



Noviembre 2019 - ISSN: 1696-8360



ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Luiz Tarcísio de Paiva Costa*

Nívea Andreza de Oliveira Costa **

Débora Laís dos Santos Costa***

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Luiz Tarcísio de Paiva Costa, Nívea Andreza de Oliveira Costa y Débora Laís dos Santos Costa (2019): "Aspectos históricos do princípio do devido processo legal", Revista contribuciones a la Economía (octubre-diciembre 2019).

En línea: <https://eumed.net/ce/2019/4/devido-processo-legal.html>

RESUMO:

Pretende o presente estudo revisitar os aspectos históricos do devido processo legal, partindo da concepção de princípio, em que se insere a espécie normativa em estudo. Revelada a origem na antiguidade clássica, busca-se verificar como o conceito de princípio e a própria filosofia e cultura clássicas chegaram ao século XII, após esquecidas e interdidas por séculos. Revela-se esse caminho no ressurgimento das cidades, no aparecimento das universidades e no ambiente econômico da revolução comercial, como pano de fundo para a disputa de poder entre o papado e os imperadores. Nessa conjuntura se apresenta o desastroso reinado de João Sem Terra, que levou seus súditos, em especial a nobreza a contestar seu reinado, extraindo dele a *Magna Charta*, reconhecida como marco do constitucionalismo histórico, que produziu imensas consequências jurídicas, identificadas como um dos fatores de êxito econômico da Inglaterra.

PALAVRAS-CHAVE: devido – processo – legal – aspectos – históricos.

ABSTRACT:

The present study intends to revisit the historical aspects of the due process of law, starting from the conception of principle, in which the normative species under study is inserted. Revealed the origin in the classical antiquity, it is sought to verify how the concept of principle and the classical philosophy and culture themselves came to the 12th century, after being forgotten and interdicted for centuries. This path is revealed in the resurgence of cities, in the emergence of universities and in the economic environment of the commercial revolution as a backdrop for the power dispute between the papacy and the emperors. At this juncture, the disastrous reign of John Lackland is presented, which led the subjects, especially the nobility, to oppose John's reign, getting from him the magna carta, recognized as a landmark of historical constitutionalism, which produced immense legal consequences, identified as one of the England's economic success factors.

KEYWORDS: due - process - law – aspects - historical.

* Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Instituto Toledo de Ensino de Bauru; Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Sul de Minas de Pouso Alegre.

** Mestra em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas de Pouso Alegre. Doutoranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituto Toledo de Ensino de Bauru.

*** Mestra em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas de Pouso Alegre; graduanda em Letras Português-Inglês pelo Centro Universitário do Sul de Minas.

Sumário: 1. Introdução. 2. A formação histórica. 3. O desenvolvimento. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Pretende o presente artigo analisar os aspectos históricos do princípio do devido processo legal, tomando por ponto de partida a concepção de princípio proposta pela filosofia clássica, cuja origem remonta a Escola de Mileto, com Anaximandro, em um contexto cultural transportado ao Direito Romano, que foi responsável pela consolidação de um sistema e linguajar jurídicos.

O trabalho se desenvolverá perscrutando como o Direito Romano e a filosofia clássica foram rerepresentados a partir do final do Século XI, com grande influência na Europa continental, e, com menor impacto na Inglaterra e do país de Gales, de forma a se constituírem dois grandes sistemas jurídicos, o romano-germânico e o direito comum, no ambiente cultural da criação das universidades e do reaparecimento das cidades; no ambiente econômico da Revolução Comercial; e, na conjuntura política da disputa de poder entre o papado e os imperadores.

Compreendido o ambiente histórico, ainda que brevemente, diante das limitações de um trabalho desta espécie, a pesquisa se dirigirá aos antecedentes que deram origem a *Magna Charta* e, desta forma, ao princípio do devido processo legal, a partir do que, pretende identificar a expansão e a influência dessa norma.

Os caminhos a serem trilhados pela pesquisa buscarão na Europa continental um antecedente imediato para *Magna Charta*, no Edito de Conrado II, não apenas em decorrência da proximidade da redação, mas, sobretudo, pela similitude de finalidade, voltada à constituição de consensos, indispensáveis à permanência do Estado e seu desenvolvimento.

Ao final, a pesquisa buscará confrontar os elementos históricos medievais, que tornaram urgente a constituição do princípio, com o quadro institucional em que se vive, com o objetivo de verificar a relevância de sua invocação no quadro do direito hodierno.

