

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS ATOS LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS

*THE CONSTITUTIONAL PROCESS AND DUE PROCESS OF LAW AS THE BASIS FOR THE
DEMOCRATIC LEGITIMACY OF LEGISLATIVE AND JURISDICTIONAL ACTS*

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (1997), mestrado em Máster en Instituciones y Políticas de la UE - Universidad Camilo José Cela (2005), mestrado em Derecho Público - Universidad de Alcalá de Henares (2003) e doutorado em Derecho Público - Universidad de Alcalá de Henares (2005). Diretora do Centro de Excelencia Europeu Jean Monnet da UFMG. Coordenadora da Cátedra Jean Monnet de Direito Comunitario. Possui Atualmente é professor visitante da Universidade de la Republica do Uruguai, Universidad de Castilla-la Mancha, Universidad de Alcalá de Henares, Universidad Anahuac e Universidad de Buenos Aires. Professora adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais e da Fundação Universidade de Itaúna.
E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

Reginaldo Gonçalves Gomes

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (9/2019). Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna (2014). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas (1999), Licenciado em Letras pela Faculdade de Letras da UFMG (1992). Licenciatura em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano (2019). Bacharelado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia - Fafich - UFMG (2022). Pós-graduado em Ciências Penais pela Fundação Ministério Público de Minas Gerais e Pós-graduado em Processo: Grandes Transformações pela Universidade de Santa Catarina em parceria com o curso LFG; Pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera em parceria com o curso LFG. Membro de diversas comissões de processo administrativo disciplinar; Cargo efetivo de Analista Judiciário na Secretaria do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Exerce, atualmente, o cargo de Assessor Jurídico-Chefe no Gabinete de Juiz Federal Membro do Tribunal Regional Eleitoral.
Email: regisgomes@yahoo.com.br

Carlos Alberto Simoes de Tomáz

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1983). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2005). Doutorado em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal.
E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

Recebido em: 08/06/2021
Aprovado em: 10/06/2022

RESUMO: A partir de uma abordagem lógico-dedutiva e tendo como referencial o historicismo político-jurídico de Nicola Matteucci, o artigo alavanca a legitimidade dos atos legislativos e jurisdicionais a partir de uma conformação não apenas formal, mas principalmente material, do

processo constitucional e do devido processo legal, que para além da motivação exclusivamente patrimonial que lhes impregnou a origem na experiência constitucional inglesa, encontram-se alçados a pavimentar o caminho da experiência democrática em defesa da efetividade dos direitos fundamentais, circunstância que resulta no fortalecimento do devido processo legal. O problema que se põe é a conformação dos atos legislativos e jurisdicionais com o devido processo legal, para que sejam legítimos, pois não basta emanar da função competente para realizá-los. Assim, o objetivo do presente artigo é apresentar teoricamente as bases pré-conceituais e conceituais do devido processo como sustentáculo da legitimidade da função legislativa e jurisdicional. Justifica-se o presente trabalho, uma vez que o processo constitucional e o princípio do devido processo legal são a base epistêmica para a realização de atos legislativos e jurídicos. A partir da análise dos aportes epistêmicos e da metodologia analítico-descritiva, chega-se à conclusão de que os atos legislativos e os atos jurisdicionais não podem ser criados de forma autoritária, pois estão vinculados ao princípio do devido processo legal que os sustenta.

Palavras-chave: Processo constitucional. Devido processo legal. Legislativo. Jurisdição. Legitimidade.

ABSTRACT: Based on a logical-deductive approach and having as a theoretical reference Nicola Matteucci's political-legal historicism, the article leverages the legitimacy of legislative and jurisdictional rules based on a formal and material conformation of the constitutional process and due process of law, which in addition to the exclusively patrimonial motivation that has impregnated their origin in the English constitutional experience, have been paving the way for democratic experience in defense of the effectiveness of fundamental rights, whose results at the enforcement of due process of law. The problem, which is deal in this article, is the conformation of legislative and jurisdictional acts with due process of law, for it is not enough that emanate from the competent power to perform them. Thus, the aim of this article is to present the pre-conceptual and conceptual bases of due process of law as a support for the legitimacy of the legislative and jurisdictional function. The justification of this present work is that the constitutional process and the principle of due process of law are the epistemic basis for carrying out legislative and legal acts. From the analysis of epistemic contributions, the conclusion is that the legislative acts and jurisdictional acts cannot be created in an authoritarian way, as they are linked to the principle of due process that sustains them.

Keywords: Constitutional process. Due process of law. Legislative. Jurisdiction. Legitimacy.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Aportes históricos de pré-compreensão: o exercício das funções estatais e o surgimento da pugna entre governo e jurisdição. 1.1 A contribuição da experiência histórica inglesa. 1.2 A contribuição da experiência histórica francesa. 1.3 A contribuição da experiência histórica norte-americana. 2 O processo constitucional e o devido processo legal como irradiadores da eficácia legitimadora dos atos legislativos e jurisdicionais. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 rompe com um modelo de Estado Liberal e Social até então vigentes no Brasil e, ainda, com um modelo constitucional autoritário cujas funções eram exercidas com base nos ditames e valores da autoridade que proferia as decisões. O déficit de legitimação do exercício da autoridade impregnava a ordem autocrática anterior à Constituição de 1988. Basta lembrar a existência de governadores e senadores “biônicos”, pecha atribuída porque

não eleitos pelo povo e nomeados pelo presidente da república e, também, de juízes federais igualmente escolhidos ao bel prazer do chefe do executivo federal, sem falar, obviamente, na livre escolha dos magistrados integrantes dos tribunais superiores, situação que não foi objeto de modificação na nova ordem constitucional. O resultado, portanto, não podia deixar de ser outro: tanto no exercício da função legislativa, quanto no da função jurisdicional, não havia preocupação por parte das autoridades em exercer tais atividades em nome do povo.

Essa é, sem dúvida, a herança histórica que a democratização recebeu e cujos efeitos ainda hoje são suportados em maior ou menor grau. Desse modo, pretende-se neste artigo examinar o processo constitucional e o devido processo legal que se apresentam como as bases para o exercício das funções estatais no ambiente do Estado Democrático de Direito.

Ao declarado escopo, o artigo apresenta as bases pré-compreensivas da pugna entre *governo* (seja o executivo, seja o legislativo) e *jurisdição*. Para tanto, louva-se do historicismo de cariz político-jurídico de Nicola Matteucci para amparar uma análise sobre a evolução do binômio Liberdade – Autoridade onde se mostra efervescente, desde o início, a pugna entre *gubernaculum* e *iurisdictio* na experiência histórica inglesa, francesa e norte-americana.

Na sequência, uma conformação democrática do processo constitucional e do devido processo legal é apresentada para apostar, em conclusão, numa eficácia legitimadora dos atos legislativos e jurisdicionais a partir dessa concebida conformação que alça o devido processo legal para além da motivação patrimonial que lhe deu origem na experiência constitucional inglesa, de modo a se mostrar como a via apta a propiciar a experiência democrática em defesa da efetividade dos direitos.

O artigo repousa numa pesquisa analítico-descritiva com abordagem crítica uma vez que busca explicar como o devido processo legal a partir de uma concepção teológica deve respaldar-se no referido binômio (Liberdade-Autoridade) acima citado.

1 APORTES HISTÓRICOS DE PRÉ-COMPREENSÃO: O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E O SURGIMENTO DA PUGNA ENTRE GOVERNO E JURISDIÇÃO

Equacionar os problemas da agenda mundial do século XXI pressupõe, sem dúvida, uma investigação em torno dos postulados filosóficos que empreenderam a experiência do Estado e do Direito modernos.

Sem imprimir menor relevância às experiências vividas pela sociedade, que consagraram formas estatais de organização considerável, como a civilização egípcia, a mesopotâmica, o império persa, as cidades gregas e o império romano, entre outras, voltaremos nosso exame para o surgimento do Estado-Nação, sem desprezar as causas que levaram ao seu fortalecimento e, hoje, enfraquecimento.

