípios expressos nos referidos textos constitucionais, buscou-se analisar em algumas leis e institutos jurídicos indícios da concepção do princípio do devido processo legal.

No período do Império brasileiro, marcado pela carta magna de 1824, foi possível observar na legislação criminal fortes avanços no conceito de devido processo legal em razão da preocupação do legislador em criar regras e procedimentos justos e claros, com a instituição do Júri e das regras de julgamento e defesa do acusado. O Código Criminal do império foi escolhido para ser estudado no presente trabalho, pois, naquela época, representou um grande avanço no processo penal, que antes era regulamentado pelo Livro V das

ordenações Filipinas, no qual a ausência de regras e procedimentos representavam ausência completa do devido processo legal.

Outro instituto que podemos dizer que constitui perfeita ligação com a concepção de devido processo legal, tanto como se compreende atualmente quanto com o conceito advindo da doutrina norte-americana, foi o Habeas Corpus.

A constituição de 1891 introduziu o Habeas Corpus, que por sua vez apresenta um cunho simbólico no desenvolvimento da justiça, representando a proteção do cidadão e, também, constituindo um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O *Habeas Corpus* representou um conjunto de garantias como, por exemplo; (i) ampla defesa; (ii) a vedação de prisão arbitrária; (iii) o juiz natural; (iii) a impossibilidade de o estado efetuar a prisão sem que houvesse formação de culpa. Sua importância na proteção destas garantias se traduzia no fato de ser a primeira ação judicial que tinha como fundamento a efetiva proteção destes direitos.

Mais tarde, a constituição de 1934, acrescentou mais um mecanismo de controle do estado, o Mandado de Segurança, reforçando a influência do padrão norte-americano sobre a cláusula do devido processo legal.

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 expresso legalmente como princípio, o devido processo legal apresentou indícios desde a concepção da primeira constituição brasileira.

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.

Entretanto, também observamos que o devido processo legal sofreu restrições e estagnações nas constituições de 1937 a 1967 coincidindo com períodos de ditadura e autoritarismo.

Tanto a Constituição de 1937 quanto a de 1967, suspenderam direitos e garantias, inclusive extinguindo o Habeas Corpus e o Mandado de segurança, que até então eram as ações judiciais que mais se aproximavam com o conceito de devido processo legal, segundo a doutrina norte-americana, da qual o referido princípio tinha como principal vertente o combate aos arbítrios e ilegalidades cometidas pelo Estado

Daí o que se conclui é que em um cenário de autoritarismo nas proporções que se haviam estabelecido, é difícil fazer uma análise do texto constitucional à luz do princípio do devido processo legal ou correlatos. Razão pela qual, este período representou um grande retrocesso na evolução e concretização de princípio e garantias, não havendo clima para se falar no princípio objeto desse estudo nesta fase da história constitucional brasileira.

A Constituição de 1946, por sua vez não representou nenhum avanço no estudo do devido processo legal, mas marcou reconstitucionalização do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus, retirados da constituição no período anterior (1937). Desta forma, podemos dizer que neste período houve uma estagnação do princípio do devido processo legal, que teve seu último indício observado no texto de constitucional de 1934, como visto.

Somente com a constituição de 1988 é que o princípio do devido processo legal pode ser observado expressamente no texto maior, sendo prevista no artigo 5º, LIV. O devido processo legal, atualmente, pode ser interpretado como um conjunto de garantias processuais que possibilitem que o processo seja justo e que siga os rituais previamente previstos na lei.

Neste sentido, há diversos outros princípios processuais justamente como direitos e garantias individuais que contemplam o complexo conceito estudado, como por exemplo: (i) a imprescindibilidade do juiz natural; (ii) o contraditório e da ampla defesa; (iii) da proibição da prova ilícita; (iv) da publicidade; (v) acesso à justiça; (vi) da motivação das decisões judiciais; (vii) da celeridade e da igualdade.