Trata o trabalho de revisão bibliográfica, destinada, sobretudo, a expor aspectos históricos da formação do princípio do devido processo legal, geralmente afastados das narrativas apresentadas a seu respeito, mas que são essenciais para compreensão de sua gênese, das circunstâncias de sua mitigação e da urgência de sua observância como instrumento de racionalidade e limitação do poder do Estado.

2. A formação histórica.

Oferece Anaximandro, da Escola de Mileto, a quem se atribui o surgimento da filosofia jônica (GUTHRIE, 1984, v. 1, p. 54), filósofo pré-socrático, discípulo de Tales, reconhecido como cientista (RUSSELL, 1957, L. 1, p. 42), que o instruiu, “o primeiro a elaborar o conceito de princípio de todas as coisas” (CHAUI, 2002, v. 1, p. 59), a gênese da concepção de princípio, para o qual Aristóteles atribuiu diversos sentidos, vinculando-os à ideia de ponto de partida, fundamento ou causa (ABBAGNANO, 2003, p. 792), em que as disciplinas do saber, seriam informadas por princípios próprios (LOPES, 2004, p. 44), através dos quais o raciocínio se constituiria como argumento formulado a partir de determinados pressupostos ou premissas admitidas e demonstradas como verdades exordiais e inquestionáveis, que se apresentariam em virtude delas próprias, razão pela qual, não poderiam ser demonstradas, mas apenas constatadas pela evidência através da investigação dialética ou metafísica.

Platão, na conjuntura histórica da filosofia helênica, desenvolveu um conceito de justiça, não obstante a reconhecesse como um local “oculto e de difícil acesso” (PLATÃO, 1999, p. 131) e propôs leis, inclusive de natureza processual (DÓRO, 2003, p. 25), sob o paradigma do jusnaturalismo, cujos antecedentes e pressupostos já se encontravam em Parmênides, Pitágoras e nos sofistas (MACEDO, 1997, p. 11). Em meio a esse ambiente histórico, filosófico e cultural, se apresentou a peça Antígona de Sófocles (SÓFOCLES, 2013), onde estaria presente a noção de justiça anterior às leis do Estado, em que se reconhece a concepção do princípio do devido processo legal. Já o conceito de direito natural (mais tarde utilizado como bandeira ideológica na Revolução Francesa) passou dos estoícos aos juristas romanos, que sistematizaram a técnica jurídica esboçando uma linguagem própria, em que Cícero vinculava o Direito às leis naturais, sob o fundamento da justiça e do procedimento equitativo (CÍCERO, 2002, p. 40-41).

A filosofia clássica grega e o Direito Romano, que dela se apropriou (VILLEY, 1991, p. 79), passaram a ser estudados por toda Europa, com a instituição das universidades, a partir do século XI (LOPES, 2002, p. 114-115), exercendo marcante influência na Europa continental e na Escócia, porém, com pouco impacto sobre a Inglaterra e País de Gales (SÈROUSSI, 2001, p. 35); circunstância histórica que orientou a instituição de dois dos grandes sistemas jurídicos assim reconhecidos; o denominado romano-germânico (*civil law*), com elementos próprios do denominado direito bárbaro e do direito romano, desdobrando-se em um subsistema latino-americano (ARAÚJO, 2015, p. 15); e, outro, denominado comum (*common law*) (DAVID, 1998, p. 27).

Ao início do Século XI e ao longo dele, a Inglaterra sofria constantes ataques vikings, o cristianismo já se difundira, despertando grande interesse pela vida dos Santos ou de qualquer relíquia a eles pertencente, que acreditavam e, por muito se acreditou (e ainda se acredita em muitos lugares), ser capaz de produzir milagres, aumentando o prestígio das igrejas e abadias que os possuísem; a base da economia era o trabalho escravo, decorrentes de guerras, punições e, sobretudo, da extrema pobreza que fazia com que as pessoas se entregassem a essa condição para sobreviver; a madeira se constituía na principal matéria-prima; em momento em que se ampliavam as transações baseadas em moedas, que a essa época em cunhadas em mais de 70 casas da moeda

locais, com prazo de validade após o que deveriam ser trocadas por novas emissões (LACEY; DANZIGER, 1999).

No ambiente econômico da Revolução Comercial, na Europa Continental, que se iniciou ao final do século XI, especificamente no norte da Itália, apresentou-se uma nova forma de organização política e social, com o ressurgimento das cidades, que se instituíram através da forma de repúblicas consulares, com mandatos quase que anuais, a fim de limitar o poder do governante e proteger as liberdades individuais (SKINNER, 2006, p. 25-34).