O marco encontra razão de ser em face do fenômeno da racionalização do poder, com o surgimento do Estado liberal burguês, a partir de quando o monarca não mais exercia o poder sob o influxo da vontade divina, não mais inteiramente por vontade própria, mas sob a vontade de normas jurídicas escritas, que limitavam o seu exercício. A confiança na razão passou a guiar os rumos da humanidade conforme Pêpe, para quem “liberdade, igualdade e fraternidade passaram a se constituir como pano de fundo de um cenário revolucionário para marcar definitivamente o fim do “estado de natureza” e o surgimento do “Estado de Direito”” (PÊPE, 2006).

É dizer, o poder se tornou produto da razão limitado em normas, retirando o monarca do campo do absolutismo para submeter sua vontade à lei. O Estado passa a ser a fonte de criação e aplicação normativas voltada a limitar o poder real.

Percebe-se, desde aí, o quanto intimamente vinculadas estão as ideias de Direito e de Estado. Sem penetrar na discussão deflagrada por Kelsen (1992), para quem “O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica...”, daí porque entende que “...o Estado pode ser juridicamente compreendido como o próprio Direito” (KELSEN, 1979, p. 424),

não se pode perder de vista que a experiência do Estado se encontra visceralmente ligada à experiência do Direito. Decorrendo, assim, a concepção advinda a partir do Estado de Direito Liberal, ou seja, a de que o Direito limita a atuação do Estado.

Descrivendo a ordem medieval, cuja derrocada ensejou o absolutismo no poder, que irromperia, mais tarde, no Estado Liberal de Direito, CROSSMAN (1980, p. 19) assinala que “o homem era preso ao país em que vivia [...] com uma infinidade de obrigações e pouquíssimos direitos...”. Com efeito, o homem, aqui identificado como servo, via-se na mesma condição que os escravos das civilizações antigas, é dizer: como núcleo de irradiação apenas de deveres, submetido, na verdade, não apenas a uma, mas, a três esferas de poder, pois, efetivamente, na ordem medieval podia-se divisar ao menos três núcleos bem definidos de poder: o poder do monarca, o poder dos senhores feudais e o poder da Igreja Católica. A estabilização desta estrutura; quer no plano econômico, a fim de assegurar a economia inteiramente doméstica; quer no plano político, a fim de garantir o poder real, passava por um emaranhado de interesses onde a figura da Igreja aparece com imiscção não apenas no campo espiritual, como igualmente no âmbito do poder temporal.

O papel da Igreja nesse cenário era visivelmente distinguido. A hegemonia que o papado exercia sobre os senhores feudais e sobre os monarcas é amplamente divisada na história, quando se sabe que para satisfação de seus interesses no plano temporal a Igreja anulava casamentos de nobres, posicionava-se nas guerras e definia marcos para as conquistas.

Alguns acontecimentos levaram à concentração do poder nas mãos do monarca. De fato, a derrocada do feudalismo, entre outras causas, pelo fortalecimento das cidades em face do desvio da economia, que se descola da produção voltada para abastecimento do próprio feudo para chegar à cidade com a expansão do comércio, bem como pela ruína dos senhores feudais após as chamadas “guerras santas”, que consumiram os recursos dos feudos em defesa da propagação da fé católica e, ainda, pelo enfraquecimento do poder da Igreja Católica em face da reforma protestante com as ideias de Calvino e Luthero, gizaram o ambiente propício para o fortalecimento do poder nas mãos do monarca, a ponto mesmo de irromper a laicização quando os interesses de Roma contrariaram o do monarca, de que é exemplo a criação da Igreja Anglicana sob os auspícios de Henrique VIII, rompendo com o poder do papado, que se recusava a anular seu casamento, porque não convinha à Igreja Católica. Começa-se, portanto, a relativizar-se o fundamento religioso da política.

Outras causas para a formação do Estado absoluto são apontadas com precisão por Matteucci (1998): a política expansionista sob o influxo das guerras de conquista, que vieram, enfim, a engendrar o aparecimento de um serviço diplomático, dos primeiros exércitos estatais permanentes e de corpos de funcionários voltados para maximizar o patrimônio pessoal do rei e os recursos da coroa de maneira a propiciar o alcance dos fins almejados.

O monarca amealhou tanto poder em suas mãos em detrimento dos feudos e da própria Igreja Católica, com o rompimento da aliança do poder temporal com o espiritual, que, em determinado momento, era a única fonte de criação e aplicação normativas, a ponto de Luis XIV estar sempre sendo lembrado pela sua célebre frase: “L’État c’est moi”.

De fato, o Estado, numa visão essencialmente jurídica, era o próprio rei que enfeixava suas funções típicas: criava o direito (exercia a função legislativa); aplicava o direito para executar sua vontade (a do monarca), exercendo a função executiva; e aplicava o direito para dirimir os litígios (função jurisdicional). O fenômeno da concentração de poder deflagra o aparecimento das monarquias absolutistas.

Com efeito, no medievo, a sociedade europeia convivía com um direito erigido sob duas vertentes: a origem divina e os costumes. Era, portanto, um direito natural obtido pelo consenso de sucessivas gerações, portanto imemorial. Era, no entanto, um direito que privilegiava o monarca em detrimento dos nobres e dos vassallos. E os efeitos de injustiça se vivenciavam com sua aplicação.

A biografia do Estado está a revelar que toda vez que o poder se concentra, tende a ser exercido de forma absoluta, em detrimento da liberdade individual, pondo em risco o almejado

equilíbrio no binômio “autoridade x liberdade”, que estava longe de ser cogitado na estrutura concentrada de poder das monarquias absolutistas. O poder do monarca era indivisível, incontrolável, e mesmo havendo limitações, elas deitavam raízes num direito natural de origem divina, ou nos costumes, o que transformava o monarca, como registra Matteucci, num vigário de Deus. “Ello estaba *sub Deo y sub lege*, pero no *sub curia*, y por tanto nadie podía juzgar legalmente la violación de la ley por parte del rey. No sólo no era responsable políticamente, en el sentido moderno de la palabra, sino que ni siquiera lo era jurídicamente”, arremata Matteucci (1998, p. 40).

Nesse passo, para fazer frente ao poder absoluto das monarquias, aparecem os ideais liberais que continham, em sua essência, duas grandes ideias. A primeira era *a preocupação com a liberdade individual*, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem, à época, as preconizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir, vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e consequente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de culto. Era preciso, pois, não somente reconhecer, como assegurar estes direitos frente aos abusos do poder absoluto dos monarcas medievais. Assim, para que fosse possível o exercício destes direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca. Este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de forma absoluta.

Portanto, a segunda ideia, decorrentemente da primeira, dizia respeito à desconcentração do poder. Poder concentrado, já se disse, identifica-se com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder.

Os indícios da desconcentração do poder começaram a aparecer, por mais paradoxal que seja, em proveito da própria concentração. Com efeito, Matteucci (1998) aponta a ideia embrionária da mentalidade moderna de funcionário como aquele que desenvolve uma função pública e por isso ligado hierarquicamente à administração e à vontade do rei, de quem recebe o soldo, vinculasse ao medievo, “que ve en el oficio un ‘beneficio’ o un ‘patrimonio’ concedido por el rey, con el que obtiene una renta” (MATTEUCCI, 1998, p. 32).

Por outro lado, a secularização da cultura, com o desprendimento do fundo religioso que o iluminismo irromperia, possuiu o condão de propiciar dois fenômenos: primeiro, o avanço dos estudos teológicos permitiram o questionamento das tradições. A racionalidade começa a confrontar a história. Os costumes são postos em xeque. Em segundo lugar, e decorrentemente, o poder real – o poder divino dos monarcas – também é questionado, para se propugnar por um exercício racional, não mais de origem divina, mas vinculado a leis. O direito natural e o direito divino poderiam ser derogados por razão de Estado.

É nesse cenário que a relação entre o público e o privado começa a assumir conotações marcantes. É nesse cenário, igualmente, que uma pergunta tão importante para este estudo começou a ser formulada: ¿pertence a los magistrados el *merum imperium* (la plena jurisdicción penal) o son meros delegados del principe? (MATTEUCCI, 1998, p. 32)

Na verdade, falar em exercício de jurisdição por alguém que não o monarca implica inegavelmente em admitir desconcentração de poder. E o processo de desconcentração foi lento, gradual, até sua consolidação com o constitucionalismo liberal.