Foi possível observar, ao longo do estudo, alguns destes princípios que hoje contemplam o devido processo legal nas Constituições anteriores, em especial nas constituições de 1824 e 1891, que apresentaram uma inovação no que diz respeito à constitucionalização de direitos e garantias.

Nesse aspecto, pode-se observar que 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.

Atualmente o princípio do devido processo legal corresponde à integração de vários princípios, compondo seu significado cultural brasileiro. Por tal razão, não seria possível fazer um estudo do referido princípio sem analisar sua construção dentro do ordenamento jurídico, vez que o significado das orientações normativas não pode ser dissociado da historicidade.

Da análise do desenvolvimento do princípio estudado no decorrer da história do direito constitucional brasileiro, se verificou nos capítulos precedentes que em razão da falta de previsão constitucional expressa, a cláusula do devido processo legal acabou ingressando lentamente no direito pátrio.

A soma destes princípios levaram a concretização o devido processo legal, pela sua história e aplicação, como instrumento protetor de liberdades fundamentais em face do Estado. Em primeiro momento, essa proteção limitava-se aos procedimentos criminais, onde teve especial destaque com a criação do Habeas Corpus e Mandado de Segurança. Posteriormente, estendeu-se aos procedimentos cíveis e administrativos.

Assim, o estudo de cada constituição e legislações pertinentes exortam a criação de princípios integrados que compõem o significado cultural brasileiro atribuído ao devido processo legal. Vê-se que o significado das orientações normativas não pode ser dissociado da historicidade.

O ajuste necessário ao instituto no Brasil teve grande influencia norte-americana na construção do conceito deste princípio, mas também foi fruto de uma formação própria, respeitando às carências e anseios tipicamente brasileiros pautados na necessidade de estabelecer um processo justo em harmonia com as suas particularidades, com a sua cultura e beleza.

Diante do exposto, é possível concluir que o princípio do devido processo traduz-se na efetiva possibilidade de viabilizar o acesso à justiça, o julgamento justo e os direitos individuais que cada litigante tem no decorrer de seu processo judicial, preservando até então direitos fundamentais, entendidos hoje como de primeira geração, tais como liberdade e mais tarde a igualdade.

Tais ponderações são importantes para que sejam perquiridos os indícios deste princípio na perspectiva histórica do direito brasileiro. Em razão disto, nota-se que a busca pelos indícios do devido processo legal traduzem-se na própria racionalização e constituição do Direito, entendendo suas origens e razões.

Nesse sentido, a instituição do devido processo legal faz parte dos contornos culturais e político-sociais do Brasil, significando um instituto passível de releituras e interpretações consonantes com as exigências de cada tempo. Por isso esperamos com as reflexões apresentadas no presente estudo reconhecer, que apesar da evolução histórica desse conjunto de garantias, tais direitos ainda carecem de efetivação por parte do Poder Público, de mecanismos que oportunizem o acesso de forma mais equânime a partir da observância das condições necessárias para assegurar que o devido processo legal permaneça afirmando direitos e constituindo a democracia em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer. A evolução histórica do Habeas Corpus e sua importância constitucional e processual como forma de assegurar o direito de liberdade. Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>. Acessado em: 26 de outubro de 2015

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. O centenário do Código Criminal. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.77, 1931.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). Apud: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). História do Direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: Senado Federal. 1998.

BONAVIDES, Paulo. Política e Constituição: Os Caminhos da Democracia, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BORBA, Lise Anne de. Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri. Teresina. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2695>. Acesso em: 04 de outubro 201.

BUENO, José Antonio Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL, Ana Rita Nascimento. A Constituição Brasileira de 1891 e uma análise sobre a competência do Supremo Tribunal Federal na ótica de Pedro Lessa. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4181.pdf>. Acessado em: 21 de outubro de 2105.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 2000.

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

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Legalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CASTRO, Flávia Lages. História do Direito Geral e do Brasil. 10. ed. Lumen Juris, 2013.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992.

CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DE 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

COELHO, Marcus Filipe Freitas. A carta constitucional de 1824: por que se pode afirmar que esta constituição tinha os olhos voltados tanto para o passado quanto para o futuro?. Disponível em: <http://www.direitosbc.br/data/sites/2/arquivos/caderno.pdf>. Acessado em: 08 de outubro de 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acessado em 15 de novembro de 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acessado em 15 de novembro de 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2015.

COUTURE, Eduardo. Las garantias constitucionales del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1977.

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

DOTTI, René. Um pouco da história luso-brasileira. Casos Criminais Céleres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCO. Ary Azevedo. O Júri e a Constituição de 1946. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FRANCO, Loren Dutra. Processo civil: origem e evolução histórica. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna, n.2, abr. 2005. Disponível em: http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_2002.pdf. Acessado em 5 de outubro de 2015.

GRINBERG, Keila. Re-escravização, Revogação da Alforria e Direito no Século XIX. XXII Simpósio Nacional de História. João Pessoa, 2003. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S22.369.pdf>. Acessado em: 26 de outubro de 2015.

GRINNOVER. Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GÖTTEMS, Claudinei; BORGES, Rodrigo de Moraes. Os direitos fundamentais e sua efetividade na história constitucional brasileira. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6972&n_link=revista_artigos_leitura. Acessado em: 25/10/2015.

GUIMARÃES, Ylves José de M. Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

IGLÉSIAS, Francisco. Trajetória política do Brasil, 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

KOSHIBA, Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Frayze, História do Brasil no contexto da história ocidental. São Paulo: ed. Atual, 8 ed, 2003.

LENZA, Pedro Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 16. ed, 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. O Constitucionalismo da inefetividade: A Constituição de 1891 no cativeiro do Estado de Sítio. Brasília: OAB Editora, 2008.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª ed, 2008.

MIRANDA, Pontes de, História e prática do habeas corpus. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Habeas corpus. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005.

NABUCO, Joaquim. Um Estadista do Império. Rio de Janeiro: ed. Topbooks, v.1, 1998.

NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência/II- República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Moderno direito processual civil do Brasil e Portugal. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 7, n. 601, 2009. Disponível em: <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2005/1-1246645778.PDF>. Acessado em 05 de outubro de 2015.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: www.ci.uc.pt/proj/filipinas/ordenacoes.htm. Disponível em: 15 de novembro de 2015.

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

PEREIRA, Roberto Luiz. A Instituição do Júri e seus 184 anos de História. Disponível em: http://www.castelobranco.com.br/sistema/novo enfoque/revista_eletronica_de_direito_da_UCB. Acessado em: 15 de outubro de 2015.

PESSOA, Gláucia Thomaz de Aquino. Código Criminal. Disponível em: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5538>. Acessado em: 12/10/2015.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SAMOGIM, Juliana Maria Simão. Direitos Individuais na Constituição de 1824. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php>. Acessado em: 08 de outubro de 2015.

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.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Considerações Atuais Sobre o Devido Processo Legal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31933-37309-1-PB.pdf>. Acessado em: 8 de setembro de 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. História do Tribunal do Júri – Origem e Evolução no Sistema Pena Brasileiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file. Acessado em: 12 de outubro de 2015.

SILVA, Maria de Fátima Araújo. As Constituições do Brasil. Disponível em: <http://www.fatimaaraujo.com/pdfs/constbrasil.pdf>. Acessado em 10 de outubro de 2015.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVEIRA, Paulo. Devido Processo Legal. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes da Constituição de 1824 e no código criminal do império. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 32, ed. Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve Histórico a cerca das Constituições do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Disponível em: http://www.esdc.com.br/61Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer.pdf. Acessado em: 21 de outubro de 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos da história do direito. 3 ed. Belo Horizonte 2006.