Este é o momento da criação da sociedade moderna, de uma civilização moribunda ou morta sob suas formas camponesas tradicionais, mas viva pelo que ela criou de essencial nas nossas estruturas sociais e mentais. Ela criou a cidade, a nação, o Estado, a universidade, o moinho e a máquina, a hora e o relógio, o livro, o garfo, o vestuário, a pessoa, a consciência e finalmente a revolução. Entre o neolítico e as revoluções industriais e políticas dos dois últimos séculos, ela é – pelo menos para as sociedades ocidentais – não uma cunha ou uma ponte, mas um grande impulso criador – cortado por crises, graduado por deslocamentos de acordo com as regiões, as categorias sociais, os setores de atividade, diversificada nos seus processos (LE GOFF, 2013, p. 11).

Se de um lado nas nascentes cidades italianas sopravam os ventos da liberdade, com o papado de Gregório VII, que se iniciou em 1073, deu-se impulso a um movimento eclesiástico de centralização do poder, promovendo uma disputa por hegemonia entre os imperadores e a igreja, cujos frutos geraram a constituição da cultura e tradição jurídica ocidental, vinculada à herança filosófica e jurídica da Antiguidade Clássica em compasso com a Reforma Gregoriana e a Querela das Investiduras (BERMAN, 2006, p. 12), sob o pano de fundo da instituição da mentalidade pré-capitalista, ancorada em profundas transformações tecnológicas, no desenvolvimento da produção agrícola, na criação de um mercado consumidor, no desenvolvimento da navegação, no restabelecimento das práticas monetárias, na criação dos bancos, dos títulos de crédito e na avidez pelo lucro (HILTON, 1977, p. 9).

Concomitantemente, entre os séculos XI e XIII, a Europa medieval viveu um período fecundo em invenções técnicas, que revolucionaram toda a estrutura produtiva.

No capô da produção agrícola, como fruto da racionalização difundida pelo movimento monástico, introduziram-se novas técnicas de irrigação, construíram-se canais de navegação, foram adotados o moinho d'água e o moinho de vento, a charrua o pousio trienal do solo, o arreo peitoral de bois e cavalos. Foi também na Baixa Idade Média que surgiu no Ocidente a máquina-chave da era industrial moderna: não a máquina a vapor, como se poderia pensar, mas sim o relógio mecânico.

Na arte da navegação foi igualmente na última fase da Idade Média que se inventaram as caravelas (sem as quais não teria havido a conquista no Extremo Oriente e a descoberta do Novo Mundo) e começaram a ser usadas no Ocidente as primeiras bússolas.

Na vida comercial, é de se assinalar a notável invenção do método de contabilidade por partidas dobradas, que permanece em vigor até hoje. É também desse período a criação de institutos jurídicos, sem os quais teria sido impossível a expansão do capitalismo e a revolução industrial do

século XVIII: a letra de câmbio, as primeiras sociedades comerciais, o contrato de seguro marítimo (COMPARATO, 2003, p. 46-47)

No caminhar dessas transformações, na Europa continental, se apresentou o início do Império Franco, que abrangeu o período compreendido entre a eleição de Conrado II, como Imperador, em 1024, até a morte de Henrique V, em 1125. Conrado II procurou fortalecer suas posições através de uma política de concessão de feudos aos militares (formando assim um exército profissional permanente), e, simultaneamente favorecendo a ascensão dos oficiais administrativos, pela transformação do direito feudal quanto a forma de aquisição e manutenção dos feudos. Com tais objetivos, Conrado II editou em maio de 1037 um decreto conhecido como o primeiro a reduzir à forma escrita o Direito Feudal e as práticas relativas à transmissão da propriedade. Entre as normas estabelecidas pelo Edito de Conrado II tem-se que: “nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (*mesne lord*), senão pelas leis do Império (*laws of empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgment of his peers*)” (PEREIRA, 2005, p. 20), circunstância de especial relevância ao se observar que ao longo de toda a alta Idade Média, o costume se apresentou como principal fonte do Direito, fracionado territorialmente em tantas quanto fossem as instâncias de poder, quando então pouco ou, quase nada se legislou (GILISSEN, 2001, p. 188-191).

Poucos anos após o Edito de 1037, os normandos, liderados pelo Duque Willian da Normandia, invadiram a Inglaterra, em 1066, instituindo uma nova dinastia naquele país, com *William, Henry I, Henry II, Richard Coeur-de-Lion* e *John de Anjou* (DAVID, 1998, p. 284), mantendo estreito relacionamento entre a Alemanha e a Inglaterra, o que permitiu a transposição de normas feudais alemãs para aquele país, decorrentes de relações políticas, familiares e comerciais, possivelmente influenciando a formalização da *Charter of liberties of Henry I*, de 1.100, que consagrou-se como primeira fonte positiva dos direitos fundamentais e serviria de modelo à *Magna Charta* (PEREIRA, 2005, p. 27-39).