1.1 A contribuição da experiência histórica inglesa

Inicialmente, a transformação do absolutismo percorre um caminho voltado para ensinar a participação da nobreza na criação do direito, o que faria eclodir conflitos entre o monarca e as casas parlamentares que apareceram exatamente em decorrência da crise. Como prenúncio de tudo o que mais tarde aconteceria, na Inglaterra desde 1215, quando o baronato inglês conseguiu fazer o Rei João Sem Terra outorgar a Magna Charta Libertatum, divisava-se o aparecimento de atuação legislativa, sem que fosse representativa da vontade do monarca. Era, na verdade, uma

manifestação corporativa da aristocracia feudal em face de seu rei, mas é possível divisar, sem dúvida, um ponto de partida para irradiação dos direitos do homem.¹

O constitucionalismo deflagrado com a Magna Charta, com efeito, revelava a organização do reino, deixando muito claro o zelo pelo direito costumeiro erigido imemorialmente² e que deveria ser respeitado. Conquanto voltada para preservação dos privilégios da nobreza, reconhecia e definia a competência territorial dos Tribunais de Queixas ou dos pleitos comuns (Plaid Communs)³, bem como de uma instância intermediária: o Tribunal do Condado (Shire Gemot)⁴ e a instância superior que constituía o Tribunal do Rei⁵. Os magistrados eram escolhidos, nomeados e exonerados pelo monarca. Eram os juízes do rei. Significa dizer, o Poder Judiciário se encontrava totalmente atrelado ao monarca, era uma longa manus do rei para exercer a iurisdictio. O Rei detinha o poder de se sobrepor às decisões judiciais, de tal sorte que se um súdito era absolvido, poderia desconstituir a sentença e conduzi-lo ao cadafalso, da mesma maneira que aquele condenado à morte por sentença judicial poderia ser absolvido se caísse na graça do rei, derivando daí o direito de graça, indulto ou anistia, existente até hoje na experiência jurídica estatal.

Mas esse importante texto, além de impor limitações à prerrogativa monárquica de ampliar os ingressos através de impostos⁶, revelava igualmente a embrionária organização do poder legislativo, quando estabelecia a convocação da igreja (arcebispos, bispos e abades) e da nobreza (viscondes, condes, barões do reino), e dos encarregados de ofícios (sheriffs e balios) para participar das assembleias, cujas decisões eram tomadas pela maioria dos presentes.⁷

A experiência constitucional inglesa com a Magna Charta já dava passos significativos em direção à limitação do poder monárquico. O sentido político de constituição como mecanismo de limitação do poder, que viria a ser, mais tarde, amplamente adotado pelo constitucionalismo moderno, repousa desde aí. Como também ali encontra berço a separação de poderes, como já havia percebido Locke (2006).⁸

As crises que fizeram eclodir as guerras civis na Inglaterra decorreram notadamente de dois fatores: de um lado, a questão religiosa com a intolerância que se seguiria a partir do Act of Supremacy de Henrique VIII, rompendo com Roma e proclamando-se chefe da Igreja Anglicana. Aliás, já se disse que a liberdade de crença é a mãe de todas as liberdades. De outro lado, o mercantilismo impulsionava o colonialismo e a conquista de novas regiões ao mesmo tempo em que exigia gastos vultosos, ampliava o mercado e ensejava o desenvolvimento do capitalismo

¹ Nesse sentido, conferir CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 513.

² A preservação do direito costumeiro é invocada de forma expressa ou indiretamente no texto da *Magna Charta Libertatum*. Vale conferir as disposições vazadas no art. 3º, onde se lê expressamente “... segundo o antigo direito habitual dos feudos.” e nos arts. 59 e 60, entre outros (*MAGNA CHARTA LIBERTATUM*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.02.2018).

³ No art. 22 o texto revela: “O Tribunal de Queixas ou pleitos comuns (“Plaid Communs”) não acompanhará por todas as partes a nossa pessoa, devendo permanecer fixo em um ponto dado. Os assuntos jurídicos que versem sobre interditos de reter ou recobrar, a morte de um antecessor ou a apresentação de benéficos, ventilar-se-ão na província onde se ache situado o domicílio dos litigantes; assim, pois, Nós, ou, em caso de estarmos ausentes do Reino, Nosso primeiro magistrado, enviaremos anualmente a cada condado juízes que, com os cavaleiros respectivos, estabeleçam seus tribunais na mesma província.” (*MAGNA CHARTA LIBERTATUM*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.02.2018).

⁴ *MAGNA CHARTA LIBERTATUM*. Art. 59. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.02.2018.

⁵ De acordo com o art. 23 “Os assuntos jurídicos que não possam terminar em uma só sessão, não poderão ser julgados em outro lugar correspondente ao distrito dos mesmos juízes; e os que, por suas dificuldades não possam ser decididos pelos mesmos, serão remetidos ao Tribunal do Rei.” (*MAGNA CHARTA LIBERTATUM*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.02.2018).

⁶ Vide arts. 14 e 20 (*MAGNA CHARTA LIBERTATUM*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.02.2018).

⁷ *MAGNA CHARTA LIBERTATUM*. Arts. 17, 18 e 19. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.02.2018.

⁸ Vide parágrafos 127, 131 e 143 – 148, p. 93, 94 e 106 – 108.

fortalecendo o reino [o mesmo acontecia na Europa continental com a França, Portugal e Espanha]. Nesse contexto, a sociedade inglesa passava por profundas modificações. O parlamento logo veio a ser reconhecido como o Tribunal Supremo e instância decisiva na *iurisdictio*, ainda que, seguia sem contestação o direito produzido pela jurisprudência dos tribunais [*common law*], de evolução lenta, quando exigia a adaptação do caso aos precedentes, mas o monarca era a cabeça da *iurisdictio*, significa dizer, do estabelecimento e da aplicação – com o consentimento do parlamento – de boas leis (MATTEUCCI, 1998).

Quando, então, o monarca começou a estabelecer *acts* para, sem a anuência do parlamento, confiscar a propriedade dos mosteiros e ampliar o ingresso de recursos, dentro de uma política religiosa e econômica voltada para a consolidação da política de conquista, as convocações do parlamento começaram a escassear e quando ocorriam tinham por finalidade apenas ouvir sua opinião, as tensões começaram a se instalar e a crise se irrompia sob o veio da seguinte pergunta: É legítima frente o *common law* essa nova legislação que começava a aparecer? Matteucci (1986, p. 86) divisa nesse momento do constitucionalismo inglês o aparecimento de

...un conflicto entre la prerrogativa y la *iurisdictio*, puesto que la monarquía interpreta de modo cada vez extensivo la primera, mientras que el Parlamento, que cada vez se siente más el representante de la nación, comienza a discutir los *aracana imperii* y a controlar la política del soberano. Luego, tenemos un conflicto en el ámbito de la *iurisdictio*: ya sea para definir la relación entre la nueva legislación y el *common law*, sea para decidir a quién pertenece este nuevo poder legislativo, si al rey exclusivamente o al Parlamento, ya sea para establecer la relación entre el rey e los tribunales de justicia.

De fato, o recrudescimento da crise conduziu em 1621 à deposição do *Chief Justice* Edward Coke, mais tarde preso, juntamente com Pym, a quem se aliara na chefia da oposição parlamentar, e à dissolução do parlamento pelo rei Carlos I em 1629, provocando o protesto da Câmara dos Comuns voltados para precisar a prerrogativa real e reafirmar as competências do Parlamento (MATTEUCCI, 1998). Enfim, a prisão de nobres que se negavam a subscrever empréstimos forçados, acuou os tribunais redirecionando a crise para o “Poder Judiciário” e impondo a reafirmação dos princípios da *Magna Charta*, o que levou Matteucci (1986, p. 86) a afirmar que agora

El conflicto tiene dos vertientes distintas: una entre los tribunales y el rey, otra entre el Parlamento y el rey. Si la segunda es la más famosa y conocida, la primera es ciertamente la más importante, ya que en ella se expresa y refuerza la particular mentalidad jurídica inglesa, destinada a marcar profundamente una época entera y a dar su carácter específico al constitucionalismo inglés.

A relevância imprimida por Matteucci à crise deflagrada entre o monarca e os tribunais no medievo inglês encontra-se atrelada à firmeza com que Coke na presidência do *Common Pleas* enfrentou o poder real afirmando as prerrogativas dos juízes de decidir de acordo com o *common law*, ao qual deveria se encontrar submetido, tanto o monarca quanto o parlamento.

1.2 A contribuição da experiência histórica francesa

Na França, a organização medieval não apresentava traços muito diferentes. Partindo inicialmente de um direito à base dos imemoráveis costumes gálicos, não logrou, todavia, durante o medievo, um texto semelhante à *Magna Charta* inglesa. Merece, todavia, destacar a *Lex Salica*. Na verdade, tratava-se de um conjunto de normas que no século V, no reinado de Clóvis I, dispunham sobre aspectos da vida social como crimes, impostos, indenizações e punições, etc. A

defesa de um Estado nacional com um só rei, uma só fé e uma só lei conduziria os franceses ao caminho da codificação, o que se revelou propício com a assimilação do direito romano. A ausência, todavia, de um documento do quilate da *Magna Charta* não impede que se identifiquem em aspectos das chamadas leis sálicas natureza constitucional, já que visavam à organização da vida em comunidade (MATTEUCCI, 1998). Eram, portanto, normas fundamentais ao lado das leis divinas e naturais que norteavam a organização do reino.

Durante o Ancien Régime a organização social da França compreendia três estamentos ou estados: o clero (o primeiro estado), a nobreza (o segundo estado) e a burguesia e os camponeses compoem o terceiro estado. A reunião dos estados – a Assembleia dos Estados Gerais, ou como usualmente chamada, os Estados Gerais constituíam-se órgão de natureza consultiva e deliberativa. As convocações dos Estados Gerais para solucionar as crises começaram a revelar uma delicada questão: o atrelamento da igreja ao monarca – o vigário de Deus – e as ligações do clero com a nobreza que conduziam a um desequilíbrio porque a burguesia e o campesinato tinham, em conjunto, apenas um voto. Agudizava-se o equilíbrio no binômio Autoridade x Liberdade e isso desaguou na revolução.

Da mesma forma que na Inglaterra a prisão de nobres, sobretudo a prisão dos chefes da oposição parlamentar Coke e Pym e o conhecido caso da prisão dos cinco cavalheiros que se negaram a subscrever um empréstimo forçado, deslanchou a crise entre o monarca e o parlamento e entre ele e os tribunais; na França um fato marcante, ao declarado escopo e sob a perspectiva deste estudo, foi a conhecida noite de São Bartolomeu⁹. Com efeito, as imbricações entre o conflito político e o religioso marcaram com acentuada intensidade o constitucionalismo francês do medievo, sobretudo no século XVI, e se de um lado é causa da consolidação do estado mais absoluto da Europa, de outro, fomentou a experiência constitucional rumo à desconcentração do poder e à revolução burguesa, ainda que os dois credos, católicos e calvinistas, propagassem seus ideais não propriamente visando modificações no exercício do poder – ambos divisavam o caráter divino no exercício do poder pelo monarca – mas a guisa de abrir espaço para o fortalecimento de suas ideias, o que ocorreria quando transitadas pelos Estados Gerais, parlamento e pelos tribunais. Nesse ambiente agitado, marcado por paixões e ódios, lembra Matteucci (1998, p. 53), “el principio común a católicos y calvinistas de la obediencia al magistrado supremo, ya que el poder del rey era de institución divina, se debilita.”. Agora, prossegue Matteucci (1998, p. 54), “el tirano no es tanto el rey que se sitúa por encima de la ley común, dejando así de ser vicario de Dios para convertirse en ministro del diablo, sino el rey que tiene una fe religiosa distinta de la de sus súbditos, ya que manda <cosas irreligiosas e injusta>.”

O recrudescimento do absolutismo com Luiz XIV viria a enfraquecer os Estados Gerais e o parlamento. O Tesouro da França já estava beirando a falência quando ele assumiu o trono. Os gastos da corte aumentaram. As investidas militares na Espanha, Países Baixos, Áustria e Luxemburgo exigiram que o exército francês fosse reequipado. Para reduzir o déficit, o Controlador-Geral Golbert aumenta a carga tributária instituindo taxas (*aides* e *douanes*) e impostos (sobre o sal: *gabelle* e sobre as terras: *taille*). Tais exações atingiam diretamente a burguesia. Permaneciam gozando de isenção fiscal o clero e a nobreza, que obviamente sustentavam a manutenção do *status quo* que lhes era inteiramente favorável. Conquanto representassem 0,5% e 1,5%, respectivamente, da população o primeiro e o segundo Estados, com

⁹ No reinado do jovem Carlos IX (1561 – 1574), a França era governada sob a influência de sua mãe, a católica Catarina de Médici. A liga católica era formada pela nobreza que apoiava a monarquia. Com o objetivo de fortalecer o poder real com o apoio dos huguenotes (calvinistas), Catarina de Médici articulou o casamento de sua filha, a princesa Margarida de Valois – que ficaria conhecida como a Rainha Margot – com o líder protestante Henrique de Bourbon. Para muitos protestantes este casamento era uma possibilidade de ascensão e fortalecimento da luta contra os católicos. Contrário ao casamento, o almirante Coligne, seguidor calvinista, teve seu assassinato planejado pela rainha Catarina de Médici, o que não veio a ocorrer, ficando Coligne apenas ferido. Temendo a reação dos huguenotes, a rainha convenceu seu filho, o rei Carlos IX, a promover a matança de milhares de protestantes. A matança começou na noite dia 24 de agosto de 1572, dia de São Bartolomeu.

o beneplácito do monarca, conseguiam impor suas decisões de regra desfavoráveis ao terceiro estado que representava os 80% restantes da população da França e correspondia à burguesia, camponeses e artesãos.

A resistência ao tirano medieval apontou na França, como na Inglaterra, para a relevância do parlamento e de magistrados que pudessem submeter o monarca à lei. A organização constitucional já não mais satisfazia e delinearão-se os rumos voltados para a solução da crise e que percorreriam o caminho do pensamento político desde o século XVI e, sobretudo, no XVIII, que revelava o quanto se acentuava a crise entre *gubernaculum* e *iurisdictio* e que veio a desembocar na revolução burguesa.

Nesse contexto Matteucci (1998, pp. 60-72) destaca a influência da doutrina, sobretudo a teorização de Hotman, Pasquier, Seyssel e Bodin. Anota que Jean Bodin em 1576, ao publicar *Les six livres de la république*, apresentava uma síntese até mesmo crítica da realidade constitucional francesa onde o monarca se encontrava limitado por três freios: a religião, a justiça, a polícia, não compartilhando o poder com nenhum outro órgão, podendo, todavia, sempre ouvir seus conselhos. Nesta perspectiva, segundo Matteucci (1998, p. 64), Bodin aponta a natureza do Parlamento e dos Estados Gerais como órgãos constitucionais na França, o que tornaria a monarquia francesa um Estado misto que teria no Parlamento o elemento aristocrático e nos Estados Gerais o democrático, já que, prossegue o mestre italiano expressando o pensamento de Bodin

ellos solo pueden expresar un parecer o protesta, pero no dar un voto político. En concreto, los Parlamentos tienen el deber de registrar los edictos del rey y en caso de rechazo el rey siempre puede imponerlos con un *lit de justice*; mientras que los Estados Generales se convocan y disuelven por el rey, y pueden votar sólo súplicas y peticiones, no órdenes y decretos, aunque deben convalidar actos para evitar que sean puestos en discusión, aunque por antigua costumbre no se hacían profundos cambios sin escuchar en vía consultiva a los estados del reino. La majestad del rey no disminuye ni aminora por la existencia de los estados; al contrario, se agranda y resplandece cuando a través de los estados aparece rodeada de su pueblo. El único poder verdadero de los estados, de acuerdo con la *police*, es el consenso para los subsidios y para los impuestos, ya que ningún príncipe del mundo puede exigir tasas a su arbitrio. En fin, la nobleza e o clero no pueden hacer nada en detrimento del tercer estado, ni siquiera con el acuerdo del rey. (MATTEUCCI, 1998, p. 64)

O caráter firme com que Bodin enfrentava os direitos e deveres dos órgãos constitucionais conduziu à sua desgraça política, lembra Matteucci, para quem a rígida reconstrução constitucional dos ofícios públicos por ele realizada propugnava por considerar que

el magistrado como persona física no tiene la propiedad del imperium, pero sí como magistrado. Como magistrado tiene una especie de derecho al oficio del cual no puede ser removido por arbitrio del rey. En otros términos, intenta evitar al mismo tiempo que el magistrado sea un mero delegado del rey, que concede el oficio tan qu'il nous plaira según el principio de la monarquía señorial, o que posea en propiedad el oficio y el imperium, según las supervivientes jurisdicciones señoriales que no se refieren al summum imperium del rey. (MATTEUCCI, 1998, p. 65)

A sistematização desta mudança, ou seja, a magistratura deixa de ser um ofício exercido durante o beneplácito do rei (*quamdiu nobis placuerit*) para se transformar num exercício de poder de imperium enquanto for esse bem exercido, ou seja, enquanto houver um bom desempenho, um bom comportamento (*se quamdiu bene gesserit*), já ocorrida como aqui se viu na prática constitucional inglesa a partir de 1701, adquire contornos mais bem definidos a partir da publicação

em 1748 da célebre obra *De l'Esprit des Lois*, de Montesquieu, preconizando a separação tripartida dos poderes¹⁰.