Na Inglaterra, entre 1189 a 1199 ocupou o trono inglês *Richard Coeur-de-Lion*, quase que simultaneamente, à Declaração das Cortes de Leão, na Espanha, de 1189, em reação às pretensões centralizadoras da coroa. *Richard* participou da terceira cruzada à Palestina, recuperando a coroa, após seu retorno, por pouco tempo, pois, veio a falecer vítima de ferimentos sofridos em campo de batalha.

Las cruzadas fueron distracciones militares de los conflictos sociales y económicos dentro de Europa. El papa Urbano II dejó esto bien claro en un discurso en Clermont en el año 1095, cuando declaró la bellum sacrum [guerra santa], la Primera Cruzada: «Dejemos que aquellos que han sido ladrones durante tanto tiempo sean ahora caballeros». En el mismo discurso demonizó a los musulmanes árabes y turcos: adoran a Satán, torturan, están sucios, son violadores y, en lo que constituye el primer programa racista y genocida de la historia de Europa, llamó a los cristianos a que «destruyeran a esa raza vil». Durante las cruzadas del siglo siguiente, el reclutamiento trató de ganar apoyos con visiones de una tierra de leche y miel, y la creación en la Tierra de un reino de paz y armonía. Era la combinación de un pensamiento utópico y una realidad genocida que se

repetiría una y otra vez en la historia europea y americana (LINEBAUGH, 2013, p. 44).

No período em que participou da Cruzada esteve à frente do governo inglês, seu irmão *John de Anjou*, também chamado de John the Lackland, ou simplesmente “*João Sem-Terra*”. *John* assumiu definitivamente a Coroa por eleição do baronato em 27 de maio de 1199, com a morte de *Richard*, adotando rígida política fiscal determinando extraordinária elevação dos tributos, com o objetivo de reunir recursos para financiar uma guerra contra a França pela posse da Normandia (SILVEIRA, 2001, p. 16-17).

O governo de Rei John foi desastroso para Inglaterra, tendo que se submeter a vários armistícios decorrentes de seus frequentes insucessos militares, situação que se agravou com o falecimento do arcebispo Hubert Walter, conselheiro de John, circunstância que deu ensejo à indicação de John Grey, bispo de Norwich, posteriormente eleito arcebispo, ao cargo de Cardeal, gerando um incidente diplomático com o papado que já havia nomeado Stephen Langton, provocando a interdição da igreja da Inglaterra por Roma e excomunhão do Rei em 1209. Em 1211 o Papa enviou um ultimato a John no sentido de que se não se submetesse às ordens de Roma, sob a pena de ser editada uma bula papal desobrigando os súditos à obediência e sua destituição do trono. A execução da medida de destituição do Rei foi destinada a Felipe, Rei da França. Temendo a conspiração dos Barões John refugiou-se no castelo de Nottingham, e determinou a prisão de diversos Barões, circunstância que agravou a tensão então existente, em um ambiente desarticulação da sociedade inglesa junto ao poder real, com a ruptura do consenso, credibilidade e legitimidade indispensáveis, mais do que qualquer exército, para manutenção do poder.

Diante de tais pressões e com a falta de recursos, John declarou a Inglaterra feudo de Roma em 1213, o que levantou sua excomunhão, mas não resolveu as tensões internas, pois, a desconfiança dos Barões já havia atingido um ponto crítico. Os Barões marcham sobre Londres onde foram recebidos como libertadores, opondo o Rei seu selo à *Magna Charta* no campo de Runnymede (PEREIRA, 2005, p. 27-39).

Forças poderosas convergiram para instituição da *Magna Charta*, que reflete também as pretensões de centralização do poder promovidas pela igreja católica, em sua busca de hegemonia política, o fanatismo religioso que marcou o início do milênio, os efeitos das práticas monetárias, a pobreza da população e a força econômica do baronato inglês, contrariado pelos custos da incapacidade administrativa do rei John.

Os desastres, cincas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobretudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p.11).

Os desastres a que se refere Pontes de Miranda produziram diretamente efeitos sociais com a pauperização do povo inglês, como ocorreu em toda a Europa, decorrente da intensificação da exploração dos servos, já em um ambiente de uma razão voltada ao lucro, gerando movimentos revoltosos, da população mais atingida, por toda a parte, enfrentados como uma ameaça a hierarquia feudal e eclesiástica e, desta forma, tratados como heréticos.