A Montesquieu deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes, no entanto, convém lembrar Locke, na obra Segundo Tratado sobre o Governo, alude à matéria com base na prática inglesa.¹¹ Como registra Bonavides (1993), o célebre livro de Locke ficou longe de alcançar os efeitos do Espírito das Leis em matéria de contenção de poder. Coube mesmo a Montesquieu, o mérito da sistematização teórica da separação dos poderes e a sua divulgação no mundo político. Em Locke, ressalta o mestre cearense, “o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata” (BONAVIDES, 1993, p. 34).

Montesquieu (2003, p.164) preocupa-se em assegurar a independência dos juízes, bem como a autonomia do parlamento, que deveriam estar a salvos das ingerências do monarca. Atento à circunstância de que “todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele” (2003, p. 93), abomina a função jurisdicional exercida pelos conselhos do rei, como uma *longa manus* do próprio monarca e objeta o absolutismo conclamando por limitação através da desconcentração, como condição de vivência da própria liberdade

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder de julgar estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares (MONTESQUIEU, 2003, p. 166).

As ideias de Montesquieu, bem como de outros iluministas, que iriam influenciar o constitucionalismo europeu moderno, supedanearam, também, o constitucionalismo norte-americano no final do século XVIII, quando as treze colônias a partir de uma experiência histórica coletiva erigida para fazer face ao poder absoluto da monarquia inglesa, valeram-se do direito para operar uma mudança em direção à organização da sociedade civil. Aqui, uma vez mais, com efeito, restou deflagrada a crise entre gubernaculum e iurisdictio e a autonomia e independência do Poder Judiciário seria levada a extremos.

1.3 A contribuição da experiência histórica Norte-americana

Com a Declaração da Independência em 04 de julho de 1776, as treze colônias foram mais que depressa abandonando as velhas Cartas Coloniais que estabeleciam a organização e a sujeição

¹⁰ Cfe. Montesquieu “Há em cada Estado três espécies de Poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-rogas aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente o poder executivo do Estado’.” (MONTESQUIEU, 2003, pp. 165 – 166.)

¹¹ Porém, a ideia de separação dos poderes remonta, na verdade, à antiguidade. Já mesmo em Aristóteles ela é encontrada, como chama a atenção Jellinek (1973, p. 452) fazendo ver que a “célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados Gregos daquela época, Senado, Autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, derivam de uma divisão dos assuntos do Estado”.

à autoridade da metrópole e começaram a adotar suas constituições. Na verdade, a crise que se estabelece entre 1761 e 1776, entre a colônia e a metrópole, dizia respeito, entre outros motivos, a insurgência dos colonos que, como cidadãos do império, pretendiam consentir no estabelecimento de encargos e tributos para a colônia. Posteriormente a reivindicação era mesmo para a sujeição ficar estabelecida diretamente ao rei, de tal sorte que poderiam legislar autonomamente, afastando a ingerência do parlamento de Londres, cuja atuação ficaria restrita a assuntos gerais.

O resultado disso, não poderia ser outro: as constituições coloniais consagravam a plena autonomia de suas assembleias e na América se proclamava: quem é soberano é a lei! (MATTEUCCI, 1998) Consagrava-se uma confederação, mas não uma nação pela falta de unidade, e não foi a pouco esforço que embalada pelos artigos de Hamilton, Madison e Jay¹², da Assembleia de Filadélfia convocada em 1787 para rever os Artigos da Confederação que haviam sido aprovados pelo segundo Congresso continental em 1777, resultou uma Constituição com o estabelecimento de um pacto federativo para acomodar a existência de duas ordens jurídico-políticas: a estadual e a federal, com competências definidas e repartidas.

Em 1791, as dez primeiras emendas consubstanciavam uma declaração de direitos, com repetição de algumas disposições da Magna Charta e da Declaração de Direitos de 1689 da Inglaterra. A ideia era de que o pacto resolvia a aporia entre soberania e direito porque soberana seria a constituição quando limitava os poderes das casas legislativas assim como do executivo.

Esse arranjo, tão importante para o constitucionalismo moderno, exigia, para dar certo, algo mais. Efetivamente, as constituições dos estados e a constituição federal não estabeleciam mecanismos voltados para garantir os direitos assegurados ao cidadão. Por outro lado, os problemas previsíveis do conserto federativo começaram a eclodir, ora porque se avulta inerente que o executivo central fosse forte para assegurar a unidade e manifestar a vontade da nação inclusive internacionalmente, ora porque começaram a aparecer conflitos entre o direito criado pelas casas legislativas locais e as nacionais (o sistema bicameral, como se sabe, foi o adotado). Nessa textura, registra Matteucci

Era necesario, de esta manera, encontrar un árbitro, tanto para limitar al legislativo, como por esta nueva forma de división de poderes entre las asambleas estatales y las asambleas federales, capaz de garantizar plena eficacia a las normas de la constitución, que atribuían derechos y deberes tanto a los estados concretos como al Estado federal. Y es precisamente en la búsqueda de este árbitro donde se encuentran las dos líneas del constitucionalismo americano: así como, contra la omnipotencia del Parlamento, se exaltó la función de los tribunales judiciales de <no aplicar> las leyes anticonstitucionales, de la misma manera, contra el peligro de un abuso por parte de las diversas asambleas coexistentes sobre un mismo territorio, se atribuía al poder judicial el cometido de garantizar tanto a los estados concretos como al Estado federal el ejercicio de los derechos que les asignaba la constitución. Las dos líneas se encuentran y confluyen en el mismo resultado: el reforzamiento del poder judicial como custodio e interprete de la constitución. (MATTEUCCI, 1998, p. 168)

Mas o caminho seguido pelo constitucionalismo norte-americano no sentido de conferir ao poder judiciário a função de interpretar e controlar a constitucionalidade das leis não foi tão fácil de ser percorrido. No século XVII, o poder discricionário dos juízes já era objeto de questionamento quando os interesses dos colonos que integravam a Companhia do Rei, criada para defender os interesses da realeza na colônia e os colonos que queriam manter o comando dos assuntos na própria colônia e, portanto, participar da General Court, exercendo funções legislativas, entraram em choque. Conquanto os freemen tenham conseguido seu intento o que redundou na

¹² Os artigos publicados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay foram condensados em um volume com o título *O Federalista*, que se tornaria uma obra emblemática para o constitucionalismo moderno.

ampliação da quantidade de membros da General Court, o governador conservou-se como o magistrado supremo com direito de veto sobre a legislação. Isso fez com que os freemen promovessem uma árdua defesa da certeza da lei a fim de proteger os indivíduos contra o arbítrio do governador e seus magistrados, o que conduziu à necessidade de elaboração de códigos e levou em 1641 à aprovação do Body of liberties, com forte resistência dos magistrados que em nome dos costumes e tradições do common law sustentavam que se encontravam livres para decidir segundo a palavra de Deus em todos os casos não contemplados, conforme registra Matteucci (1998, p. 199).