A *Magna Charta*, redigida em latim, oferecendo as características de uma constituição, estabeleceu direitos, franquias e imunidades, entre as quais a exposta na *Chapter* ou *Clause* 39, sob a denominação original de *law of the land*, porém “foi Montesquieu quem ensinou aos Ingleses que eles tinham uma Constituição” (DAVID, 2000, p. 73), séculos mais tarde, pelo que, a ideia do devido processo legal se encontra na gênese do modelo historicista de constituição (CANOTILHO, 2002, p. 55-56), muito embora, não se trate do primeiro ou, único documento a tratar de liberdades civis, destacando-se o Edito de Conrado II, a Bula de Ouro da Hungria (1222), o Privilegio General outorgado por Pedro III em 1283 (cortes de Zaragoza) e os Privilégios da União Aragonesa em 1286 (SARLET, 2012, p. 28). Após assinar a *Magna Charta* o rei inglês requereu e obteve do Papa Inocêncio III a decretação de sua nulidade, ao argumento que fora realizada sem o consentimento papal e por coação, mesmo assim foi jurada por soberanos ingleses e aplicada pela jurisprudência daquele país.

3. O desenvolvimento

A abrangência dos direitos reconhecidos pela *Magna Charta* era limitada aos nobres revoltosos, entretanto, a história e a jurisprudência inglesa, incumbiriam-se de estender seus benefícios a toda população, como fonte de um vasto conglomerado de direitos e liberdades reconhecidas, não como uma magia ou graça, mas como o resultado das “*luchas en las calles y en los campos, las luchas en las cárceles y en los barcos negreros, las luchas en la prensa y en el Parlamento*” (LINEBAUGH, 2013, p. 44). Assim, em um momento histórico em que não havia divisão dos poderes do Estado (que somente seria reconhecido mais de cinco séculos depois), foram fixados limites ao poder do rei em sua atividade de polícia ou do que equivaleria a judiciária (SILVEIRA, 2001, p. 17). A cláusula da “lei da terra” (*law of the land*), mais tarde denominada “devido processo legal” (*due process of law*), através de uma lei de 1354, representava direitos costumeiramente reconhecidos, aplicando-se exclusivamente no processo penal, para que os julgamentos observassem as leis da terra, com observância do princípio do juiz natural e da legalidade. A doutrina inglesa, considera a cláusula do devido processo legal como a principal sustentação das leis inglesas e, por razões práticas e legais, acima inclusive das normas editadas pelo Parlamento, abrangendo o direito de segurança, o direito de liberdade pessoal e o direito à propriedade privada.

A cláusula do devido processo legal passou a ostentar o prestígio que hodiernamente a caracteriza, 400 anos depois de sua instituição, como bandeira ideológica dos partidários da soberania parlamentar, chefiados por Cromwell, frente aos partidários do absolutismo real, representado, primeiro, pelo Rei James e, depois, pelo Rei Charles; consolidando-se por intermédio de documentos garantidores de direitos individuais que complementaram a *Magna Charta*, reconhecendo sua função histórica, como a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679

e o "*Bill of Rights*" promulgado pelo Parlamento Britânico após a *Glorious Revolution* (revolução burguesa inglesa) de 1689; a segurança proporcionada por esse princípio permitiu o desenvolvimento de instituições inglesas e é tomado pelos historiadores como ponto de partida para o sucesso econômico e político daquele país .

Nossos livros de história nos descrevem a maneira como as liberdades inglesas se firmaram, desde a Magna Carta de 1215, e nos mostram como o despotismo real foi jugulado na Inglaterra graças ao desenvolvimento de instituições democráticas, cujo mérito nós somos convidados, por muitos autores, a relacionar ao sucesso econômico e ao prestígio mundial desse país (DAVID, 2000, p. 73).

Vigente no ambiente do direito costumeiro inglês, a cláusula do devido processo legal estava absorvida pela cultura jurídica dos ingleses, que a transportaram para as colônias na América, como uma de suas instituições mais elementares, para onde se deslocaram em fuga das lutas e intolerâncias religiosas que marcaram o século XVI e início do século XVII na Europa, dispostos a formar uma nação baseada na observância dos direitos individuais.

Assim quando os protestantes ingleses aportaram em fuga na Virgínia, em 1607, trouxeram consigo o direito consuetudinário e o sistema do *commow law*, estando presente entre os documentos constitucionais das colônias americanas: *The Mayflower Compact*, de 1620; *The Rhode Island Patent*, de 1643; *The laws and liberties of Massachusetts*, de 1641; *The Fundamental Constitution of Carolina*, de 1669; *First Frame of Government*, de 1682; *The New York Charter of Liberties*, de 1683.