Não obstante, como a constituição norte-americana não estabeleceu de forma expressa a revisão judicial da lei, coube à jurisprudência da Suprema Corte assentar as bases do princípio da judicial review que se tornaria pedra angular do constitucionalismo moderno a guisa de encetar o relacionamento entre gubernaculum e iurisdictio.

E o Estado Liberal que se erigia tanto na América quanto na Europa partia do pressuposto de que é possível, conquanto difícil, a relação entre governo e jurisdição. Essa relação pressupunha a submissão do exercício do poder ao império da lei.

2 O PROCESSO CONSTITUCIONAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO IRRADIADORES DA EFICÁCIA LEGITIMADORA DOS ATOS LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS

A busca pela solução na crise entre o exercício do poder pela autoridade *versus* a liberdade sem dúvida encontrou resposta no aparecimento das primeiras constituições. Com efeito, apenas criando-se e estabelecendo-se a competência dos órgãos que vão exercer o poder do Estado, de um lado e, de outro, reconhecendo os direitos, agora, fundamentais, pode-se garantir que o exercício do poder possa ser controlado, bem como, decorrentemente, que a autoridade não imponha óbice ou frustrar a vivência dos direitos, agora de conhecimento de todos. A pavimentação de uma via apropriada para esse equilíbrio exigiu um processo constitucional. Não é sem motivo que se afirma que a Constituição brasileira de 1988 somente pode ser implementada através do devido processo constitucional, cuja principiologia advém do processo constitucional (CARVALHO DIAS et al., 2016)

Um grande avanço na compreensão do processo veio com o pensamento de Elio Fazzalari (200, pp. 118-119) ao teorizar que o “processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

Vê-se, ainda, que o entendimento de processo como procedimento em contraditório está longe de ser compreendido e alçado ao *status* constitucional, já que Fazzalari equipara o processo ao procedimento e não destaca aquele como uma instituição linguística que é.

Por sua vez, Andolina (1997, p. 65) afirma que “o processo jurisdicional coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais. O controle da constitucionalidade das leis (e/ou dos atos com força de lei) realiza-se incidentalmente dentro do processo e através deste”.

Leal (2002) sustenta que Andolina e Vignera elevam o processo ao nível constitucional, sendo certo que é verdade, também, que o modelo constitucional de Andolina e Vignera é civil e pode tanto servir ao Estado Liberal quanto ao Estado Social de forma tirânica, segundo Leal (2016) (2009).

De toda forma, deve-se fazer a distinção entre processo e procedimento, para que não parem dúvidas quanto ao real significado de ambos os institutos. Segundo Gonçalves, apoiado na teoria de Elio Fazzalari, processo e procedimento não têm diferença se ambos se desenvolverem em contraditório. Entretanto, se não houver essa especificidade, o procedimento tem natureza de generalidade. Confira-se:

Pelo critério lógico, as características do procedimento do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que "distinção", há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. Fica evidente que essa concepção trabalha com um novo conceito de procedimento e dele extrai um novo conceito de processo. [...] (GONÇALVES, 2017, p. 31)

A diferença entre processo e procedimento é de suma importância, na medida em que este não pode ser confundido com aquele. A propósito, as palavras de Leal (2017, p. 31) são fortes quando afirma que “ora, o paradigma do Estado Democrático de Direito, na teoria processual da constitucionalidade brasileira, é o “DEVIDO PROCESSO” no sentido de que o discurso constitucional se desenvolve e se legitima pelas co-instituições (estado, procedimentos, povo, propriedade, mercado, ministério público, governo, funções administrativa, legislativa e judiciária) [...]”.

Por fim, Brêtas (2015, p. 164) assevera com inteira razão que as decisões/provimentos (aqui vale também para os atos legislativos) somente têm legitimidade, se observado o devido processo constitucional “por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos [...]”.

O devido processo legal, no ordenamento jurídico brasileiro, como de resto em qualquer sistema jurídico, é uma garantia do povo contra a autocracia dos órgãos que exercem o poder do Estado. Na Constituição brasileira, sua previsão consta do art. 5º, inciso LIV, que dispõe que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Por sua vez, a quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América estabelece que “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, [...] nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.¹³

Como se vê, em 1791, a quinta emenda introduziu na Constituição dos Estados Unidos a cláusula do devido processo legal. Em 1868, aprovou-se também a 14ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América que, na seção 1, estabeleceu a mesma garantia a ser seguida pelos Estados Federados.

A origem dessa cláusula, como já vimos, está na Carta Magna, elaborada em 1215 pelos barões da Inglaterra, como forma de limitar o poder do monarca, que introduziu as garantias de

¹³ USA. *Constitution of the United States of America. 5th Amendment*. Cornell Law School. Legal Information Institute. https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment. Acesso em 17.08.2017. Tradução livre: Ninguém pode ser responsabilizado por um crime capital, ou outro crime infame, a menos que em uma apresentação ou indiciamento de um grande júri, exceto nos casos que surjam nas forças armadas e guarda nacional; quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou perigo público; nenhuma pessoa estará sujeita pela mesma ofensa ser duas vezes colocada em perigo de vida; Nem será obrigado em qualquer caso criminal a ser uma testemunha contra si mesmo, nem ser privado de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; Nem a propriedade privada será tomada para uso público, sem justa compensação.

juízo pela *lawful judgement of his equals* (juízo pelos seus pares) ou pela *law of the land* (lei da terra), como forma de proteção da liberdade e propriedade dos senhores de terra de qualquer arbítrio do rei. Ela foi redigida em latim bárbaro, assinada em 15 de junho de 1215 perante o alto clero e os barões do reino, tratava das liberdades e da concórdia entre o Rei João Sem Terra e os barões para outorga das liberdades da Igreja e do Rei inglês: *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*. O documento, inclusive, foi escrito em latim para nenhum inglês comum ler, e apenas traduzido para o inglês no século XIV (LEAL, 2016).

A Magna Carta estabelecia várias garantias ao povo da Inglaterra e, dentre elas, como já registramos, na seção 39 (posteriormente renumerada 29), a garantia de que todo cidadão inglês deveria ser julgado pelos seus pares e com a lei do país (*law of the land*). No entanto, o Rei João Sem Terra rejeitou a referida carta, logo que os barões deixaram Londres. Após sua morte em 1216, seu filho Henrique III (1225) restabeleceu a vigência da Magna Carta, reduzindo-a a 37 artigos (ela tinha 63 artigos, anteriormente). A referida Carta passou a incorporar o direito inglês (LEAL, 2016).

O julgamento pelos pares ou de acordo com a lei da terra (*law of the land*), previsto na Magna Carta, serviu de base a todos os documentos jurídicos posteriores. Já na modernidade, a expressão *law of the land* transmuda-se para *due process of law*. Desse modo, essa expressão passa a ser utilizada em Constituições e documentos jurídicos de índole constitucional como declarações de direitos e decisões de cortes constitucionais. Nos Estados Unidos, ela aparece na 5ª e 14ª emendas à Constituição americana (LEAL, 2016).

John V. Orth (1984), citando Edward Coke, afirma que *law of the land* significa *common law*, e *common law* requer o devido processo. O referido autor assevera que o real significado da expressão *law of the land*, na idade média, não está desvelada por completo (ORTH, 1984) e, citando o Juiz Samuel Miller da Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Davidson versus New Orleans*, em 1878, diz que em um primeiro momento a cláusula *law of the land* não era direcionada para o Estado-Membro, pois as leis não eram feitas por um parlamento do Estados Unidos da América à época, já que não existia essa forma de governo. Assim, *law of the land* significa: “the ancient and customary laws of the English people” (ORTH, 1984, pp. 9-10).

Alder (2009), por sua vez, pontua que, embora a Magna Carta diga mais a respeito da exigência de diferentes grupos de proprietários de terras na idade média, seus princípios gerais ainda são invocados em debates constitucionais e pelos Tribunais. Esse autor aduz que, para Edward Coke, *common law* é a “supreme arbiter of the constitution”. E, ainda, afirma que alguns liberais argumentam que os tribunais, com base no *common law*, são guardiões da Constituição e, nessa posição, em casos extremos, podem cancelar/rejeitar uma lei editada pelo Parlamento Inglês (ALDER, 2009).

De fato, o conceito de lei da terra (*law of the land*) ou devido processo legal (*due process of law*) sempre esteve ligado à propriedade e à liberdade, tanto no direito inglês quanto no direito norte-americano. Todavia, John V. Orth (1984) afirma que a história do devido processo começou como garantia processual, mas avançou para incorporar a noção de devido processo substantivo/material e acentua que o processo é *perene*, mas garantias materiais mudam com o tempo, por isso, vê-se que o devido processo substantivo mudou da proteção dos direitos econômicos, propriedade ou contrato, alcançando os direitos sociais e direitos não econômicos.

Embora o princípio do devido processo legal, hodiernamente, proteja mais direitos sociais, ele, no sistema do *Common Law*, não apresentava uma teoria humanística para edificá-lo, pois foi construído sob os cânones da proteção da liberdade e propriedade de alguns poucos senhores de terra e proprietários de escravos. É por isso que, na roupagem contemporânea, segundo Canotilho (2000, p. 482), o devido processo substantivo é a teoria substantiva “ligada à ideia de um processo

legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei”.

Na mesma linha, Marinoni afirma que o princípio do devido processo legal serve para legitimar a jurisdição

O procedimento, visto como garantia de participação das partes, relaciona-se como ‘devido processo legal’ (em sentido processual). Somente é o “devido processo legal” o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de justiça processual insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do “devido processo legal” ou do “procedimento legal” legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantia das partes diante do poder estatal (MARINONI, 2007, pp. 463-464).

Diferentemente, Leal (2014, p. 41) afirma que o devido processo legal, herança da Magna Carta, tem como base a “condição socioeconômica-política entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão devido processo legal quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo Rei”. Igualmente, Brêtas (2015) não concebe o processo como instrumento da Jurisdição.

Desse modo, o devido processo carece de uma base teórica para que não fique ao alvedrio dos juízes e do governo a tarefa de desvelar seu conteúdo. Nesse sentido, Leal (2014, p. 41) assevera

No sistema de *common law* a lei que preconizava o due process era, e ainda é, a lei moral dos juízes ou da razão natural taumaturga e não a lei como instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do Direito Democrático. No seu nascedouro, o due process era um direito revelado e instituído pelo monarca e devido aos pares pela judicção dos juízes e não direito fundamental (de fundamentos construídos, garantidos e constitucionalizados democraticamente e legitimadores da Jurisdição). Note-se que, partir de 1225, passando pelo direito norte-americano da Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e Constituição dos Estados Unidos (1787) e respectivas Emendas V, VI e XIV, o instituto do due process assume feições diferenciadas de sua concretização em países de sistema de common Law, onde prevalece a jurisdição (instrumentada por um processo como relação jurídica entre pessoas), e em países de sistema de civil Law em que predomina o princípio da reserva legal (realizado pelo processo constitucionalizado como modelo jurídico-normativo e condicionador procedimental da jurisdição).

O referido autor assevera que o desvelamento do devido processo legal pela jurisdição se mostra como sustentáculo para resolução de todos os problemas da sociedade, já que se concebe a jurisdição como instrumento do processo e não o contrário. Por isso, decisões sustentadas pela jurisdição não teriam “bases normativas democráticas” (LEAL, 2014).

Portanto, o devido processo legal, na Constituição brasileira de 1988, desvencilhou-se de sua origem – *law of the land* – para encontrar seu conteúdo e alcance nos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia, aos quais o devido processo legal está umbilicalmente conectado (LEAL, 2014).

Infelizmente, a literatura jurídica brasileira ainda entende que o conceito de devido processo legal está ligado àquele estruturado na *Magna Carta*. Isso constitui óbice para se avançar na construção do devido processo legal previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição brasileira

de 1988, devendo ser lembrado que a própria Constituição limita o devido processo legal à proteção da liberdade e propriedade.

Leal (2014, p. 42) afirma que, em uma democracia constitucional, o processo tem como:

lugar devido de sua criação, a Lei Constitucional (o devido processo constitucional como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade super posta ou a-latere, subjacente ou obscônica, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei.

Para Streck (2011), a independência do juiz não vai além do que a lei preconiza, ou seja, juiz não cria lei, julga com as leis que tem. Não pode dissociar “texto e norma” para extrair dela um “sentido oculto”. Nesse mesmo sentido, Leal (2002, p. 173) pontua que:

É preciso que se associe à teoria do princípio do discurso uma teoria da procedimentalidade democrática (neo-institucionalista do processo) para que se promova a compreensão do que signifique “institucionalização jurídica” em Habermas, porque só numa concepção de processualidade neo-institucionalizante é que se supriria a racionalidade inconclusa das proposições de direitos fundamentais já constitucionalizados para realização de uma integração social pelo direito-de-ação irrestrito e incondicionado, uma vez que, em não sendo o processo um modelo de controle de juridicidade pela jurisdição dos juizes, como querem os constitucionalistas neo-positivistas, o processo assume a qualidade de instituição de pós-modernização (saneadora da modernidade) em paradigma teórico de plebiscitarização processual incessante (direito-de-ação irrestrito e incondicionado) com a consequente abertura jurídica de total auto-revisibilidade discursiva (devido processo constitucional) que legitima o ordenamento legal na democracia.

O devido processo legal, na sua origem *law of the land*, no sistema inglês e americano, sempre esteve ligado à noção de propriedade e liberdade, uma vez que sua invocação, em 1215, na Magna Carta, ocorreu para proteção de senhores de terra. Na verdade, o devido processo legal, na idade média, somente protegia aqueles que eram livres e tinham posses. Portanto, o devido processo legal se ligava ao objeto, que, por sua vez, era restrito aos nobres da época. É esse o conceito de devido processo legal da época, segundo Leal (2014, p. 41) que expõe os seguintes argumentos:

Muito se fala do instituto do devido processo legal como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual lei decorre o due process. A faticidade inesclarecida sobre a qual se apoia a expressão due process, como herança da *Magna Carta Charta Libertatum* outorgada por João Sem-Terra (1215), e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha, é que vem propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós-moderna do instituto do devido processo legal. Na origem histórica dessa expressão (due process of law), a concretização do direito pelo “devido processo” (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (juizes) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado de direitos. O pressuposto do exercício e garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seus pares que viessem a proferir o julgamento, isto é: a paridade definia-se pela condição socioeconômica-política entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte

que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão devido processo legal quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo Rei”.

O devido processo legal, no ordenamento jurídico brasileiro estruturado no Estado Democrático de Direito, não pode ter o mesmo conteúdo e alcance que tem no sistema do common law, pois não se pode mais ligá-lo à propriedade ou mesmo a direitos sociais e direitos não-econômicos, como pontua John V. Orth.

O grande problema na pós-modernidade, segundo Leal, reside na ligação que se faz entre devido processo legal, vida e liberdade como propriedade. Em suas palavras:

Esse importante aspecto da conjunção do *due process of law* (law of the land) com os direitos de vida e liberdade como propriedade é que vem sendo descurado pelos processualistas contemporâneos na investigação dos conteúdos do devido processo. A correlação do instituto arcaico do *due process* como a “property” e não só com as suas conseqüências de vida e liberdade, é que marca o axioma histórico de que vida e liberdade são qualidades que se anunciam no exercício, desde sempre, do labor telúrico que é próprio (property-causa) da existência do homem (do seu, do que lhe é devido, como imanente), a exemplo do instituto jurídico-romanístico da *actio* à defesa do que lhe é próprio (property) advindo da *land* (limite corporal) como sua condição também dinástica de ser pelos *landers* (leis potenciais da *physis*, as *rules of land* como regras de ir-e-vir do agir humano) que impunham neutral obediência por todos, dado que eram os desígnios (*traditio*) dos *landers* que vincavam os iguais e desiguais em propriedades, logo em qualidade e quantidade do que era o seu mesmo, intrínscico à *land* determinante do *corpus* (fração do *physis*), como *metaphysis* não extensiva ao *potus* (ao desposuído) (LEAL, 2013, p. 24).

Nessa mesma linha, Brêtas (2010, pp. 92-93) afirma que o devido processo legal tem como vigas mestras os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Assim argumenta o referido autor:

A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formam o devido processo constitucional ou modelo constitucional do processo: a) o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b) o direito de ampla defesa; c) o direito ao advogado ou defensor público; d) o direito ao procedimento desenvolvido em contraditório; e) o direito à proteção da prova; f) o direito ao processo sem dilações indevidas; g) o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); h) o direito aos recursos.