A desconfiança herdada do relacionamento com o Parlamento inglês causou dificuldades na ratificação da Constituição americana, visto que as colônias haviam se transformado em Estados independentes. Buscando a adesão da colônia de New York alguns federalistas (John Jay, James Madison e Alexander Hamilton), editaram nos jornais 85 artigos, conhecidos como os "Artigos Federalistas" (*The Federalist Papers*). Thomas Jefferson, à época embaixador dos Estados Unidos na França, opôs objeções à Constituição ao argumento de que a ausência de um *Bill of Rights*, para proteção de direitos individuais, propiciava a ingerência centralizada da União sobre os assuntos dos Estados Federados (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, 2005). A nova república foi criada através da Constituição de 1787; apesar de presente no sistema americano desde o início da colonização o princípio do devido legal somente foi adotado formalmente com a quinta emenda (que protegia contra abusos do governo federal) da Constituição americana e ampliada pela décima quarta emenda, que abrangia também eventuais abusos dos governos estaduais, (GAMA, 2005, p. 49), por influência de Thomas Jefferson que sugeriu aos deputados virginianos (Madison e Mason), que submetessem ao Congresso emendas à Constituição, para instituição de *Bill of Rights*.

Bem antes da elaboração da Constituição americana, entretanto, já estava em efervescência na França do século XVIII, por força do Iluminismo, o movimento cultural que culminou com a ruptura do *ancien regime* pela Revolução Francesa de 1789. A ideia de limitar o poder do Estado, impondo um devido processo legal como garantia individual está presente na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (Revolução Francesa de 1789), que assumiu um caráter

universalista atribuindo aos direitos e garantias individuais, que se apresentam como naturais e inalienáveis do ser humana, ao contrário de seus precedentes onde tais direitos eram concedidos como ato unilateral do soberano, nesse sentido:

Até mesmo nas chamadas cartas de direitos que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França, desde a Magna Charta até o Bill of Rights de 1689, os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer – mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberano – como um ato unilateral deste último. O que equivale dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito jamais teria tido qualquer direito (BOBBIO, 1992, p. 101).

O discurso exposto na Declaração de Direitos dos Cidadãos, contendo conceitos universais libertários de cidadania, direitos individuais e limitação governamental, foi aceito e absorvido pelos posteriores discursos constitucionais, ainda que formalmente.

A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu com as estruturas sócio-econômicas tradicionais do mundo não europeu; mas foi a França que fez suas revoluções e a elas deu suas idéias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes, e a política européia (ou mesmo mundial) entre 1789 e 1917 foi em grande parte a luta a favor e contra os princípios de 1789, ou os ainda mais incendiários de 1793. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo (HOBSBAWM, 2007, p. 71).

Na França revolucionária o conceito do devido processo legal está presente no artigo 7º da Declaração de Direitos da Constituição de 1789, no artigo 10º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793, e, nos artigos 8 e 10º da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição de 1795.

A Constituição portuguesa de 1822 foi elaborada pelas Cortes Constituintes de 1820, eleitas por um critério de proporcionalidade em Portugal e em suas colônias, na América, na África e na Ásia. A Constituição espanhola de 1812 e as constituições francesas de 1793 e 1795 foram as fontes da Constituição portuguesa, onde o liberalismo foi atenuado e interpretado, no sentido do utilitarismo de Bentham, que chegou a se corresponder com as Cortes portuguesas.

Com a proclamação da independência do Brasil em 3 de maio de 1823 foi eleita uma Assembleia Constituinte, que elaborou um projeto de Constituição (denominado projeto Antônio Carlos – nome do relator), entretanto, as divergências entre o Imperador e a Assembleia, levaram-no a dissolvê-la com a promessa que outra seria instituída, porém, optou Pedro I por apresentar bases para que uma comissão (de dez membros) a elaborasse, entrando em vigor 15 de março de 1824. A Constituição consigna grandes princípios liberais de igualdade, e embora não trate precisamente do princípio do devido processo legal, possui dispositivos a ele vinculados na esfera penal e procedimental (art. 179) (MIRANDA, 2001, p. 13-30).

Elementos do princípio do devido processo legal podem ser identificados em todas as constituições brasileiras (artigo 179 da Constituição de 1824; artigo 72 da Constituição de 1891; artigo

113 da Constituição de 1934; artigo 122 da Constituição de 1937; artigo 141 da Constituição de 1946; artigo 150 da Constituição de 1967; artigo 153 da Constituição de 1969) sendo finalmente positivado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição de 1988, onde foi incluído pelo Substitutivo 2 (18/09/1987), da Comissão de Sistematização (LIMA, 2013. v. 1, p. 81), sendo mantido até a redação final do texto promulgado.

A ideia do devido processo legal está presente nas constituições do Uruguai (art. 12), da Argentina (art. 18 – Constituição de 1853), do Chile (art. 19), Paraguai (art. 11 e 17), Bolívia (art. 18), Peru (art. 139), Equador (art. 76), Colômbia (art. 29), Venezuela (art. 49), México (art. 14 - presente desde a Constituição de 1857), Cuba (art. 94), República Dominicana (art. 69), Cabo Verde (art. 21), Guiné-Bissau (art. 42), Moçambique (art. 62), Portugal (art. 20), São Tomé e Príncipe (ART. 40), Timor-Leste (art. 34), e, entre outras, Espanha (art. 24).

Tratados internacionais também incluíram o devido processo legal como direito fundamental, como se observa nos artigos VIII a XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; nos artigos 6º e 7º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950; nos artigos 6º, 9º, 14 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Humanos de 1966; artigos 7º a 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; e, nos artigos 17º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

Desde sua gênese, seja em Antígona, seja em Conrado II, ou na *Magna Charta* (como geralmente reconhecido) a ideia do devido processo legal está relacionada com valores culturais amplos e profundos como o sentimento de justiça, de previsibilidade dos processos e com a limitação do poder do Estado, para proteção de bens jurídicos, como a vida, a liberdade e a propriedade, relacionando-se com as garantias da *Magna Charta* contra a opressão do Estado, portanto, aplicável a todos os Poderes, atuando como reservatório de limitações constitucionais, expressas ou não, sobre a autoridade governamental, impondo às relações entre Estado e pessoa um padrão de moralidade. O devido processo legal se apresenta em tal contexto, como princípio fundamental do processo civil, a partir do qual todos os demais se estruturam, nesse sentido:

O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o *devido processo legal*, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (art. 5º, n. LIV). (NERY JÚNIOR, 2002, p. 32).

Apropriando dá notícia apreendida o esboço histórico do princípio no devido processo legal e confrontando-a com a realidade histórica deste início de milênio, 800 anos após a *Magna Charta*, quase 1000 anos após o edito de Conrado II, e, há quase 2500 anos de Antígona de Sófocles, enfrenta o observador, após as imensas transformações materiais ocorridas na história humana, como a modificação do modo de produção e distribuição da riqueza, com os desenvolvimentos tecnológicos e as profundas transformações sociais, similitudes desconcertantes, que abrangem a restauração dos fundamentalismos econômicos, religiosos e ideológicos.

E aqui, em pleno século XXI, se apresenta como fundamento de um certo discurso, que se pretende hegemônico, que privilegia o ódio, sob um fundamento religioso, tal qual aquele que em 1095, do papa Urbano II, que levou todo tipo de malfeitor a arvorar-se em defensor da fé, e, com o mesmo discurso que demonizou os muçulmanos, árabes e turcos, justificou toda a tortura, todo o racismo, toda a misoginia e, enfim, todo preconceito e barbárie, em um momento na busca por riquezas em uma guerra que se pretendia santa, e, em outro, para sacralizar as forças do neoliberalismo.

Em ambos os momentos se apresentou a força do Estado como instrumento de opressão, em busca da proteção dos interesses econômicos, com o empobrecimento e subjugação da população, pois, além de buscar rotas comerciais e os saques, também foi possível através das cruzadas a implantação de programas racistas que deixariam sua marca pelos séculos vindouros chegando até o terceiro milênio, com o mesmo projeto de máxima exploração do ser humano, em que, a ideia de um devido processo legal se apresenta por si só revolucionária.

O Direito que nos tempos atuais colonizou a vida através de suas diversas províncias institucionais, concretizando-se através da jurisdição, onde a efetivação do devido processo legal se constitui como instrumento democrático, vinculou-se após a experiência histórica da barbárie produzida no breve Século XX (HOBBSAWM, 1997, p.11), à ideia de dignidade da pessoa humana, que instaurou nas sociedades uma perene atenção com o ser humano, tomado com centro do ordenamento jurídico, da sociedade e da história, e, por consequência se impôs o ininterrupto e incessante movimento para instauração de providências e medidas destinadas ao aprimoramento das instituições democráticas, cujo escopo deve se dirigir ao atendimento das demandas pessoais e sociais, pois “Os homens são seres condicionados: Tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de existência” (ARENDDT, 2001. p. 17).

4. Conclusões

A cláusula do devido processo legal se apresenta historicamente vinculada à ideia de limitação do poder do Estado, sendo instituída em momentos de opressão em busca de consensos, como se observou em sua gênese na Idade Média, seja em Conrado II, seja na *Magna Charta*, assim como seu desenvolvido posterior se direcionada a conjunturas de transformação da ordem posta.

É possível, como se viu, a localizar a gênese do princípio do devido processo legal, tal qual quanto a outros direitos fundamentais, numa conjuntura similar, marcada pela tirania e pela extrema exploração do homem, é o que se observa da representação de Sófocles na antiguidade clássica, ou da conjuntura econômica e social do mundo medieval em que foi talhado.

Da mesma forma, o desenvolvimento histórico do princípio revela sua função de instrumento de limitação do poder do Estado, para a proteção da dignidade da pessoa humana, diante dos fundamentalismos econômicos e religiosos que marcaram sua trajetória nos últimos 800 anos, contexto em que se apresenta o Direito, tal qual as demais ciências, a conceber técnicas capazes de instrumentalizar a proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, que deve ser o seu fim,

ultrapassando a função ideológica de dominação, efetivadas no cotidiano das relações humanas em constante mutação, sob a tutela do poder jurisdicional do Estado, pelo que, quem “pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens” (FELIPPE, 1996. p. 54).

Do Direito e da tutela jurídica se exige, entretanto, para além de toda abstração, a concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a ela se agregam e a materializam, impondo no âmbito processual a observância do devido processo legal, e, através dele a plena eficácia de seu instrumento técnico, o processo.

Tratados internacionais de direitos humanos e constituições promulgadas após regimes ditatoriais, com as constituições latino-americanas, a portuguesa, a espanhola e as dos países lusófonos, positivaram o devido processo legal ou alguns de seus aspectos, revelando, por si só, a ordem a que pretendem substituir, de forma a privilegiar a dignidade do ser humano como centro do Direito e das instituições do Estado, como exposto na lição de Fábio Konder Comparato: “ Por outro lado, quando as Constituições são promulgadas após a derrocada de m regime político, é fácil perceber, pelo movimento natural de reação contra os vencidos, aquilo que a nova Carta Política pretende instaurar no país” (COMPARATO, 1986, p. 11).

5. Referências bibliográficas:

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira: Alfredo Bosi; revisão e tradução de novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. As características de um sistema jurídico romanístico. In SCHIPANI, Sandro, ARAÚJO Danilo Borges dos Santos Gomes de (organizadores). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- BERMAN, Harold J. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHAUI, Marilena. **Dos pré-socráticos a Aristóteles**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.
- CÍCERO. Marco Túlio. Leis, Livro I. In MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução: Reinaldo Guarany. Revisão da tradução: Silvana Vieira e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil, uma constituição para o desenvolvimento democrático**. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DÓRO, Tereza. **O direito processual brasileiro e as leis de Platão**. Campinas: Edicamp, 2003.
- FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- GAMA, Lúcia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **O devido processo legal**. Leme: LED, 2005.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução: António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GUTHRIE, W. K. C. **Historia de la Filosofía Griega: Los Primeros Presocráticos y los pitagóricos**. Tradução de Alberto Medina González. Madrid: Gredos, 1984. v. 1.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jhon. **O federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 2ª ed. Campinas, Russell, 2005.
- HILTON, Rodney. Introdução. In SWEEZY, Paul e outros. **A Transição do feudalismo para o Capitalismo**. Tradução: Isabel Didonnet. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.
- HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos, o breve século XX, 1914-1991**. Tradução: Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 22ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- LACEY, Robert. DANZIGER, Danny. **O ano 1000: a vida no início do primeiro milênio**. Tradução Alfredo Barcellos Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1.
- LINEBAUGH, Peter. **El Manifiesto de la Carta Magna. Comunes y libertades para el Pueblo**. Traducción: Yaiza Hernández Velázquez y Astor Díaz Simón. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história, lições introdutórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei, direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: 34/Edesp (Coleção Direito GV), 2004.
- LE GOFF, Jacques. **Para uma outra idade média: tempo, trabalho e cultura no ocidente**. Tradução: Thiago de Abreu e Lima Florêncio e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2013.
- MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- MIRANDA, Jorge. **O constitucionalismo liberal luso-brasileiro**. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PLATÃO. **A República**. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. **História e prática do habeas-corpus**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, L. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte americano**. Tradução: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SKINNER, Quentim. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução: Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- SÓFOCLES. **Antígona: uma tragédia grega**. Tradução: Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução: Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, 1991.