Portanto, devem-se entender os direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, em sua forma biunívoca, para englobar o direito à vida, liberdade e igualdade-dignidade (LEAL, 2013). Adicionalmente, Leal (2013) esclarece que igualdade-dignidade corresponde a um “direito igual de interpretar a lei”.

O devido processo legal, considerando seu conceito *procedural* (processual), somente pode ser compreendido no processo através de um direito igual de interpretação dos sujeitos do processo – isonomia interpretativa para Leal. Com efeito, Leal (2013, p. 271) está convencido de que não basta “a isonomia perante a lei ou simétrica paridade no exercício do contraditório para garantir uma interpretação em condições iguais para os sujeitos do procedimento, é preciso que a LEI ante

a qual se ponham os intérpretes expresse em sua atuação a teoria processual que lhe deu origem, [...]”. E prossegue argumentando que:

A isomenia, em minha teoria neoinstitucionalista, que é instituto operacional do princípio da legalidade, define-se pela oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico construtivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico (LEIS). É o devido processo, no sentido da teoria neoinstitucionalista, que é referente lógico-jurídico (interpretante) a balizar os limites hermenêuticos de um sistema jurídico de ‘Estado Democrático de Direito’ em concepções de uma sociedade aberta [...] (LEAL, 2013, p. 271).

Desse modo, ao se entender o devido processo legal como “os tipos procedimentais no sistema jurídico constitucionalmente adotado”, adjungido aos princípios fundamentais do contraditório, da ampla defesa e isonomia, como preconizado no processo constitucional e na teoria neoinstitucionalista do processo, há como retirar um pouco a carga de repressividade, violência da lei e a imprevisibilidade da decisão judicial.

Assim é que, ainda para o referido autor, o “código discursivo”, aqui entendido como “interpretante” é o devido processo que tem função metalinguística e é “fundamento do sistema jurídico-democrático para a criação de uma sociedade aberta derivada de uma comunidade de legitimados ao processo (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados (hermêutica isomênica)” (LEAL, 2017, p. 323).

Por sua vez, Nunes (2012, p. 256) argumenta que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não existe mais a submissão das partes ao juiz, devendo os argumentos dos sujeitos processuais serem considerados na formação da decisão. Em suas palavras:

O juiz não pode mais constranger, subjugar e submeter as partes, advogados e órgãos de execução do Ministério Público no âmbito da discussão e do debate endoprocessual, com base em suas pré-compreensões, uma vez que não há submissão destes à sua figura. Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissos em relação à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual, e no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação dos provimentos. Tal perspectiva não importa num esvaziamento do papel do magistrado, mas, sim, em sua redefinição.

Desse modo, dificilmente, haveria no sistema jurídico brasileiro espaço para os devaneios da autoridade ao suprimir direitos e negá-los aos sujeitos do processo.

Efetivamente, na contemporaneidade, a autocracia não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito. É certo que a autoridade não toma decisões em um espaço nu, pois ela tem de observar o devido processo. Assim, os atos legislativos e jurisdicionais, para terem legitimidade, têm de observar rigorosamente o devido processo legislativo e o devido processo legal, respectivamente. Na verdade, do devido processo legislativo surgem os procedimentos realizados com base no devido processo legal - art. 5º, LIV, da Constituição brasileira de 1988.

Sem dúvida, no processo legislativo, os parlamentares devem obedecer ao contraditório e à ampla defesa, mas como bem assevera Barros (2009, P. 335) citando Nunes “[...] o contraditório no processo legislativo se difere do contraditório do processo jurisdicional, da mesma forma que o contraditório no processo de execução civil é diferente do contraditório no processo de conhecimento”.

É realmente a jurisdição constitucional que garante a participação das pessoas afetadas

pela decisão da autoridade tanto no processo legislativo quanto no processo jurisdicional (Oliveira, 2016). E as decisões jurisdicionais para serem democráticas e legítimas têm de ser proferidas considerando as leis editadas de acordo com a vontade popular (BRÊTAS, 2015).

De acordo com Brêtas (2015), em vários ordenamentos jurídicos modernos já constam que as decisões devem ser proferidas em nome do povo, como exemplo a Constituição italiana, em seu art. 101; o art. 132 do Código de Processo Civil Italiano; o art. 454 do Novo Código de Processo Civil Francês de 2001 e a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão (§25, IV).

Não é por outra razão, que Streck (2013) aduz que as decisões jurisdicionais não devem ser políticas, mas sim apoiadas em princípios, e que, na democracia, a decisão precisa passar por controle. Esse controle exige, como faz ver Brêtas (2017, p. 17) que se observe sempre que

todo poder emana do povo, em nome de quem os órgãos do Estado o exercem, inclusive os órgãos jurisdicionais, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito, assim declarado no parágrafo único, do art. 1º., do texto constitucional, está a exigir a Constituição Federal em vigor dos juízes e tribunais brasileiros decisões que surjam fundamentadas em rigorosa conformidade às normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico (Constituição Federal, art. 5º., inciso II; artigo 37 e artigo 93, IX).

É que, não se olvide, a legitimidade dos atos legislativos e jurisdicionais apenas se sustenta se esses derivarem e se apresentarem conforme o processo constitucional e o devido processo legal.

CONCLUSÃO

Hodiernamente, não se concebe o ato legislativo e o ato jurisdicional como atos isolados criados a partir de vontades solipsistas desraizadas, portanto, de qualquer vinculação que se repute apta a estabelecer limites e controles.

A esse fito, o processo constitucional e o devido processo legal avultam-se como uma via a pavimentar a experiência do Estado Democrático de Direito em direção aos objetivos destacados da satisfação do postulado democrático e da efetividade dos direitos fundamentais.

Não se trata, por óbvio, de apenas uma conformação formal do processo constitucional e do devido processo legal, mas, sobretudo, conteudística na exata medida que o constitucionalismo contemporâneo direciona os conteúdos que vinculam a atividade legislativa e jurisdicional ao implemento dos direitos fundamentais em defesa do vetor da dignidade.

Nessa tarefa, o devido processo legal perde muito da feição burguesa – voltada para a proteção patrimonial e da liberdade dos proprietários da terra – que lhe impulsionou o surgimento com a *Magna Cartha* para alçar um perfil democrático que exige que se admita que todo partícipe do processo (judicial ou legislativo) tenha igual direito de participar na construção da decisão, o que pressupõe o direito básico de igualdade de interpretar (isomenia). É, com efeito, a partir daí, que se pode conceber formas de controle e vinculação, pois todos os partícipes estão *em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico construtivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico*: a norma, notadamente a norma constitucional.

É por isso que estamos convencidos da importância do processo constitucional e do devido processo legal na legitimação dos atos legislativos e jurisdicionais porque, em arremate, avultam-se como balizadores dos limites interpretativos.

Enfim, é bom termos sempre em mente que legisladores e juízes encontram-se, igualmente, submetidos a juízos oportunistas de valores que poderão ser ilididos em menor ou maior proporção à medida que as formas de controles se encontrarem previstas e tiverem eficácia social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDER, John. *Constitutional and administrative Law*, 7th edition. UK: Palgrave Macmillan law masters, 2009.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transacional*. In: Revista de processo. São Paulo: RT, vol. 87, jul./set. 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. *Estudo sistemático do NCPC, com alterações introduzidas pela lei n. 13.256, de 4/2/2016*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Legitimidade dos atos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: VirtuaJus. v.13 - n.1, 1º sem. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5^a ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CROSSMAN, R. H. S. *Biografia do Estado Moderno*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Modelos processuais e Constituição Democrática**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 13ª edição revista, atualizada e aumentada com remissões ao NCPC/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MAGNA CHARTA LIBERTATUM. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder e Libertad. História del Constitucionalismo Moderno*. Madri: Trotta, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

ORTH, John V. *Due Process of Law: A brief history*. USA: University Press of Kansas, 1984.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Kant e a Modernidade Jurídica: razão e liberdade*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2005, vol. 2. COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

USA. *Constitution of the United States of America. 5th Amendment*. Cornell Law School. Legal Information Institute. https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment