



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ELISA MEDEIROS CORRÊA

**DOCTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NA VISÃO
JURÍDICA NORTE-AMERICANA**

Tubarão

2018

ELISA MEDEIROS CORRÊA

**DOCTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NA VISÃO
JURÍDICA NORTE-AMERICANA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Narbal Antônio de Mendonça Fileti, MSc

Tubarão

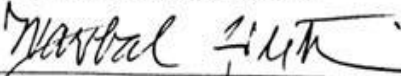
2018

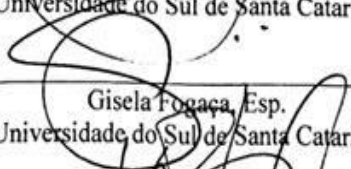
ELISA MEDEIROS CORRÊA

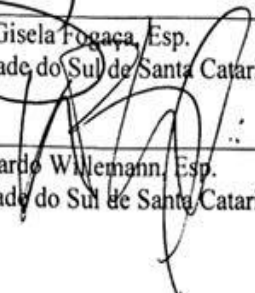
**DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NA VISÃO
JURÍDICA NORTE-AMERICANA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 26 de junho de 2018.


Narbal Antônio de Mendonça Fileti, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina


Gisela Fogaça, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina


Ricardo Willemann, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Às estrelas mais lindas do céu, Maria Angélica
e Jorge, meus pais, dedico todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Gratidão, de acordo com o Dicionário Michaelis, é o "sentimento experimentado por uma pessoa em relação a alguém que lhe concedeu algum favor, um auxílio ou um benefício qualquer", é uma espécie de reconhecimento por algo feito à alguém.

Embora, no Mundo Ortográfico, a palavra tenha este conceito, na Vida o significado é outro: é o sentimento responsável por sermos capazes de expressar **apreço** por aquilo que temos, e não pelo que desejamos ter.

Na Psicologia Positiva, a gratidão é conhecida como a emoção que pode ser cultivada, suas consequências são bem-estar e felicidade, além de maior energia, otimismo e empatia, quando a direcionamos para quem nos cerca.

Penso que gratidão é sentir a troca de energia positiva com as pessoas que me cercam, é ter uma razão de ser, uma razão de apreciar o significado da vida, é ter paixão, propósito, algo pelo qual se vive.

A minha maior gratidão dedico a meus pais, que, embora ausentes, estarão sempre dentro de meu coração.

Agradeço aos que contribuíram para meu crescimento moral e intelectual e continuam caminhando comigo "pela longa estrada da vida".

Agradeço aos meus familiares, pois foram a motivação para que continuasse minha trajetória, cada vez mais forte.

Gratidão é também memória do coração, e nesta concentro todos os momentos bons e ruins que compartilhei com meus amigos, que fizeram minha vida mais feliz, e digna de ser chamada de "guerreira".

Sou grata por toda a aprendizagem, paciência, tolerância, humildade, coragem e experiência que meus professores puderam proporcionar, pois sei que cada um teve que travar uma batalha para chegar ao seu objetivo de vida e devemos, neles, nos espelhar.

Gratidão, exclusiva, ao meu orientador e amigo: Narbal Fileti. Profissional, humilde, ético, um exemplo que eu pretendo seguir.

Sou grata por quem sou e por lutar para ser alguém melhor, merecedora de todo o carinho, dedicação e respeito dos que compartilham minha vida.

"Não há no mundo exagero mais belo que a gratidão." (Jean de la Bruyere)

"Construí amigos, enfrentei derrotas, venci obstáculos, bati na porta da vida e disse-lhe: Não tenho medo de vivê-la." (Augusto Cury)

RESUMO

A presente pesquisa monográfica tem como objetivo geral analisar o sistema da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo na visão Jurídica Norte-Americana. Na elaboração do estudo, classificado, quanto à coleta de dados, como uma Pesquisa de Natureza Bibliográfica, manusearam-se os métodos dedutivo, exploratório e qualitativo. Foram colhidas informações quanto à história do princípio do devido processo legal, determinando os momentos históricos significativos aos quais influenciaram no princípio tal como ele é. Em continuidade, analisaram-se os principais Pilares Doutrinários que sustentam o princípio nos Tribunais Norte-Americanos e o quanto cada um pesa nas decisões. Por fim, estudou-se exclusivamente a Doutrina Substantiva do Princípio do Devido Processo, demonstrando teorias e princípios que o transformam no princípio garantidor de todos os direitos de um Cidadão Norte-Americano. Concluiu-se que a Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo é um corpo de ideias para a aplicação prática do princípio, adotada de forma abundante na Suprema Corte Norte-Americana, além de ser a fonte mais relevante de fundamentos para as suas decisões, as quais promovem a atualização constitucional, à medida que as condições sociais, culturais e econômicas exigem tais reformas.

Palavras-chave: Princípios Gerais do direito. Devido Processo Justo. Razoabilidade.

ABSTRACT

This monographic research aims to analyze the system of the general doctrine of Substantive due process of law in American legal vision. In preparing the study, classified, as the collection of data, as a search of bibliographic nature, handled the deductive methods, exploratory and qualitative. Were collected information about the history of the principle of due process, determining the significant historic moments which influenced the principle as it is in continuity, we analyzed the main doctrinal pillars that support the principle in American courts and how much each weighs in decisions. Finally, the study was solely the doctrine of substantive due process, demonstrating theories and principles that transform the principle guarantor of all the rights of a U.S. citizen. It was concluded that the doctrine of Substantive due process of law is a body of ideas for the practical application of the principle, adopted so abundant in the U.S. Supreme Court, as well as being the most relevant source of grounds for its decisions, which promote constitutional update as the social, cultural and economic conditions require such reforms.

Keywords: General principles of law. Due process fair. Reasonableness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA	10
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.3 JUSTIFICATIVA	11
1.4 OBJETIVOS	12
1.4.1 GERAL.....	12
1.4.2 ESPECÍFICOS	12
1.5 DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO.....	13
1.6 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	13
2 A CLAÚSULA <i>DUE PROCESS OF LAW</i>: TRAJETO HISTÓRICO E NOÇÕES...15	
2.1 NECESSIDADE DE RETROSPECTIVA HISTÓRICA	15
2.2 INGLATERRA	16
2.2.1 <i>DUE PROCESS OF LAW</i>	17
2.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	18
2.3.1 <i>BILL OF RIGHTS</i>, A 5ª EMENDA E A CLAÚSULA <i>DUE PROCESS OF LAW</i> 23	
2.3.2 A 14ª EMENDA, A CLAÚSULA <i>DUE PROCESS</i> PARA OS ESTADOS-	
MEMBROS E O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO <i>BILL OF RIGHTS</i>	
NACIONAL	25
2.4 ANÁLISE ACERCA DA INFLUÊNCIA DO <i>DUE PROCESS OF LAW</i> DESDE A	
SUA ORIGEM ATÉ OS TEMPOS CONTEMPORÂNEOS.....	25
3 NOÇÃO DOUTRINÁRIA, PILARES DOUTRINÁRIO-CONSTITUCIONAIS E	
<i>LEADING CASES</i>.....	27
3.1 <i>SUBSTANTIVE E PROCEDURAL DUE PROCESS</i> : DOUTRINAS	27
3.1.1 ENQUADRAMENTO DOUTRINAL DA FORÇA SUBSTANTIVA DO DEVIDO	
PROCESSO.....	29
3.1.2 <i>PROCEDURAL DUE PROCESS</i>.....	30
3.1.3 <i>SUBSTANTIVE DUE PROCESS</i>	31
3.1.4 A CLAÚSULA <i>DUE PROCESS</i> COMO EPICENTRO DA DOUTRINA	32
3.2 PILARES DOUTRINÁRIO-CONSTITUCIONAIS DA DOUTRINA DO DEVIDO	
PROCESSO SUBSTANTIVO	33
3.2.1 CONSTITUIÇÃO FORMAL E RÍGIDA, <i>THE SUPREME LAW OF THE LAND</i>	

3.2.2	CONTROLE DOS PODERES INSTITUÍDOS: TRIPARTIÇÃO DOS PODERES, SEPARAÇÃO DOS PODERES (FEDERALISMO) E A DECLARAÇÃO DE DIREITOS	36
3.2.3	A SUPREMACIA JUDICIAL: <i>JUDICIAL REVIEW</i> E PODER JUDICIÁRIO COMO FONTE FORMAL E SUPREMA DO DIREITO	38
3.2.4	ANOS DE TRANSIÇÃO E <i>LEADING CASES</i> DA DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO	41
4	DOUTRINA NORTE-AMERICANA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	44
4.1	A AFIRMAÇÃO DA DIMENSÃO SUBSTANTIVA DO <i>DUE PROCESS OF LAW</i>...	44
4.2	LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS AO PODER E DIREITOS IMPLÍCITOS - QUEBRA DA BARREIRA TEXTUAL	46
4.2.1	A TEORIA DAS LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS DO PODER.....	46
4.2.2	A TEORIA DOS DIREITOS IMPLÍCITOS.....	49
4.3	O DEVIDO PROCESSO E LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DA MAIORIA.....	51
4.4	MOBILIDADE CONSTITUCIONAL	54
4.5	ATIVISMO JUDICIAL E DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO	56
4.6	O <i>DUE PROCESS</i> E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	58
5	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Neste primeiro capítulo, apresentar-se-á a delimitação do tema a ser estudado, a descrição da situação problema, a formulação do problema, a justificativa que desencadeou a elaboração desta Monografia, os objetivos gerais e específicos, bem como o desenvolvimento metodológico adotado e a estruturação dos capítulos seguintes.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

Este trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo tratar da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo, demonstrando todas as suas particularidades e bases para ser a força constitucional na Suprema Corte Norte-Americana.

O movimento constitucional norte-americano que, no primeiro momento, resgatou antigas ideias inglesas e afirmou o alcance substantivo do princípio, e na sequência depreendeu as marcantes consequências daí advindas, é denominado, pelos norte-americanos, de *Substantive Due Process*.

Com domínio de uma lógica e estrutura próprias, essa doutrina fez do Devido Processo uma efetiva base da vida, da liberdade e da propriedade.

Na percepção da presente doutrina, o resultado de qualquer processo não se legitima pela perfeição do procedimento, mas, inicialmente, deve harmonizar-se com as ideias de Justiça e Equidade.

A razoabilidade não é condição suficiente para que algo se torne ou seja considerado jurídico ou constitucional. A normatividade dos princípios sempre foi acolhida e muito praticada, contudo concebidas como pautas abertas, usadas de forma vazia.

No século XIX, um famoso Jurista Norte-Americano, John Marshall, já proclamava que as constituições são feitas para durarem por Eras, e com base nesta ideia, serviu de introdução ao conceito de mobilidade constitucional.

A prática jurisprudencial Norte-Americana fez do Devido Processo o motor-chefe do processo de evolução da ordem normativa, tangida pelos princípios da Justiça e Equidade.

O Devido Processo Substantivo tornou-se a fonte protetora do indivíduo que marginalizou a "tirania das maiorias", compreendida como incompatível com um verdadeiro Estado Democrático de Direito, por isso, a prevalência do princípio da Supremacia Judicial tornou-se o mecanismo para conter os abusos das maiorias parlamentares.

O juiz transformou-se no juiz ativista, partícipe efetivo da conformação da ordem jurídico-social, autorizado a valer-se dos princípios explícitos e implícitos, enumerados ou não, no texto constitucional.

Percebido o alcance substantivo do Devido Processo, portanto, ergueu-se um esqueleto doutrinário e jurisprudencial que procurou dar a maior e mais ampla concretude ao princípio, destacando, principalmente, a atuação da Suprema Corte em aplicar, com liberdade hermenêutica construtivista, a norma constitucional inscrita na Constituição dos Estados Unidos da América, nas Emendas 5^a e 14^a.

Assim, as Cortes contribuem, ininterruptamente, para os desdobramentos da força substantiva do Devido Processo, além da grande proteção pelos direitos fundamentais de todos os Cidadãos Norte-Americanos.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Como funciona o sistema da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo nos Tribunais Norte-Americanos?

1.3 JUSTIFICATIVA

Devido a grande demanda de ações que estão sendo ajuizadas nos tribunais, tanto em primeiro grau quanto nos graus superiores, é de suma importância analisar se as decisões proferidas pelo magistrado estão em conformidade com as garantias constitucionais que devem ser observadas tanto pelo Magistrado quanto pelas partes, e entre estas garantias, mais importante, na qual podemos considerar como a base para todas as outras, a garantia do Devido Processo Legal.

O Devido Processo Legal Substantivo vai além de uma simples decisão formal promovida pelo juiz diante de um caso concreto, ou seja, enquadrar o fato na legislação e aplicá-la friamente, mas interpretá-la de modo que seja justa, razoável, adequada e proporcional ao caso em que é objeto de conflito na relação processual, e assim, tendo como finalidade, a busca real da justiça.

Como ensina Canotilho (2000, p. 482), "A teoria substantiva está 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".

Assim, quando o direito processual incorpora os princípios fundamentais, estes fazem com que as regras em que as partes litigam em um determinado caso concreto, possam ter amplitude e efetividade no processo e seu seguimento, até a tutela jurisdicional, em outras palavras, é esperado, atualmente, que haja o respeito e a proteção dos direitos fundamentais e não apenas que estes sejam reconhecidos.

A motivação para esta Pesquisa surgiu da ideia de que as partes não sejam surpreendidas pelos atos praticados no processo da relação triangular (o Juiz, o autor e o réu), onde, muitas vezes são aplicados atos ilegais que prejudicam o direito, e, conseqüentemente, ferem as garantias fundamentais. Obedecendo-se os ditames da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo as partes estarão em plena igualdade diante do conflito de interesses referentes ao processo, além de que todas as suas garantias fundamentais sejam respeitadas por elas e pelo magistrado.

O tema tem extrema Relevância Social, visto que se trata de garantia fundamental, que receberá total proteção pelo judiciário, pois esta é a “mãe” de todo o ordenamento jurídico, das garantias fundamentais e de todos os trâmites relacionados ao mundo do Direito.

Tratando-se de questão relevante à Prática Jurídica, especialmente nos âmbito constitucional e processual, faz-se necessário a discussão teórica do tema, a fim de tratar das concepções destacadas na Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo e verificar, em alguns julgados dos Tribunais Norte-Americanos, como esta garantia é aplicada.

1.4 OBJETIVOS

A seguir apresenta-se os Objetivos Geral e Específicos deste trabalho.

1.4.1 GERAL

Analisar a Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo na visão Jurídica Norte-Americana.

1.4.2 ESPECÍFICOS

Demonstrar a linha histórica do Devido Processo Legal Substantivo nos países que o criaram e o aperfeiçoaram: Inglaterra e Estados Unidos da América.

Descrever noções doutrinárias e os pilares que transformaram o Devido Processo Legal Substantivo a base Jurídica Norte-Americana.

Descrever as principais características que definem a Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo.

1.5 DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO

O método científico a ser abordado no Trabalho de Conclusão de Curso é o dedutivo, que utiliza o raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão a respeito de um determinado assunto.

No caso em questão, deduzir-se que o Princípio do Devido Processo Legal Substantivo tem ampla e forte aplicação nas decisões da Suprema Corte Norte-Americana, além de ser a base principal para o direito Estadunidense.

O Tipo de Pesquisa referente ao Nível utilizado no Trabalho de Conclusão de Curso será o Exploratório.

Faz-se necessário realizar um estudo minucioso da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo, a fim de que se compreenda a sua efetividade e a sua eficácia.

Para Araújo (2015), pesquisa exploratória é "aquela cujo planejamento é bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado".

O Método de Abordagem será Qualitativo, focando-se no caráter subjetivo do objeto analisado, estudando as suas particularidades e experiências em Casos Jurídicos Norte-Americanos.

Como Procedimento de Coleta de Dados será utilizado o Bibliográfico. Serão coletadas informações de diferentes autores acerca do Sistema Norte-Americano da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo.

Sobre esse estilo de procedimento, Gil (2007, p. 44) descreveu que os exemplos mais marcantes da pesquisa bibliográfica são sobre investigações de ideologias ou que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema.

1.6 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Esta Pesquisa Monográfica está dividida em cinco capítulos, incluindo esta introdução.

O Segundo Capítulo analisará o Trajeto Histórico que a Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo percorreu até tornar-se a força constitucional que é hoje nos Estados Unidos da América, conforme é relatado neste trabalho acadêmico.

É necessário estudar a História da referida doutrina; o lugar onde nasceu (Inglaterra); onde aperfeiçoou-se e teve força constitucional (Estados Unidos da América); sua relação com as principais Normas Norte-Americanas, quais sejam, *Bill of Rights*, 5ª Emenda e 14ª Emenda, além de uma análise acerca da influência do Devido Processo Legal desde a sua origem até os tempos atuais.

No terceiro capítulo será analisada a noção doutrinária de um modo geral, os pilares que sustentam esta Doutrina e seus *Leading Cases* (devido processo formal e substantivo, enquadramento doutrinal da força substantiva do devido processo, devido processo formal, devido processo substantivo, o devido processo como epicentro da doutrina, pilares doutrinários-constitucionais, *the supreme law of the land*, tripartição dos poderes, separação destes e a declaração de direitos, *judicial review*, *leading cases*).

No quarto capítulo e último estudar-se-á somente a Doutrina norte-americana do Devido Processo Substantivo, demonstrando suas principais características, sua afirmação no judiciário norte-americano, as limitações implícitas ao poder e sua teoria e direitos implícitos, limitações ao princípio democrático da maioria, mobilidade constitucional, ativismo judicial e o princípio da razoabilidade.

2 A CLAÚSULA *DUE PROCESS OF LAW*: TRAJETO HISTÓRICO E NOÇÕES.

2.1 NECESSIDADE DE RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Uma retrospectiva histórica tem suma importância para se entender a essência do princípio do devido processo legal em seu sentido substantivo, como também entender o lado Jurídico, Social e Político, demonstrando-se uma potência. Como salienta Orth (2003),

[...] se nós pudermos compreender como chegamos aqui, nós entenderemos melhor onde estamos. E sendo assim, é de grande relevância se atentar a evolução do instituto, desde a sua consagração na Magna Carta até a incorporação nas constituições dos Estados atuais e nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Para Pereira (2008), o sentido mais profundo que foi concebido pelos povos da Idade Média é o adotado pelo nosso constituinte, ou seja, traduz-se na positivação explícita do *Due Process of Law*¹ na Ordem Constitucional Brasileira.

Para entender-se a raiz do devido processo, interessa o trajeto histórico percorrido pela Inglaterra, onde surgiram as primeiras reivindicações da força substantiva do princípio e pelos Estados Unidos da América, pelo qual tais ideias ganharam corpo e forma e foram postas a serviço da proteção dos indivíduos, albergando os fundamentos do controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*), além de ser interpretada para atribuir ao Judiciário o poder de "dizer o que é o Direito", com uma Constituição Inovadora, Formal e Rígida.

Em relação à Inglaterra, Barros (2003) manifesta que "[...] o processo político-filosófico emergente do jusnaturalismo gerou um sistema jurídico diverso na Inglaterra [...]", sendo este provocado pela tradição empirista da *Common Law*, a qual os juristas não se preocupavam em racionalizar todo o direito em regras gerais, decorrendo ainda que "[...] um sólido desenvolvimento dos princípios do jusnaturalismo pela prática, baseada nos costumes, segundo os quais, diante do caso concreto, o juiz dita o que é justo".

No Devido Processo gerou o instituto em exame, sendo intrinsecamente justo, limitador do próprio legislador, podendo-se perceber diante dos princípios que regem um Estado a sua principal virtude: a possibilidade de construção de sistemas constitucionais

¹ *Due Process of Law* corresponde pela tradução de Devido Processo Legal, significando que: "O processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei." JUNIOR, Fredie Didier. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1, p. 45.

abertos, influenciados e tendo como marca a autorreferência, complexidade, ductibilidade² e durabilidade, conforme narra Dantas (2005).

Segundo Kelsen (1996), o objeto de interpretação é sempre o texto de uma regra, a partir do qual se constrói a norma legal. Assim, torna-se necessário aludir ao âmbito da *Common Law*, tendo no primeiro momento o jogo interpretativo.

Complementando esta tese, Bonavides (2000) diz que para interpretar a constituição o caminho mais seguro a se trilhar é o que combina a análise histórica de uma competência, obrigação ou direito com o sentido teleológico que se pretende alcançar.

Finalmente, as potencialidades do Devido Processo Substantivo somente podem ser captadas percorrendo-se a sua Trajetória Histórica, relacionando o fato ao sentido ambicionado.

2.2 INGLATERRA

O Princípio do Devido Processo formalizou diferentes, indiscutíveis e indispensáveis papéis conforme o momento histórico em que foi utilizado. Afirma, nos tempos atuais, em ser chamado para servir como proteção do indivíduo.

Segundo Pereira (2008, p. 34), as mudanças evolutivas têm a ver com a adição da denominação do instituto, da sua concepção e da complexidade da organização humana.

O resultado configura-se no papel da expansão da defesa dos direitos civis e, conseqüentemente, há uma ligação com a justiça.

Reforçando esta ideia, Moura (2000, p. 35) expõe que o *Due Process* "está ontologicamente vinculado à ideia de Justiça, o que explica a sua aceitação por grande parte do mundo [...]", retornando, assim, aos Direitos Hebreu, Grego e Romano para o adequado entendimento.

Ainda segundo Moura, "a ideia de *devido processo legal* estabeleceu-se a partir do 'princípio hebreu de que a justiça requer uma lei justa e compassiva", ou seja, interpreta-se que todas as pessoas têm a tendência para a igualdade na justiça, por mais que se diferenciem intelectualmente ou em bens. Complemento este tese, Moura (2000, p. 37) descreve:

Dois conceitos normativos fundamentais predominaram sob o império romano: 1) aqueles que compartilham do direito precisam compartilhar também da justiça; 2) aqueles servidos pela lei precisam ser servidores da lei de modo que eles possam ser livres. Estes dois princípios do direito romano constituem, atualmente, conceitos fundamentais do *due process of law* para todos os Estados democráticos. O direito

² Algo flexível, elástico, maleável.

romano baseou-se em conceitos associados à razoabilidade, para originar a equidade e a imparcialidade. Entendiam, os estoicos romanos, que "para ser 'imparcial' um conceito precisa ser racional". A imparcialidade foi enfatizada como um dos fundamentos da Justiça e passou a integrar a *common law* do direito inglês.

Por meio da análise de Elisabeth Maria de Moura, nota-se que o Princípio do Devido Processo Legal está intimamente ligado à ideia de justiça.

No Direito da Inglaterra, o princípio é realmente notado no período da *Common Law*, tendo o ordenamento jurídico inglês influenciado as ordens jurídicas dos Estados Unidos da América no século XVII, principalmente no que diz respeito ao princípio em estudo, e finalmente sendo incorporada à Constituição Brasileira somente em 1988.

2.2.1 DUE PROCESS OF LAW

Originou-se da expressão *Law of the land - per legem terrae* (lei da terra, que servia para proteger às terras dos Barões Ingleses em relação aos poderes abusivos dos Reis Ingleses - Disposta na Magna Carta, em 1215).

Nesta época, a disputa pelo poder político inglês era acirrada, pois a nobreza almejava retirar João Sem Terra da coroa inglesa, e para isso lutava pela criação de um Parlamento.

A rivalidade entre a nobreza e o trono atingiu o clímax no governo de João Sem Terra, que, não resistindo à pressão dos senhores feudais, outorgou-lhes a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), como garantia contra os abusos reais³, originando os princípios basilares da estruturação política e jurídica inglesa.

Ferreira Filho (2001, p. 08) afirma que "a Carta constitui um antecedente das modernas constituições, no que tange à forma escrita e à proteção de direitos individuais, ainda que de caráter imemorial e destinados apenas a determinados homens".

Em 1354, um século após a consagração da Magna Carta, a coroa inglesa rendeu-se às pressões da nobreza a fim de ratificar os termos já dispostos na Carta.

³Segundo Antônio Roberto Sampaio Dória, a Carta Magna "assegurava ao baronato revoltoso a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria através da 'Lei da terra' (per legem terrae ou law of the land)" (1986, p.11).

Na Lei de Westminster⁴ das Liberdades de Londres, assinada pelo rei Eduardo III, constou-se a expressão consagrada até aos dias atuais: *Due Process of Law*, sendo esta utilizada no *The Petition of Right* (1627) e no *Habeas Corpus Act* (1640).

O *Due Process of Law* teve em seu texto todas as ideias contidas no *Law of the Land*, cabendo destacar que, ainda hoje, no âmbito da doutrina do devido processo substantivo, utiliza-se de forma intensa a expressão "original", a fim de que se mostre a importância da identificação de novos direitos merecedores da tutela constitucional.

Contudo, em face da supremacia do Parlamento no direito inglês, o *due process of law* não vinculava o Poder Legislativo, mas somente o Poder Real. Somente lhe foi dada maior extensão nas colônias da América do Norte, em que eram vinculados todos os poderes do Estado .

Gama (2005, p. 48) explica que, para os ingleses, o Parlamento era a instituição representativa do consenso na coletividade e era também o supremo depositário da soberania e da função garantidora dos direitos e liberdades civis. Daí a sua supremacia.

Em 1607, dissidentes protestantes ingleses, em fuga, chegaram às terras americanas da Virgínia e levaram com eles os fundamentos da common law, constando entre eles o princípio do devido processo legal (SILVEIRA, 1997, p.24).

Por conta da saliência do princípio do devido processo legal, as colônias britânicas na América incorporaram-no aos seus sistemas jurídicos, inserindo-o em diversas declarações de direito e cartas coloniais. Sua utilização deu-se como, à época, o principal instrumento de resistência do indivíduo contra o arbítrio dos governantes.

Portanto, o Devido Processo Legal norte-americano conecta-se diretamente às raízes da cláusula inglesa *Law of the Land*, a qual sustenta a existência de uma potência de retenção substantiva contida no princípio.

2.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A História da Cláusula do Devido Processo interessa a partir da Declaração de Independência Norte-Americana e a instituição dos Estados Unidos da América com uma constituição formal, rígida e suprema.

⁴ "Este dispositivo reconhece efetivamente a independência de todos os Domínios do Império Britânico por meio de sua autonomia legislativa". Informação retirada do InfoEscola < <https://www.infoescola.com/historia/estatuto-de-westminster-de-1931/>>. Acesso em: 10 junho 2018.

A visão norte-americana do princípio ideou-se nas disputas de consolidação do primeiro Estado Federal.

Nestas disputas, o Devido Processo ganhou sistematização e experimentou, principalmente nas jurisprudências, tamanha amplificação.

Da tradição jurídica, a Constituição dos EUA demonstra a preocupação de rompimento com certas práticas jurídicas da Inglaterra, podendo-se citar o art. 1º, seções 9, cláusula 8ª, primeira parte e 10, cláusula 1ª, última parte, que proíbe a concessão de títulos de nobreza tanto pela União quanto por qualquer estado-membro.

Porém uma tradição permaneceu: a 5ª Emenda da Carta de Direitos, que entrou em vigor em dezembro de 1791, dispôs que “ninguém [...] poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal”.

Houve ainda uma mudança, radicalmente moldada por componentes políticos e étnicos, que, na época da formação do Princípio do Devido Processo Legal inexistiam na Inglaterra.

O componente político foi a existência dos federalistas e dos antifederalistas.

Os federalistas, representados especialmente por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, advogavam a adoção de um modelo federativo, em que os estados-membros abriam mão de uma parcela significativa de suas competências – especialmente a liberdade para adotar a forma de Estado e de governo, a soberania e o poder de negociar diretamente com nações estrangeiras.

Os antifederalistas, representados por George Mason, Thomas Jefferson, Patrick Henry e Richard Henry Lee, sustentavam que a nova ordem constitucional deveria assumir a forma de uma confederação de Estados independentes. Essa seria a melhor forma de preservar as tradições culturais de cada uma das Antigas Colônias.

A solução obtida foi a adoção de uma federação, mas a Constituição adotada foi escrita por Jefferson e deixou de enfrentar, a exemplo, questões cruciais como a da escravidão.

Dessa forma, a União se formou sobre a ideia de que os homens nasceram iguais e devem como tais ser tratados.

Alguns estados-membros dessa União, especialmente os do sul, prosseguiram com a teoria de que certos homens nasceram para servir os demais na condição de escravos.

Embora aceitassem que a União como um todo tivesse um estatuto de direitos humanos, não aceitavam praticá-lo em seus territórios.

Com o decurso do tempo, observou-se um desenvolvimento econômico desigual, comparando-se os estados-membros do sul e do norte, com inúmeras indústrias, e aquele tendo a economia agrícola.

O Norte queria também instalar indústrias no Sul, a fim de dar conta da demanda crescente.

Ambicionava vender seus produtos industrializados aos estados-membros do sul. Porém, seus negros não eram bons operários, pois não eram capacitados, e os aristocratas brancos do sul, naturalmente, não se sujeitariam a trabalhar como operários.

Os estados-membros do norte pressionaram os estados-membros do sul para acabar com a escravidão por meio dos órgãos de imprensa, aos quais começaram a mostrar os aspectos injustos e bizarros da escravidão, assim como pelo Congresso, instalado no Distrito de Columbia, no norte do país.

Os políticos e industriais do norte influenciaram o Congresso a votar uma lei que proibia a importação de negros cativos da África (1808), considerando pirataria, punida com a morte (1820).

Atingiram um primeiro clímax em 1856, com o caso Dred Scott v. Sandford.

O caso Dred Scott, como ficou conhecido, é importante ao estudo por inúmeras razões.

Foi a segunda vez que a Suprema Corte estadunidense anulou um ato do congresso por inconstitucionalidade. A primeira havia sido em 1803, com Marbury v. Madison.

Porém, a primeira vez que a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei com base em uma visão substantiva do princípio do devido processo legal, e foi um dos fatores que desencadeou a Guerra de Secessão, tamanha foi a revolta que causou nos abolicionistas.

Dred Scott nasceu escravo no Estado da Virgínia. Um de seus proprietários, o cirurgião do Exército John Emerson, levou-o consigo para o Forte Snelling, no território do Wisconsin. Estava em vigor, então, a “*Lei do Compromisso do Missouri*” (*Missouri Compromise Act*), de 1820, que proibia a escravidão em territórios federais acima de uma linha por ela estabelecida.

Com a morte de John Emerson, sua viúva transferiu a “propriedade” de Scott para o seu irmão, John Sanford, que levou-o de volta para St. Louis.

Scott iniciou, então, uma luta judicial para ver-se declarado livre. Argumentou que com o período que viveu em território federal adquiriu a condição de “cidadão dos Estados Unidos” e não continuaria a ser escravo. Tentou, em juízo, caracterizar seu

aprisionamento como um sequestro a privação ilícita da liberdade de um homem livre, um cidadão e portador de direitos na ordem civil.

Essa ação foi inicialmente julgada procedente por um tribunal do Missouri e, depois, por um tribunal federal, que não a reconheceu.

Tornou a propor a ação e perdeu na Suprema Corte do Missouri – corte que catorze anos antes havia reconhecido a libertação de diversos escravos na mesma situação de Scott – e, posteriormente, na Justiça Federal.

Conseguiu levar o caso à Suprema Corte.

O juiz-presidente Taney apresentou a decisão da Suprema Corte, com os seguintes itens: a) os fundadores dos EUA não tencionaram tratar o negro como ser humano; b) conforme a tradição do direito estadunidense, portanto, negro não é ser humano, é coisa; c) viola o princípio do devido processo legal uma lei que considerasse o negro um ser humano e, com isso, privasse alguém de sua propriedade; d) o Congresso não poderia ter editado lei que contraria a tradição jurídica dos EUA; e) a Lei do Compromisso do Missouri (Missouri Compromise Act, 1820) é inconstitucional, por violação da 5ª emenda; f) sendo coisa, o negro não tem capacidade de ser parte; correta, portanto, a decisão que o considerou uma coisa, e não um “cidadão dos Estados Unidos”. Em sua opinião o juiz presidente Taney⁵ escreveu:

A questão é simples assim: pode um negro, cujos ancestrais foram importados para este país, e vendidos como escravos, tornar-se membro da comunidade política formada e instituída pela Constituição dos Estados Unidos, e assim tornar-se titular de todos os direitos, privilégios, e imunidades, garantidas por esse instrumento ao cidadão? Um desses direitos é o privilégio de propor uma ação em uma corte dos Estados Unidos nos casos especificados na Constituição. (...) Pensamos que não, e que eles não estão incluídos, e que não se intentou que fossem incluídos, sob a palavra ‘cidadãos’ na Constituição, e que não podem reclamar nenhum dos direitos e privilégios por ela criados e garantidos aos cidadãos dos Estados Unidos. Ao contrário, eles foram naquele tempo considerados como uma subordinada e inferior classe de coisas, que foram subjugados pela raça dominante, e, ainda que emancipados ou não, continuam sujeitos à sua autoridade, e não têm direitos ou privilégios, mas apenas aqueles que o poder e o governo eventualmente lhes conferir. (...) Ninguém dessa raça jamais imigrou para os Estados Unidos voluntariamente; todos foram trazidos para cá como mercadorias. O número dos que estavam emancipados, ao tempo da elaboração da Constituição, era muito menor do que os que eram mantidos escravos; e estavam identificados, na opinião pública, com a raça à qual pertenciam, em não com a população livre. É óbvio que eles não estavam na mente dos autores da Constituição quando eles conferiram direitos e privilégios aos cidadãos de um Estado em qualquer parte do território pertencente à União.

Eis aí o primeiro princípio do Devido Processo Legal.

⁵ TANEY, Roger B. “Opinião”, em *Dred Scott v. John F. A. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403405, 411-412 (1856), em www.findlaw.com/cascode/supreme.html.

A tensão racial só aumentou e com Abraham Lincoln eleito à presidente dos EUA, os estados-membros do sul declararam a secessão e o país mergulhou em uma guerra, que ao seu final foram editadas duas Emendas à Constituição dos EUA. A 13ª e a 14ª. A 13ª, que acaba, definitivamente, com a escravidão.

A 14ª é ainda mais importante, pois afirma:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do estado-membro onde residam. Nenhum estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá retirar-lhes a vida, a liberdade, ou a propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis.

Teve o objetivo imediato de revogar uma antiga jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, denominada *Barron v. Baltimore*, para a qual a Carta de Direitos da União não se aplicava aos estados-membros.

Outro objetivo foi assegurar um desenvolvimento uniforme dos estados-membros.

Diante da resistência dos estados-membros ao ordenamento da União, destaca-se que a Suprema Corte levou aproximadamente cem anos para aplicar essas Emendas, no âmbito do processo penal.

Quanto ao devido processo legal substantivo, na década de trinta serviu como ferramenta de proteção da propriedade e da liberdade.

Um exemplo dessa visão privatista do devido processo legal se deu quando do período do “Novo Acordo” (New Deal), proposto pelo presidente Franklin D. Roosevelt. A Suprema Corte impugnou essa política através de diversas decisões que consideraram que a intervenção do Estado na economia uma forma desarrazoada de retirada da propriedade “sem o devido processo legal”.

O enfrentamento entre a Corte e o presidente Franklin D. Roosevelt foi de tal proporção que, no início de 1937, o presidente elaborou e enviou ao Congresso um pacote de leis, conhecido como “*Pacote da Suprema Corte*” (*Court Packing Plan*). Este visava aposentar diversos juízes antipáticos às medidas e aumentar os números de magistrados da Suprema Corte.

Assustados com essa possibilidade, os juízes da Suprema Corte passaram, paulatinamente, a diminuir a oposição ao “Novo Acordo”.

Hoje, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América evoluiu na sua compreensão do Princípio do Devido Processo Legal.

Pode-se dizer que não o utiliza mais como um instrumento de manutenção do *status quo*, como já o havia feito.

Concentra-se na solução de questões relacionadas com a igualdade substancial das pessoas – o que a Constituição estadunidense denomina de “igual proteção das leis” (equal protection of the laws).

A questão das políticas de ação afirmativa, as questões relacionadas com a família e outras, estão na pauta de discussões da Suprema Corte.

Destaca-se que o *Due Process of Law* teve a finalidade judicial de uniformizar o tratamento de todos os cidadãos norte-americanos, baseando-se nas normativas constitucionais centrais, independentemente do estado-membro a que pertencessem.

Mais que isso, o princípio abriu o caminho para o Poder Judiciário resgatar e garantir direitos que o cidadão norte-americano considerava de sua propriedade, tendo como suporte interpretativo as noções de justiça, racionalidade e razoabilidade, o que inegavelmente lembra o *Law of the Land* do direito inglês.

2.3.1 BILL OF RIGHTS, A 5ª EMENDA E A CLÁUSULA DUE PROCESS OF LAW

A Constituição dos Estados Unidos da América não trouxe inicialmente uma declaração de direitos, ou seja, não constou-se, sob nenhum termo, a cláusula do Devido Processo Legal e nenhuma outra disposição inglesa, nada que se equiparasse à Magna Carta (1215), à *Petition of Right* (1628) e ao *Bill of Rights* (1689).

Havia um temor de que o novo Estado, diante da ausência de uma declaração de direitos, cometesse abusos contra os cidadãos.

O artigo V da Constituição previa a possibilidade de Emendas, apesar de condições de rigidez típica.

O *Bill of Rights* consiste nas primeiras dez Emendas à Constituição e representa a "resposta" dos constituintes ao intenso protesto que se estabeleceu pela falta de declaração de direitos.

Com as dez Emendas em 1791, o Estado passou a ter sua declaração de direitos. Para o estudo, a mais importante é a 5ª Emenda, visto que esta insere no ordenamento jurídico-constitucional dos Estados Unidos da América a cláusula inglesa *Law of the Land*, mas adotando a expressão *Due Process of Law*, a qual vinculava-se diretamente à proteção dos acusados criminais. Logo, a defesa do direito de propriedade fortaleceu-se e teve como alicerce a Doutrina do Devido Processo Substantivo.

O esmero pela preservação dos direitos fundamentais ante o Estado, baseando-se na trilogia lockeana⁶ de vida, liberdade e propriedade, guiou o trabalho dos responsáveis pela redação das declarações, começando pela Carta da Virgínia, de 1606.

Outras Cartas de direitos fundamentais que merecem atenção é a de West New Jersey, de 1677, pois foram claras a força constitucional e a conservação substantiva dos direitos: "*O direito comum ou os direitos fundamentais na colônia devem ser o fundamento do governo, que não pode ser alterado pela autoridade legislativa*".

Destaca-se que o *Bill of Rights* teve a principal finalidade de conter o governo federal norte-americano, pois os governos estaduais já possuíam suas próprias declarações, sendo nitidamente observado o tratamento desigual das pessoas em relação às ordens criminais, civis, raciais, políticas, e que por isso era necessária uma declaração de direitos fundamentais que uniformizasse o então Estado único e federalista.

Na ordem jurídica, a cláusula do *Due Process of Law* ganhou espaço constitucional formal na 5ª emenda, em sua forma substantiva.

Somente com a ratificação da 14ª emenda, em 1868, a cláusula realmente foi imposta a todas as unidades federativas, com eficácia definitiva, obrigando aos Estados a observância e o respeito as disposições do *Bill of Rights*, segundo a interpretação ampla que a Corte lhe desse.

⁶ Sem dúvidas que a doutrina da separação dos poderes desempenhou na conformação do modelo de Estado que se propagou a todo o mundo ocidental nos últimos dois séculos, sobretudo a partir de Inglaterra, dos Estados Unidos da América do Norte e da França. Criada por John Locke, a teoria são as seguintes principais características são:

a) distinção entre legislativo, executivo e judicial para designar quer as funções estaduais, quer os órgãos que as executam; b) distinção que visa sublinhar a independência ou imunidade de um órgão estadual quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos perante a acção ou interferência de outro; c) limitação do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro ou mediante a responsabilização de um perante o outro; d) participação de dois ou mais órgãos independentes entre si, pertencentes à mesma função estadual, na prática de um acto imputável a todos; e, finalmente, e) incompatibilidade de exercício simultâneo de funções em diferentes órgãos estaduais. Informação retirada da Revista POLIS < <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>>. Acesso em 29 abril 2018.

2.3.2 A 14ª EMENDA, A CLÁUSULA *DUE PROCESS* PARA OS ESTADOS-MEMBROS E O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO *BILL OF RIGHTS* NACIONAL

Após a Guerra Civil de 1861 a 1865, o Congresso norte-americano promulgou a 14ª Emenda, a fim de garantir a todos os cidadãos os direitos expressos no *Bill of Rights*, uniformizando o tratamento garantido pelos estados-membros aos indivíduos na Constituição Federal.

Na Constituição são expressamente declarados a prevalência da cidadania nacional sobre a estadual, além de estabelecer a observância em relação aos privilégios e imunidades, ao devido processo e à igual proteção das leis.

Assim, a União, com a 14ª Emenda, consolidou definitivamente a Estado Federal.

Nas palavras de Schwartz (1966, p. 266, *apud* Pereira, 2008, p. 65), no decorrer da história norte-americana será explícita a imposição do *Due Process of Law* às ordens estaduais constituiu o movimento mais relevante em direção à uniformização do tratamento jurídico dos cidadãos norte-americanos, quanto aos direitos fundamentais.

Silveira (2001, p. 29) explica que o devido processo será interpretado de forma ampliativa para tutelar o povo contra os governos estaduais, o que mostrou-se necessário, tendo em vista que "[...] os Estados têm competência para legislar sobre o direito material (substantivo) e processual (adjetivo) [...]".

Portanto, o *Due Process of Law* tornou-se a cláusula pela qual várias garantias fundamentais do *Bill of Rights* foram introduzidas às normas estaduais, sendo-lhes impostas pela 14ª Emenda.

2.4 ANÁLISE ACERCA DA INFLUÊNCIA DO *DUE PROCESS OF LAW* DESDE A SUA ORIGEM ATÉ OS TEMPOS CONTEMPORÂNEOS

O Devido Processo desempenhou papel indispensável na evolução jurídico-constitucional tanto da Inglaterra quanto dos Estados Unidos da América, garantiu a liberdade dos cidadãos na Magna Carta e outras cartas sucessoras inglesas; organização política dos Estados Unidos da América (desde a sua independência), a configuração de mecanismos de controle do poder do Estado, tanto na relação tripartite quanto na conciliação da tutela do indivíduo com as ameaças decorrentes da desintegração federal do poder.

O princípio tem frequentado, desde o século anterior, as pautas decisórias de natureza constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (abriu caminhos para os indivíduos conquistarem o reconhecimento jurídico e a tutela constitucional de novos interesses como o aborto, união homossexual).

Dessarte, o *Due Process of Law*, conforme as palavras de Pereira (2008, p. 95) "[...] tem sido interpretado como um comando de otimização, uma pauta aberta, uma norma dúctil, elástica, sede do indispensável dinamismo evolutivo das prescrições atinentes às liberdades e aos direitos individuais".

Este princípio sempre esteve presente nas leis dos homens, em pé de igualdade com os princípios que o regem.

Permite que o Direito se renove junto com a evolução de uma sociedade, além de autorizar novas interpretações das normas jurídicas.

Portanto, o princípio mantém-se livre para abrigar o que os direitos e as garantias individuais exigem para uma efetiva proteção aos indivíduos, vinculando-se aos direitos humanos, permitindo que sua essência seja realmente utilizada a fim de buscar a justiça, razoabilidade, racionalidade e controle de poder diante do indivíduo.

3 NOÇÃO DOUTRINÁRIA, PILARES DOUTRINÁRIO-CONSTITUCIONAIS E LEADING CASES

O presente capítulo busca perseguir a noção doutrinária do *Substantive Due Process*⁷, as bases político-constitucionais que viabilizaram o desenvolvimento da doutrina e os problemas provocados pela ausência de instrumentos constitucionais de contenção dos poderes estaduais e demonstrar o impacto da doutrina na construção jurisprudencial norte-americana.

A doutrina do Devido Processo Substantivo tem como pressupostos doutrinas constitucionais. É necessário estudar esses pilares doutrinário-constitucionais da *Substantive Due Process* para entender-se a ideia de uma Dimensão Substantiva no Devido Processo.

A inexistência de disposição constitucional expressa impôs aos estados-membros norte-americanos o respeito ao Devido Processo, exigindo também que a Suprema Corte utilizasse outros mecanismos constitucionais ou recorresse ao direito natural, no entanto os mesmos foram ineficazes na luta contra a legislação estadual, que se mostrava contrária aos direitos fundamentais.

Com a 14ª Emenda houve a imposição do Devido Processo, podendo este ser e nacionalizar os direitos fundamentais.

A vigência dessa cláusula culminou na explosão doutrinária que tentava alcançar o pensamento judicial a fim de obter-se a tutela dos indivíduos perante os governos estaduais. Insta destacar os casos chamados de *leading cases*⁸ que conseguem demonstrar o "movimento jurisprudencial de incorporação doutrinária"⁹.

3.1 SUBSTANTIVE E PROCEDURAL DUE PROCESS: DOUTRINAS

Em busca de definições fiéis aos princípios do Devido Processo Substantivo e Processual, Hall (1999, p. 352, *apud* Pereira, 2008, p. 98) conceitua o caso do *Substantive Due Process*:

⁷ Expressão designada na doutrina constitucional norte-americana.

⁸ Guido Fernando Silva Soares em sua obra *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA* (1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.) ensina que o *leading case* é "uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam" que "cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros".

⁹ Expressão retirada da obra PEREIRA, S. Tavares. *Devido Processo Substantivo (Substantive Due Process)*. Florianópolis: Editora Conceito Editorial, 2008.

Devido Processo Substantivo refere-se, na 5ª e na 14ª Emendas, à **doutrina** que requer que os juízes examinem se a negação do direito ou a obrigação que está sendo criada são razoáveis, em vez de apenas verificar se foi negado o direito [ou imposta a obrigação] de uma maneira procedimental apropriada. A **doutrina** dá aos juízes amplos poderes (broad powers) para adaptar o direito constitucional às circunstâncias sociais transformadas.

Interessante relatar que no chamado *Black's Law Dictionary*¹⁰ há duas expressões utilizadas para descrever os referidos princípios/as doutrinas: *Economic Substantive Due Process* e *Substantive Due Process*.

Devido Processo Substantivo Econômico. A doutrina segundo a qual certas políticas sociais, tais como a liberdade de contratar ou o direito de desfrutar da propriedade sem interferência de regulamentação governamental, existem na Cláusula do Devido Processo da 14ª Emenda, particularmente nas palavras "liberdade" e "propriedade".

Devido Processo Substantivo. A doutrina segundo a qual as Cláusulas do Devido Processo das Emendas 5ª e 14ª requerem que a legislação seja justa e razoável no conteúdo e além disso se volte a um objetivo governamental legítimo.

As expressões utilizadas no estrangeiro para definir tanto o Devido Processo Substantivo quanto o Procedimental denominam doutrinas e não as cláusulas em si.

Corroborando tal ideia, Conkle (2006, p. 2, *apud* Pereira, 2008, p. 100) comenta que "[n]ada em direito constitucional é mais controvertido do que a *substantive due process*. É controvertido não apenas porque a Suprema Corte invoca essa doutrina/esse princípio para resolver [...]".

Assim, na leitura é possível averiguar-se se é mais apropriado utilizar doutrina ou princípio.

O mesmo autor declara que "a primeira teoria [...] é que o devido processo substantivo garante proteção constitucional presumida para [...]", "De acordo com esta teoria, os direitos do devido processo substantivo", alcançando a noção de que Conkle se refere à dimensão substantiva do princípio.

Considerando o conteúdo que é tratado no *Substantive Due Process*, este refere-se à Doutrina do Devido Processo Substantivo.

A expressão *Due Process* precedida por *of Law* menciona à cláusula contida na Magna Carta e nos documentos constitucionais seguintes da Inglaterra, das colônias anglo-americanas, dos Estados Unidos da América e de seus estados-membros.

Somente *Due Process* pode se referir ao princípio do Devido Processo, conteúdo da cláusula do *Due Process of Law*.

¹⁰ GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. 7. ed. Saint Paul, Minn: West Group, 1999. 1738 p.

Quando é acrescida a expressão *substantive* ou *economic substantive*, já não se refere à cláusula, mas sim as doutrinas ou teorias construídas a partir ou em torno da dimensão substantiva do princípio do Devido Processo, conforme Castro (1989, p. 48-49) relata:

De acordo com a concepção originária e adjetiva da cláusula do devido processo legal, esta não visava a um questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público [...] o que viria a ocorrer anos mais tarde com a formulação da teoria do *substantive due process*.

Cabe destacar que a expressão somente tornou-se utilizada em grande escala a partir da segunda metade do século XX.

3.1.1 ENQUADRAMENTO DOUTRINAL DA FORÇA SUBSTANTIVA DO DEVIDO PROCESSO

É necessário, segundo Tribe (2000, p. 2), colocar em perspectiva doutrinal, teórica e ética as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para se alcançar o coração do direito constitucional norte-americano.

Essas decisões geram, segundo o mesmo autor, "[...] um corpo de Direito rico o bastante, em seus próprios termos, para justificar a síntese e acurada análise, para provocar debates, para sugerir bases para extensão e crítica".

A Doutrina do Devido Processo Substantivo é o enquadramento das demarcações traçadas nas decisões da Suprema Corte, colocando-se em perspectiva doutrinal, para assim, fazer prevalecer o princípio do Devido Processo em seu aspecto substantivo.

Esse pensamento envolve a afirmação do princípio da supremacia judicial, mediante juízes independentes, vinculados somente aos grandes princípios, costumes e valores que "animam" o povo, em certo período do tempo, como forma de contrabalançar o princípio democrático da maioria e deferir a todos os cidadãos, de todos os estados, a igual e efetiva proteção do Direito.

Dessarte, a partir do momento em que se afirmaram duas potências na cláusula *Due Process*, as correntes que se articularam em torno dessa visão de potência do princípio do Devido Processo constituíram-se em doutrinas e ganharam corpo e nome: *Procedural Due Process* e *Substantive Due Process*.

3.1.2 PROCEDURAL DUE PROCESS

A Doutrina do Devido Processo Procedimental foi amplamente impregnada em todo o mundo, principalmente nos países latino-americanos.

Significa dizer que é a possibilidade efetiva a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

Para o sistema jurídico norte-americano essa doutrina tem amplo sentido, não se referindo apenas ao processo em si, ou seja, é a garantia aos cidadãos de um processo justo.

Para afetar a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos é necessário que os governos estaduais e federal observem esta garantia constitucional, algo que se concretiza, por exemplo, com o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz natural; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de representar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.

Essa Doutrina ampara-se na 5ª e na 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos da América e preconiza, conforme Hall que (1999, p. 352, *apud* Pereira, 2008, p. 106):

[...] para o governo impor um ônus a um indivíduo, o governo deve fazê-lo mediante procedimentos justos. A doutrina procura prevenir o uso arbitrário do poder, embora isso não impeça o governo de, ao final, privar a pessoa da vida ou liberdade.

Validando tal posição, há a necessidade de um juízo imparcial, respondendo conforme aos requisitos das constituições federal e estadual, a exemplo dos Estados Unidos, onde nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade ou propriedade sem o Devido Processo Legal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reforça em seu artigo 5o, inciso LV, que mesmo os processos administrativos serão analisados conforme os ditames do princípio do Devido Processo Legal, em relação, especificamente, ao contraditório e a ampla defesa. Além disso, a Doutrina tem o alcance mais amplo no território brasileiro, visto que o *Due Process* é horizonte procedimental para todos os ramos do poder.

Esta cláusula preocupa-se em afastar a arbitrariedade, ou seja, o exercício do poder deve ser racional, alertando-se que, não significa dizer que o exercício do poder não é arbitrário, visto que a Doutrina admite que seja privada à pessoa sua vida, liberdade ou propriedade.

3.1.3 *SUBSTANTIVE DUE PROCESS*

Preliminarmente, cabe conceituar, de forma simples, o que significa o conteúdo substantivo do Devido Processo.

É uma forma de materializar limites aos Legislativo, em que as leis devem ser elaboradas com justiça, dotadas de razoabilidade e de racionalidade, havendo um nexo substancial com o objetivo que se pretender atingir.

A Doutrina do Devido Processo Substantivo afirma que a cláusula do devido processo não apenas impõe a observância de direitos procedimentais básicos, mas também exige que o poder se contenha diante de direitos subjetivos básicos substantivos, como, por exemplo, os direitos de religião.

O indivíduo tem o poder de possuir ou fazer certas coisas, mesmo que o desejo do Estado seja em sentido contrário. Isso exprime a ideia de substantividade.

Como a *Procedural Due Process*, essa Doutrina fundamenta-se nas 5ª e 14ª Emendas. Isso quer dizer que toda e qualquer decisão judicial se baseará nos fundamentos da cláusula do Devido Processo, de forma a ter uma interpretação única. Hall (1999, p. 352) diz que "[...] os juízes devem examinar se a negação do direito ou a obrigação que está sendo criada são razoáveis, em vez de apenas verificar se foi negado o direito [ou a obrigação imposta] de uma maneira procedimental apropriada", ou seja, não há contenção do exercício arbitrário do poder.

O exame da razoabilidade foi a primeira expressão objetiva de um critério para confrontar o conteúdo da lei, sendo desenvolvido pela Suprema Corte, inspirada na Doutrina do Devido Processo Substantivo, diferentes metodologias, partindo da razoabilidade, que se desdobrou em um conjunto de exigências atinentes ao meio, aos fins e à clareza do comando legal, alcançando complexos esquemas conforme os direitos envolvidos.

Além disso, a Doutrina do Devido Processo Substantivo possibilita aos juízes amplos poderes para adaptar o direito constitucional às circunstâncias sociais, traço marcante dessa Doutrina.

A interpretação da legislação transformou-se, através da influência dessa Doutrina.

Focada em princípios e tradições/costumes e com a visão na concretização do valor justiça, assim sendo um meio de evolução para o Direito Constitucional, ou seja, é mais evidente o processo de revisão das leis transformar-se em processo de reconstrução permanente dos conteúdos dos enunciados constitucionais formais pelo Poder Judiciário.

A Doutrina do Devido Processo Substantivo preconiza um papel diferenciado ao Poder Judiciário, sendo este o árbitro final nas questões relacionadas ao significado da Constituição, possibilitando a interpretação mais ampla e criativa, olhando-se além do texto constitucional para os direitos fundamentais.

De outro sentido, caminhando pelo América, no Brasil, a Constituição assegura tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (Artigo 5o, inciso LIV, da Constituição Federal). Logo, nas palavras de Oliveira (2006, p. 217), "inequívoco e inédita consagração explícita do princípio jurídico desenvolvido originariamente pelo direito anglo-saxão e posteriormente incorporado e substancialmente enriquecido pelo direito norte-americano".

3.1.4 A CLÁUSULA *DUE PROCESS* COMO EPICENTRO DA DOCTRINA

Pode-se dizer que a Doutrina do Devido Processo Substantivo é o "carro-chefe" do Poder Judiciário norte-americano, tendo em vista que é esta a consagrada para garantir constitucionalmente às pessoas seus direitos e de protegê-las contra a arbitrariedade estatal.

Falar da força substantiva do Devido Processo é esboçar os traços dessa Doutrina e acompanhar sua evolução, o que leva a tentar entender como foi o caminho para dar *status* a referida Doutrina, sendo vista como o mais importante veículo de garantia de direitos fundamentais.

Originária da Magna Carta e transposta para as cartas coloniais norte-americanas e, depois, para as constituições nacional e estaduais dos Estados Unidos da América, a cláusula é vista:

- a) como a sede constitucional unificadora e justificadora da Doutrina do Devido Processo Substantivo e, portanto, como seu epicentro;
- b) como veículo ou ferramenta para proteger, em termos materiais, a vida, a liberdade e a propriedade;
- c) como a fonte autorizadora das ideias de mobilidade constitucional;
- d) como elo de ligação da nova ordem constitucional rígida norte-americana com a herança libertária oriunda da pátria-mãe, a Inglaterra;
- e) como instrumento de harmonização, em termos de direitos e liberdades civis, das ordens constitucionais nacional e estaduais, de modo a fazer prevalecer e garantir, em todo o território nacional, a cidadania;

f) como fonte de autoridade para o Poder Judiciário controlar a tensão federativa;
g) como fonte de que emergem todos os direitos e liberdades civis, explícitos ou implícitos, inclusive a igual proteção da lei; e,

h) como fonte de inúmeros novos direitos substantivos não contemplados explicitamente pela Constituição (intimidade, aborto, etc).

Evidencia-se, portanto, que o princípio do Devido Processo é a base do Poder Judiciário, é o fundamento utilizado para alcançar-se a razoabilidade da lei, e assim, para que tenha-se realmente a denominada justiça.

3.2 PILARES DOUTRINÁRIO-CONSTITUCIONAIS DA DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO

Para expandir-se, a Doutrina do Devido Processo Substantivo precisou amparar-se em um ambiente constitucional formal e rígido, com fundamento na separação de poderes e vinculado à proteção dos direitos fundamentais, além de todas essas características estarem protegidas por um Poder Judiciário forte e independente.

O maior exemplo para todo esse cenário foi os Estados Unidos da América.

O referido país firmou-se com a tripartição dos poderes e no princípio da supremacia do Poder Judiciário.

Em relação aos cidadãos, incorporou-se à declaração de direitos à Constituição erguendo-se a um nível em que tais disposições transformaram-se num instrumento de contenção dos poderes instituídos (Judiciário, Legislativo e Executivo).

Conforme descreve Castro (1989, p. 55, apud Pereira, 2008, p. 113):

Esses aspectos da ordem constitucional norte-americana, bem se vê, são os pilares sem os quais não se poderia ter desenvolvido a Doutrina do Devido Processo Substantivo: (a) constitucional formal, rígida e suprema; (b) a efetiva vontade de fazer valer os direitos fundamentais e proteger os indivíduos perante o Estado (controle dos poderes instituídos), e (c) a supremacia judicial.

Constata-se que os Estados Unidos da América são a referência em relação à Doutrina do Princípio do Devido Processo Substantivo, pois as bases deste são influenciadas pela histórica política e legislativa do país.

3.2.1 CONSTITUIÇÃO FORMAL E RÍGIDA, *THE SUPREME LAW OF THE LAND*

Em seu livro *Three Theories of Substantive Due Process* (traduzido como Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América¹¹, Cooley (2006, p. 57, *apud* Pereira, 2008, p. 114) define o termo constituição como "[...] o corpo de regras e princípios em conformidade com os quais são normalmente exercidos os poderes da soberania".

Desde o tempo das colônias, olhando historicamente aos Estados Unidos da América, segundo o autor, já havia a ideia de liberdade vista como um direito natural inerente ao homem, afirmado este na Magna Carta, em 1214, na Petição de Direitos, no *Habeas Corpus Act*, na Declaração de Direitos e no Direito Comum, sendo este a aplicação de todos os direitos elencados nos documentos que o antecederam.

Destaca-se a importância de salientar que, se houvesse o ataque ao direito à liberdade, seria considerado o ato como tirania¹² do poder.

Estudando minuciosamente a história, verifica-se que os cidadãos norte-americanos entendiam que herdavam os mesmos direitos constitucionais, incluindo, obviamente, o de liberdade, dos ingleses e ansiavam em assegurar essa herança.

Cooley (2006, p. 43, *apud* Pereira, 2008, p. 115), em sua obra, relata o sentimento norte-americano frente ao rompimento dos laços com a Inglaterra:

A revolução e o rompimento dos laços com a Inglaterra traziam a esperança de governos comprometidos com os direitos inalienáveis da igualdade, da vida, da busca livre da felicidade, governos cuja autoridade e legitimidade advinham da busca permanente da consecução da garantia e proteção de tais direitos.

Em visão contrária, o autor Kristol (1988, p. 5, *apud* Pereira, 2008, p. 115), declarou que "prevalecia a visão cética em relação às 'virtudes humanas' e à capacidade dos homens de se autogovernarem "[...] sem a prévia imposição de severos autocontroles institucionais".

Em todo o continente Americano, o espaço foi ocupado pelo povo, e corroborando tal alegação Tribe (2000, p. 6-7, *apud* Pereira, 2008, p. 115) declarou "Todo poder legal deriva do povo e deve ser mantido em cheque para preservar sua liberdade, é a mais velha e mais central opinião do constitucionalismo americano", e em continuidade a mesma ideia, Schwartz (1996, p. 23) redigiu:

¹¹ Tradução trazida no Livro *Devido Processo Substantivo*, lançado em 2008 e escrito pelo autor Sebastião Tavares Pereira.

¹² Tirania, conforme visto em Dicionário, significa "poder soberano usurpado e ilegal [...]".

Por isso o povo se fez representar por departamentos governamentais instituídos, com poderes e métodos de seu exercício bem definidos num documento escrito, só alterável pelos mecanismos por este mesmo documento estabelecidos.

Orth (2003, p. 42-43) escreveu que sem uma constituição rígida e expressa, os poderes dos Legisladores:

[...] poderiam indubitavelmente ser tidos como absolutos (como o Parlamento da Grã-Bretanha é visto), e qualquer ato aprovado, não consistente com a justiça natural (pois a restrição é jurada pelos juizes mesmo na Inglaterra), vincularia o povo.

É evidente que mostra-se essencial a limitação tanto implícita quanto explícita dos poderes e sua sujeição à uma lei maior.

Com a declaração de independência, os Estados estabeleceram suas bases em constituições concebidas por seus governos próprios.

Porém, na defesa de seus territórios, a fim de sustentar suas independências, obrigaram-lhes a juntarem-se e instituírem um Congresso Continental, fundado na aquiescência do povo e dos Estados.

Nesse cenário, nasceu a ideia de União, visto como um ente confederativo.

Era apenas uma forma figurativa para a defesa comum de todos os Estados, sendo cada um soberano de si.

A confederação podia legislar, mas não tinha força para impor seu direito, ou seja, sua legislação.

Tratados e alianças podiam ser desrespeitados sem punição alguma.

Os Estados priorizavam suas necessidades locais às necessidades da confederação. Segundo Cooley (2006, p. 48-49) "Não havia competência para decretar impostos, regulamentar profissões ou o comércio, e nem para impor uniformidades na legislação dos Estados. Esse quadro levou à sua deterioração".

No curso da guerra de independência, mostrou-se vital rever os artigos da confederação para preservar a União, o que já se considerara um potencial.

Castro (1989, p. 15) relata:

A convenção de delegados dos vários Estados, reunida em maio de 1787, com essa finalidade, concluiu que rever não era suficiente. Veio à tona a ideia de instituição de uma fonte de Direito superior (*paramount law*), escrita e rígida, à qual se deviam ajustar o edifício legislativo infra-constitucional e os atos e decisões dos poderes instituídos, federal e estaduais, em forma e conteúdo.

Em continuidade à ideia, Cooley (2006, p. 50-51):

E se propôs uma nova constituição, quebrando a regra anterior de unanimidade para a adoção das decisões congressuais. Foi uma nova revolução, justificada pelos riscos imensos de desfazimento da União. Onze dos treze Estados ratificaram desde logo a nova constituição e os dois restantes o fizeram em 1789 e 1790.

E, ainda, Soares (2000, p. 63) relata que:

Enquanto na Inglaterra o parlamentarismo caminhava pragmática e lentamente para sua efetiva instauração, nos EUA, à época da Guerra da Independência, o presidencialismo já nascia pronto, com a supremacia do Poder Judiciário, perfeitamente definida, num texto de *Jus Scriptum*¹³, considerada como Lei Fundamental, a Constituição, à qual, pouco tempo após, viria ajuntar-se o Bill of Rights, como parte integrante [...]

Ante o exposto, a nova constituição revelava que a soberania dos Estados, que na realidade nunca existira, nivelaria a uma forte autonomia.

Esclarece-se que a Constituição não se originou de forma perfeita, ante a uma declaração de direitos vazia. Pereira (2008, p. 118) revela que a declaração de direitos só se mostrou incorporada à Constituição com a vigência das primeiras dez emendas, três anos após a vigência da Constituição.

Segundo o que descreve Cooley (2006, p. 53) em sua doutrina, "[a]s garantias eram postas contra o governo central e entendia-se que cada Estado, em sua própria constituição, já dispunha de tais garantias postas para a proteção dos seus próprios cidadãos", o que claramente é uma utopia e que, com o lapso de tempo, foi corrigido e modificado pela prática tanto constitucional quanto jurídica.

Conclui-se que, conforme dita Castro (1989, p. 17), os vários aspectos vistos na história norte-americana:

[...] matizam fortemente a estruturação do novo Estado da América, dão forma ao sistema federal e se materializam na ideia de uma constituição soberana, formal e rígida, duradoura, um Direito superior ao qual todos se encontram submetidos, marcando muito distintamente o conceito de legalidade dos norte-americanos como ajuste e respeito à Constituição.

Por fim, como citado por Soares (2000, p. 59), "todos poderiam estar submetidos a Deus e ao Direito, este expresso num documento que se dizia a suprema lei do país".

3.2.2 CONTROLE DOS PODERES INSTITUÍDOS: TRIPARTIÇÃO DOS PODERES, SEPARAÇÃO DOS PODERES (FEDERALISMO) E A DECLARAÇÃO DE DIREITOS

Durante a Revolução da Independência norte-americana notava-se o crescimento da teoria da separação dos poderes e a ideia de indispensabilidade que esta possuía na "conformação das ordens estatais emergentes"¹⁴.

¹³ *Jus Scriptum* significa Direito escrito.

¹⁴ PEREIRA, S. Tavares.

Contudo, o sistema de separação de poderes foi intensamente alterado e difundido no sentido de que o juiz tinha o dever de ser a "a boca da lei"¹⁵, e, fundamentando tal afirmação, Castro (1989 p. 219) descreve que esse modelo propunha claramente a colocação do poder sob o Direito e dava à jurisdição uma conotação política indiscutível.

A declaração da independência estabeleceu que todos os homens eram iguais, que os pertencia certos direitos inalienáveis, como a vida, a liberdade e à procura da felicidade, sendo que os governos deviam guardar tais direitos e que sua legitimidade não poderia atentar contra os referidos direitos inerentes a cada homem.

Nesse sentido, é dominante o pensamento que relata que os poderes legais de um governo derivam do povo e que tais poderes devem ser mantidos sob restrito controle para a preservação dos direitos fundamentais.

Assim, os limites impostos tinham a finalidade de proteger o indivíduo em relação as ações desarrazoáveis do governo.

Após a revolução e a declaração de independência, tem-se um cenário com estados delimitados com seus respectivos governos e um Direito comum, além da adoção de constituições que definiam e delimitavam os poderes dos departamentos governamentais criados por cada estado.

Como já visto anteriormente, a primeira Constituição dos Estados Unidos, de 1787, não possuía uma declaração de direitos fundamentais, contudo se fundava na separação de poderes. Relacionando essa visão com a origem do Devido Processo Substantivo, Orth (2003, p. 49, nota 34) afirmou que "a separação de poderes era o elo "que faltava na transição da visão procedimental do Devido Processo para a substantiva".

Segundo relata Pereira (2008, p. 121), "[a] combinação da tripartição, em cada nível, com a diluição federal, pareceram mecanismos de freios e contrapesos indispensáveis para o almejado controle. "O poder era, antes de tudo, dividido entre a nação e os estados que a constituíam", afirma Schwartz (1966, p. 19).

O Estado norte-americano, alega Soares (2000, p. 62-63):

[...] nasceu como um Estado federalista (portanto sua primeira contribuição para a história das instituições políticas da humanidade) e, sobretudo, presidencialista (outra contribuição àquela história), tendo sido o primeiro país a consagrar em sua leis a separação dos poderes a Montesquieu, tanto em nível federal quanto nos ordenamentos dos Estados-membros.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, v. 1, p. 183-187.

Em complementação à Constituição e à defesa em relação aos poderes instituídos, os norte-americanos deram efetividade e eficácia ao *Bill of Rights*, incorporando ao cenário constitucional as garantias de liberdade individual diante da limitação dos poderes instituídos.

E para corroborar a seguinte ideia, Silveira (2001, p. 595) assevera que o pensamento norte-americano indicava que

[...] os direitos fundamentais não podem ser reduzidos a simples interesses políticos, canalizados na lei, eis que sua dimensão é de superioridade em relação à lei, que não os pode, sequer, suprimir nem anular parcial ou totalmente [...]

E ainda, fundamenta Soares (2000, p. 63), "essa declaração dos direitos fundamentais, que hoje é a pedra de toque dos regimes políticos, fez sua aparição no mundo da realidade do direito escrito, nos EUA [...]".

Na visão constitucional norte-americana, o poder devia ser contido, sendo feita pela submissão deste à suprema lei (Constituição em conjunto com os direitos fundamentais), e foram os Estados Unidos quem conquistaram efetivamente essa contenção da sociedade sobre o Estado como um todo, conforme afirma Castro em sua obra (1989, p. 26).

O Devido Processo é o grande norteador das instituições democráticas norte-americanas, desde a declaração de independência, e tem-se como grande escudo protetor da vida, da liberdade e da propriedade, além de ser o principal fundamento para a uniformidade de tratamento do cidadão norte-americano, independentemente da ordem estatal a que estivesse submetido, e, por fim, junto com o princípio da supremacia judicial, tem-se a garantia aos indivíduos a efetiva proteção contra os poderes instituídos.

3.2.3 A SUPREMACIA JUDICIAL: *JUDICIAL REVIEW* E PODER JUDICIÁRIO COMO FONTE FORMAL E SUPREMA DO DIREITO

A revisão judicial (*judicial review*) das leis é uma contribuição única de pensamento norte-americano à Ciência Política, tendo raízes no jusnaturalismo¹⁶, pensamento este retirado da obra de Mason (1967, p. 68, *apud* Pereira, 2008, p. 124).

"A revisão judicial, por seu turno, é diretamente associada à noção de uma constituição formal, rígida, guindada ao *status* de lei superior", explica Ferreira Filho (2002, p. 34), ou seja, a revisão judicial é implícita à natureza de uma constituição escrita.

¹⁶ Jusnaturalismo é o Direito Natural, ou seja, todos os princípios, normas e direitos que se têm como ideia universal e imutável de justiça e independente da vontade humana. Ou seja, o direito é algo natural e anterior ao ser humano, devendo seguir sempre aquilo que condiz aos valores da humanidade (direito à vida, à liberdade, à dignidade, [...]) e ao ideal de justiça.

Castro (1989, p. 213) se posiciona em relação a revisão judicial declarando que esta é uma "técnica de tutela da supremacia da Constituição", ao qual complementa o sistema de freios e contrapesos.

Há, portanto, uma relação de subordinação entre a constituição e o ordenamento jurídico como um todo, ao qual exige-se que um órgão resguarda a supremacia da suprema lei, alcançando-se um "governo de leis e não de homens"¹⁷.

Em relação aos indivíduos, a revisão judicial liga-se intimamente à declaração de direitos em sua forma substantiva.

Isto significa afirmar que cabia a tarefa ao Poder Judiciário, diante da Doutrina da supremacia judicial, garantir aos cidadãos norte-americanos à proteção perante o Estado, garantir também um governo em que as leis, e principalmente a Constituição, prevaleçam à vontade dos homens, além da revisão das leis e da interpretação substantiva tanto da lei quanto do Direito.

Destaca-se, ainda, que na garantia de julgamentos livres e independentes, encontrava-se a verdadeira segurança dos direitos fundamentais dos cidadãos, diante do Estado.

Em poucas palavras pode-se afirmar que sem a supremacia judicial, não existiria Doutrina do Devido Processo Substantivo.

O princípio da supremacia judicial tornou-se um dos pilares para a construção dos novos estados do chamado "Novo Mundo". Conforme descreve Pereira (2008, p. 128):

Não era apenas o Poder Executivo que se devia dobrar, na execução da lei, ao escrutínio judicial. A produção parlamentar também havia de jungir-se aos ditames do Direito. O legislador perdia o privilégio de dizer com exclusividade o que é o Direito, pela sua merda vontade. [...] E havia uma baliza clara, enunciada por John Marshall¹⁸: a constituição. [...]

Segundo Nogueira (2002, p. 9), a Poder Judiciário deveria ser "[...] instrumento por excelência de concretização dos direitos e garantias individuais".

É indispensável afirmar que os Estados Unidos da América, ao incorporar a revisão judicial, estava a um passo de incorporar a Doutrina do Devido Processo Substantivo, conforme elenca Pereira (2008, p. 129) ideias que submetiam esse pensamento:

¹⁷ Expressão retirada da obra de James Harrington.

¹⁸ Revolucionário, diplomata e jurista. Foi o quarto Chefe de Justiça dos Estados Unidos, presidindo a Suprema Corte dos Estados Unidos da América de 4 de Fevereiro de 1801 a 6 de Julho de 1835, quando morreu, e nessa função se tornou o principal fundador do direito constitucional americano e consolidou o poder de revisão do judiciário. (Informação retirada do Wikipedia <https://pt.wikipedia.org/wiki/John_Marshall> Acesso em 29 de abril de 2018).

(i) a supremacia da Constituição e a necessidade do *judicial review* - implicando a revisão das leis, não apenas quanto à sua validade pelos requisitos de formalidade e competência, mas também quanto ao seu conteúdo (letra e espírito); (ii) a competência do Poder Judiciário para guardar a Constituição - controlar os outros poderes, segundo os ditames constitucionais, não deixando que os limites postos fossem ultrapassados; o que implica chamar para o Poder Judiciário determinadas decisões políticas, pois "[...] dizer *what the law is* [...] traduz uma inescandível função política ou, pelo menos, de inexorável repercussão política"¹⁹; (iii) a independência dos juízes - um poder independente, equiparável politicamente aos demais, na estrutura orgânica do poder.

O Poder Judiciário transformara-se em "juízo final" do que a lei deveria ser, ou seja, era quem dava o significado da Constituição, concretizando a supremacia judicial norte-americana, fundamentando Pereira (2008, p. 130), ainda, que:

O Poder Judiciário assumiu o ônus de interpretar e dizer o Direito, com independência, dando cumprimento ao seu papel constitucional de promover a atuação do Estado sem desrespeito ao indivíduo e promovendo os valores que, em cada tempo e lugar, continuam a tornar a existência do Estado desejada pelo seu componente humano.

Pode-se dizer que para compreender corretamente a constituição norte-americana é importante estudar sua história e o desenrolar das decisões da Suprema Corte, onde o sistema norte-americano se apresenta como um 'governo pela ação judicial'²⁰.

Segundo Silveira (2001, p. 2), "inerente à cláusula do devido processo, encontra-se a liberdade de julgamento dos juízes, em seu aspecto político, como corpo independente de um dos Poderes do Estado Democrático".

Conclui-se que, baseando-se na visão de Pereira (2008, p. 131), ao elaborar a Constituição, pretendia-se juízes independentes dos demais poderes, com autoridade suficiente para dizer se a legislação editada pelo Congresso apresentava consistência com os ditames constitucionais, edificando-se, assim, a Doutrina do Devido Processo Substantivo.

¹⁹ HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de J.A.G Albuquerque. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 372 p.

²⁰ GOODHARDT, A.L. **Direito Constitucional americano**, p. 9.

3.2.4 ANOS DE TRANSIÇÃO E *LEADING CASES* DA DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO

O princípio do Devido Processo Substantivo tem Origem Inglesa e foi aprimorado e teorizado nos Estados Unidos, ganhando maior espaço a Doutrina do Devido Processo Substantivo na jurisprudência norte-americana.

Há decisões que são simbólicas no estudo da referida Doutrina e representam pontos de entonação da aplicação ou não, ou do modo de aplicação da Doutrina.

Por outro lado, há casos não jurisdicionais que marcaram os pontos de entonação, segundo Pereira (2008, p. 138-140):

1798 - *Calder v. Bull*, 3 Dall (3 U.S) 386 (1798) - Dois juízes discutem amplamente a questão da limitação posta pelo texto constitucional para a interpretação da Constituição e para o reconhecimento de direitos. Prevalece e prepondera por um tempo, formalmente, a visão de um interpretativismo textual, segundo o qual o reconhecimento de direitos deveria encontrar guarida expressa no texto positivado. Na prática após algumas décadas, a visão derrotada da existência de poderes e limitações implícitos ao poder e, também, de direitos implícitos, acabou por preponderar e é sustentada pela Doutrina do Devido Processo Substantivo.

1803 - *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) - Estabeleceram-se as ideias de supremacia judicial e de revisão do conteúdo da lei (*judicial review*), básicas para a Doutrina do Devido Processo Substantivo. Invalida-se lei federal e vem à tona, claramente, a ideia de que o Poder Legislativo não tem poderes para tornar, qualquer coisa, *Law of the Land*.

1857 - *Scott v. Sandford* (Dred Scott Case), 60 U.S 393 (1857) - A grande maioria dos estudiosos vê, neste processo, a chegada da moderna Doutrina do Devido Processo Substantivo às cortes federais norte-americanas. Afirmaram-se as ideias de limitação ao Poder Legislativo e, pela primeira vez, invalida-se lei federal com base na dimensão substantiva da cláusula do Devido Processo da 5ª Emenda. A decisão, apesar da premissa que prevalecerá pelas décadas vindouras até a atualidade, foi equivocada. Defendeu a propriedade, em detrimento da escravidão, e claramente afirmou a condição jurídica inferior dos negros.

1868 e anos seguintes - Ratificação da 14ª Emenda e início da imposição judicial da cláusula do Devido Processo aos estados-membros. Os legislativos estaduais passam a ter seus atos confrontados pelo Poder Judiciário federal com base na cláusula. Busca-se um federalismo equilibrado politicamente com máxima proteção para o indivíduo. Afirma-se a ideia de direitos explícitos e implícitos. A Doutrina do Devido Processo Substantivo chega às cortes, revigorada, preconizando o Devido Processo como matriz para a imposição do *Bill of Rights* às ordens estaduais, mas não se limita à declaração de direitos, olhando além do texto constitucional. Suplanta-se o modelo da Doutrina do Devido Processo Substantivo como fundamento jusnaturalista. Proteção máxima da propriedade.

1873 - *Slaughterhouse cases* - A decisão interpreta restritivamente a 14ª Emenda, dizendo-a voltada apenas à garantia de cidadania para os negros e não à proteção ampla da liberdade, propriedade e vida, nos termos tradicionais do *Due Process*. Mas, segundo alguns autores, num voto dissidente desta decisão, do juiz Stephen J. Field, está o germe da moderna Doutrina do Devido Processo Substantivo.

1905 - *Lochner v. New York*, 198 U.S 45 (1905) - Decisão que anula uma lei da cidade de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho. Início da chamada era da Doutrina do Devido Processo Substantivo de estilo *Lochner*. *Lochnerizar* ganha o sentido de aplicar a Doutrina do Devido Processo Substantivo que imperava na época e orientou a decisão. Interpreta-se ampliativamente o conceito de liberdade para albergar a "liberdade de contratar" e protegê-la. Fixa-se uma linha de atuação judicial que perdura até o final da década de 1930, contrária aos avanços da

legislação regulamentar intervencionista característica do estado do bem-estar social. Fase de desenvolvimento e aplicação mais agudas da Doutrina, mas voltada para a legislação econômica e social. O choque com a nova visão do Estado e a invalidação das medidas intervencionistas posteriores à recessão de 1929, orientadas para a retomada do desenvolvimento econômico (plano *New Deal*), resulta em histórico confronto entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

1930 e década - Fase de vigência máxima do chamado positivismo jurídico formal-estruturalista (kelseniano). O substancialismo sofre forte ataque teórico. Isso, acrescido aos problemas do plano *New Deal*, provocam a revisão da Doutrina para conceder, ao legislativo, maiores poderes na definição das políticas de regulação de caráter econômico. *New Deal*.

1938 - *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938) - Em famosa nota de rodapé deste caso, anuncia-se a revisão da postura da Suprema Corte em relação à revisão judicial das leis de caráter econômico e social. Não mais seria aplicada a Doutrina da era *Lochner*, dando-se máxima deferência às decisões legislativas no campo econômico e social. No entanto, anunciou a nota de rodapé, a Doutrina do Devido Processo Substantivo continuaria plena em relação aos direitos e liberdades civis. A utilização de dois Padrões de Escrutínio da lei, segunda a matéria tratada, ganhou o nome de duplo-padrão. A atuação firme nesta outra direção, entretanto, levou mais de uma década para mostrar-se com força, na década de 1950 (corte *Warren*). Nesse vácuo da aplicação da força de contenção substantiva do Devido Processo, após 1939, leis e atos governamentais violaram gravemente os direitos civis e passaram incólumes pelo exame de constitucionalidade. Exemplificasse com os programas de lealdade (para ser servidor público tinha-se de jurar não ser membro de nenhum partido ou organização política que advogasse a destruição do governo), com a utilização ilegal de exposição à mídia para dobrar o pensamento dos opositores (admissão do tribunal da opinião pública, claramente inconstitucional) e a esterilização de criminosos sexuais contumazes.

1950 e década - Crise do pós-guerra. No campo teórico, as fragilidades do modelo positivista estrutural são postas em evidência. Surgimento das novas teorias comprometidas com a correção do Direito e com a busca de fundamentos lógico-racionais não formais para a Ciência do Direito. Restaura-se a descrença nas possibilidades do procedimento, puro e simples. Revigoramento da Doutrina do Devido Processo Substantivo com o novo viés anunciado em 1938 - o duplo-padrão. Deslocamento do foco da propriedade para a liberdade e a vida. Direitos fundamentais são o foco da atenção. Privacidade, intimidade, casamento, procriação e outros direitos não expressamente mencionados pela Constituição (*non enumerated rights*) passam a ser garantidos porque compreendidos como *Law of the Land*. Escrutínio estrito nas questões vinculadas às garantias e aos direitos individuais. Ampliação do conceito de liberdade para albergar os novos direitos.

1973 - *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) - A Suprema Corte legisla a respeito do aborto, balizando materialmente os direitos dos envolvidos - mãe e feto - e restringindo amplamente a ação regulatória dos estados a respeito do assunto.

1986 - *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) - Nega a existência de um direito fundamental do Devido Processo Substantivo de engajar-se em práticas de sodomia. Início da abordagem da questão dos homossexuais.

1992 - *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) - Revisão parcial de *Roe v. Wade*, mas sem retirar da mulher o direito de abortar. É apenas abrandado o Padrão de Escrutínio²¹ de lei atinente a aborto. Criação do Padrão do ônus indevido (*undue burden*).

²¹Padrão de Escrutínio. É um paradigma para o exame da constitucionalidade da lei ou ato estatal, no qual se conjugam, em geral, a aferição básica da razoabilidade (teste de base racional) com exigências adicionais, consideradas relevantes pela Suprema Corte, em determinado momento histórico, considerados a matéria envolvida, a ideologia predominante na Corte, os valores e interesses prevalentes na sociedade e, mesmo, a conjugação de forças entre os poderes instituídos. Na atualidade, os Padrões de Escrutínio são muito variados e complexos. O mesmo que Metodologia, Mecanismo ou Critério de Escrutínio.

1997 - *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) - A decisão não reconhece a existência de um direito fundamental do Devido Processo Substantivo de cometer o suicídio, mesmo assistido.

2003 - *Laurence v. Texas*, 539 U.S. (2003) - Reverte-se a decisão de *Bowers*, de 1986, para reconhecer o direito fundamental do Devido Processo Substantivo de pessoas adultas voluntariamente se engajarem em condutas homossexuais.

2006 - Continuam os debates infundáveis sobre o alcance e validade da *Substantive Due Process*. Polemiza-se, também, sobre a constitucionalidade da ação judicial orientada por tal Doutrina. Os trabalhos sobre a Doutrina do Devido Processo Substantivo, publicados em veículos especializados, continuam ocupando seu espaço e merecendo ampla divulgação.

Destarte, sob a ótica da *Substantive Due Process*, a Suprema Corte desenvolveu uma interpretação mais ampla da cláusula, a fim de garantir a proteção de direitos subjetivos substantivos básicos, assim como o próprio direito subjetivo ao processo.

Para impor um ônus à vida, à liberdade ou à propriedade, segundo a Doutrina, é necessária uma justificação governamental devidamente apropriada.

A nova baliza, adotada pela Suprema Corte, fez a cláusula do Devido Processo tornar-se uma cláusula da devida substância também e, por conseguinte, exige que o Estado justifique adequadamente qualquer movimento da direção daqueles direitos fundamentais.

O Devido Processo não se ocupa apenas de procedimentos, como também da parte substantiva de leis e atos estatais.

O Poder Executivo, num Estado Constitucional de Direito, está controlado quanto ao que pode fazer e, quando autorizado, deve seguir procedimentos que se afinem com o Direito.

A partir da afirmação do alcance substantivo do Devido Processo, a Doutrina estrutura-se num conjunto lógico de recomendações consideradas essenciais para dar efetividade máxima ao princípio.

4 DOCTRINA NORTE-AMERICANA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A ação do Estado deve vincular-se a um resultado compatível com a ideia de Direito independente da vontade do soberano e ao qual este se submete.

Estudiosos de um Estado hasteado por uma lei suprema, formal e rígida, dedicaram-se em construir os fundamentos a fim de realizar os discursos de grandes constitucionalistas numa realidade em um governo, hoje conhecidos como a Doutrina do Devido Processo Substantivo.

4.1 A AFIRMAÇÃO DA DIMENSÃO SUBSTANTIVA DO *DUE PROCESS OF LAW*

O raciocínio de que o *Due Process* contém também a dimensão substantiva é o desafio inicial da Doutrina do Devido Processo Substantivo. Embora a Suprema Corte tenha adotado desde meados do século XIX, ainda existe, entre os juristas norte-americanos, muitos que criticam os fundamentos desta Doutrina.

A partir das percepções idealistas da Inglaterra, que sustentava a existência de uma força de contenção substantiva na histórica cláusula de garantia dos direitos individuais, os juristas norte-americanos foram mais longe. A ideia de um conteúdo substantivo do Devido Processo ganhou expressão e efetividade com o início do aprofundamento dessa base teórica do alcance substantivo do princípio.

A enunciadora do princípio, proceduralmente falando, era conhecida por todos: "ninguém podia ser o juiz de sua própria causa". A inobservância desta feriria a ideia de um processo justo.

A *Common Law* deveria controlar os atos do parlamento e às vezes deveria levar à sua supressão, pois, conforme descreve Orth (2003, p. 20), “[...] quando um ato do Parlamento é contrário ao Direito Comum e à razão, ou repugnante, ou impossível de ser cumprido, o Direito Comum o controlará, e condenará tal ato como nulo.”

John Marshall usará quase as mesmas palavras, anos mais tarde, na Suprema Corte dos Estados Unidos, para lançar as bases do *judicial review*.

Havia no *Due Process*, portanto, a dupla potência de condicionar os procedimentos e também os conteúdos. Num Estado voltado à proteção dos direitos humanos, impera a ideia de insuficiência dos procedimentos para a promoção dessa proteção. Os

procedimentos são tidos como um dos elementos essenciais do conjunto de instrumentos necessários para que o Direito proteja a todos.

Mas a legitimação da ação não se faz apenas pelo rigor procedimental. Toda ação, embora se desenrole por determinado método, tem um fim, produz um resultado. E é o resultado que deve estar de acordo com o Direito, ou seja, representar a concretização dos valores e anseios sociais.

Se há procedimentos a serem seguidos, há, antes e acima deles, barreiras materiais, substantivas, a serem respeitadas na ação.

A vida, a liberdade e a propriedade impõem limites à ação, decorrentes do princípio do Devido Processo.

Reportando-se aos Estados Unidos da América, Hoyos (1998, p. 22) informa que

a jurisprudência deste país deu ao due process um duplo alcance: material ou substancial e processual. Quanto ao primeiro aspecto, o substantive due process, muito próprio do sistema jurídico norte-americano, podemos assinalar que passou por diversas etapas, desde uma em que se julgou, tendo como referência uma espécie de direito natural, a legislação de tipo econômico-social e se declararam inconstitucionais leis laborais e intervencionistas, porque supostamente implicavam limitações não razoáveis ao direito de propriedade protegido pelo due process, o qual (a era Lochner) finaliza em 1937 quando (West Coast Hotel contra Parrish) a Suprema Corte deixou de interferir com o New Deal do presidente Roosevelt e, em geral, com a faculdade de o Congresso expedir leis que regulassem a vida econômica.

Continua o autor, a Doutrina do Devido Processo Substantivo tem sido utilizada pelos tribunais para formar, "[...] sobretudo, o direito à intimidade das pessoas (privacy and personhood). O aspecto substancial do devido processo é quase único dos Estados Unidos da América, embora exista também em outros países como a Argentina".

A cláusula do Devido Processo da 14ª Emenda aplica-se aos estados-membros e é entendida como garantia contra usurpações das liberdades de expressão, de imprensa, de petição, de reunião e de religião.

A cláusula do Devido Processo da 5ª Emenda, por sua vez, aplica-se ao governo federal e foi interpretada para incluir, implícito, o princípio da "igual proteção" como o que existe explícito na cláusula *equal protection* da 14ª Emenda. E as cláusulas do Devido Processo de ambas as emendas, nas palavras de Tribe (2000, p. 1335)

[...] são as disposições em que as cortes têm se apoiado para proteger pessoas contra ações governamentais arbitrárias, tais como a imposição retroativa injusta de responsabilidade pelas legislações ou ações de oficiais governamentais, incumbidos de aplicar a lei, que chocam as consciências (conscience-shocking actions).

A visão da força de contenção substantiva do princípio, fixada pela Doutrina, tem prevalecido amplamente na jurisprudência e entre os estudiosos de direito constitucional nos Estados Unidos da América.

A Suprema Corte recorre, de maneira corriqueira, à potência substantiva do princípio para garantir aos indivíduos a tutela de interesses, enumerados ou não, merecedores da proteção constitucional.

4.2 LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS AO PODER E DIREITOS IMPLÍCITOS - QUEBRA DA BARREIRA TEXTUAL

A percepção da existência de limites implícitos ao poder foi uma abertura para o rico passado de tradições, costumes e valores da herança libertária inglesa e o fundamento para a atuação vindoura da Suprema Corte em direção à manutenção da vida e poderio da constituição.

Implicou a aceitação de que o texto constitucional formal, rígido e soberano, não esgota em si mesmo.

Apesar de sua vigência e elevado prestígio, nem todas as qualidades atribuíveis às instituições podiam estar em seu texto, ou nele se continham. Poderes e limitações não declarados precisam ser reconhecidos como inerentes às mesmas.

Por outro lado, assim como os enunciados descritivos das instituições, os enunciados regulativos também tinham suas limitações e escondiam ideias implícitas.

A vinculação estrita aos textos significava destituir instituições e intenções, respectivamente descritas ou expressas por enunciados, de qualidades ou sentidos que lhes eram inerentes. A barreira textual tinha de ser quebrada para perceber-se tais qualidades ou sentidos não declarados ou não enumerados.

4.2.1 A TEORIA DAS LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS DO PODER

A noção de que a autoridade governamental está submetida a limites implícitos que preservam a autonomia individual são anteriores ao estabelecimento dos Estados Unidos da América.

Tribe (2000, p. 4) divide a vida constitucional dos Estados Unidos da América, para fins didáticos, em sete modelos distintos. Para ele, “a Constituição dos Estados Unidos é, de fato, uma composição historicamente descontínua”.

Descreve-a como uma constelação que, a despeito de sua aparente unidade e da ilusão de que veio tudo a um só tempo, de um mesmo ponto, compôs-se, ao longo dos anos, de uma série de compromissos não totalmente coerentes. Tal constelação não reflete ou espelha visões ou filosofias específicas. Em vez disso, é o resultado de visões e ideais às vezes coincidentes, em outras conflitantes.

O embate de dois juízes, no caso *Calder v. Bull* (1798), é um exemplo desses conflitos fundamentais do Direito constitucional norte-americano.

Segundo Powell (1999, p. 45-46), trata-se de uma das primeiras decisões da Suprema Corte acerca das limitações constitucionais do poder governamental.

Discutia-se a invalidação ou não de uma lei baixada pela Assembleia de Connecticut.

Um dos juízes, James Iredell, defendia a tese de que apenas diante de uma expressa limitação constitucional poderia uma lei ser declarada inválida pelo Poder Judiciário.

Em sentido oposto e num voto, à época, vencido, o juiz Samuel Chase defendia a existência de um poder, nas cortes, para invalidar uma lei, contrária aos princípios de Justiça natural, independentemente de uma expressa vedação constitucional à sua edição.

Discorrendo sobre o caso, Tribe (2000, p. 1336) identifica ali o que denomina “[...] o mais antigo notável exemplo desses limites implícitos do poder governamental”.

O juiz Chase expressou seu entendimento de que o legislador não podia interferir em direitos vinculados à propriedade e à liberdade contratual, num caso específico, mesmo que não houvesse restrição expressa na constituição. Para ele, de forma geral, qualquer lei que simplesmente beneficia um grupo ou classe às expensas de outra, em vez de promover o bem público, excede a autoridade própria do governo e assim seria inválida.

Ainda, na visão do referido juiz, um ato dos legisladores, que se negava a chamar de lei, contrário aos “primeiros grandes princípios do pacto social”, não podia ser considerado o exercício legítimo da autoridade legislativa. Uma lei só se tornava obrigatória, em governos estabelecidos pelos pactos sob princípios republicanos, se o seu conteúdo fosse uma manifestação legítima dos poderes que tinham sido concedidos ao órgão instituído emissor do ato normativo.

Segundo Tribe (2000, p. 1337) “[...] a concepção do juiz Chase dos limites inerentes do poder legislativo não repousam apenas em noções de direitos naturais imutáveis”, pois no seu voto o juiz sustenta que os limites que expõe estavam implícitos na criação e no caráter da própria ideia de um poder legislativo, isto é, “[...] nos objetivos específicos pelos

quais os poderes legislativos foram instituídos nos estados americanos e nos meios pelos quais se supunha que tais poderes deveriam cumprir seus objetivos”.

Nas palavras do próprio Justice, “a natureza e os fins do poder legislativo limitarão seu exercício”.

O pensamento das limitações implícitas ao Poder Legislativo, ressoava na América, revigorada e assentada em novas bases, mas ainda levaria algumas décadas para, aliada a outros instrumentos, afirmar-se como o carro chefe da luta pelos direitos fundamentais.

Na verdade, a Doutrina do Devido Processo Substantivo é a base de todas as teorias de suporte atinentes aos direitos implícitos ou, é a negação do interpretativismo estrito, ou vinculado ao texto constitucional (text-bound interpretivism), que John Marshall defendeu e fez prevalecer no início do século XIX.

Diz-se, segundo Soares (2000, p. 43-44), que "na verdade, a hierarquia constitucional nos EUA é determinada não só pelas próprias normas da Constituição Federal, como também pelos case laws²² [...]”, muitas vezes inspirados em princípios jurídicos e regras hermenêuticas e de aplicação não expressos no texto primitivo e nem nas emendas à constituição.

O texto constitucional não podia ser contrariado, mas também não continha em si toda a expressão do arcabouço jurídico que os novos povos norte-americanos supunham ter estabelecido.

Para dizer o que era o Direito, a Suprema Corte tinha como baliza o texto constitucional e as limitações implícitas de governo (*theory of implied limitations*). “A noção de que a autoridade governamental tem limitações implícitas que preservam a autonomia privada antecede o estabelecimento da república americana”, garante Tribe (2000, p. 1336).

Para alguns, continua o autor, importa pouco se uma constituição escrita discrimina as linhas demarcatórias da autonomia privada e os limites precisos de atuação governamental. Devem ser preservados porque atendem aos princípios da constituição não escrita ou do contrato social firmado pelos cidadãos e sobre o qual o governo está assentado.

Assumia-se que os enunciados são insuficientes para exprimir a integralidade do Direito, que deve ser captado por um autêntico e bem fundado interpretativismo judicial, não textual, vinculado aos princípios, tradições e valores da nação, em cada momento histórico.

²² Jurisprudência

Princípios, tradições e valores que serão acessados, depois de frustradas tentativas de outros meios, pela via aberta da cláusula do Devido Processo das 5ª e 14ª Emendas.

Informa Mason (1967) que, após 1857, em uma década, dez estatutos do congresso foram invalidados. “Os Ministros anularam o ato dos direitos civis que a vitória nortista [na Guerra Civil] tornou possível e cedo ganharam novas forças, pelas provisões elásticas da 14ª Emenda”.

Acrescenta, ainda, que “sob as cláusulas do ‘processo legal regular’, da 5ª e da 14ª Emendas, a Suprema Corte anulou legislação indesejável e assim passou a constituir o árbitro final da norma pública e o poder [...]“, reafirmando seu papel de supremo intérprete constitucional. O recurso à cláusula do Devido Processo, cuja abertura conceitual está assentada, significava, de fato, ir além do textualmente estabelecido, pela via exegética²³.

A Doutrina refletida no Devido Processo levou à 14ª Emenda, o qual impôs o Devido Processo Legal a todos os estados-membros e, com ele, boa parte das garantias e direitos do *Bill of Rights*, colocando também os poderes estaduais ao alcance da ação da Suprema Corte.

O reconhecimento da existência de limitações implícitas à atuação dos poderes resolvia um problema e trazia outro: a definição dessas limitações.

A contenção do poder foi, sempre, o alvo primordial da cláusula do Devido Processo (*Law of the Land*). Dizer o que se qualificava como *Law of the Land* ou, em outros termos, o que não esbarrava nas limitações implícitas, era o novo desafio posto ao intérprete constitucional.

4.2.2 A TEORIA DOS DIREITOS IMPLÍCITOS

Estabelecer a relação com a herança libertária inglesa significava, em termos práticos, quebrar as barreiras textuais.

A própria constituição, pela 9ª Emenda, estabelecia que “a enumeração de certos direitos não será interpretada de modo a negar-se ou restringir-se outros retidos pelo povo.”

A referência vaga dos constituintes a “outros Direitos retidos pelo povo” abre as portas para o exercício da interpretação e, principalmente, para o recurso a fonte abundante

²³ Interpretação profunda de um texto jurídico, extrair interpretações. Informação retirada do Dicionário Informal < <https://www.dicionarioinformal.com.br/exegética/>>. Acesso em: 10 junho 2018.

das garantias e direitos da tradição inglesa. Unificou-se, portanto, a percepção da insuficiência dos enunciados com a autorização constitucional para recorrer a outras fontes de direito.

Estabelecida uma constituição suprema, o que implicava a revisão judicial das leis e atos governamentais, e definido o Poder Judiciário como seu intérprete, para dizer o que era o Direito, preponderou, inicialmente, o entendimento de que a interpretação devia ser estrita e textual.

Mas, como advertiu Cooley (1890),

as deficiências da linguagem humana são tais que, se instrumentos escritos fossem sempre preparados cuidadosamente por pessoas habilitadas no uso das palavras, ainda assim, deveríamos esperar encontrar seu significado frequentemente posto em questão ou, ao menos, nos deparar com dificuldades em sua aplicação prática.

Se, contudo, os elaboradores se mostravam descuidados ou incompetentes, as dificuldades se multiplicam. E tais dificuldades são extremas, continua Cooley (1890),

se o texto não se destina à aplicação apenas por aqueles que os redigiram, mas em anos vindouros, deve ser aplicado por outras pessoas a uma grande diversidade de novas circunstâncias, imprevisíveis ao tempo da redação, e que devem, de qualquer modo, ser resolvidas por tais regras.

O estudioso escancarava o problema da interpretação e dos limites dos enunciados, empurrando a Doutrina para a ideia das limitações implícitas do poder e para os direitos implícitos. Era uma questão antiga, que retornava com vigor. Aceitava-se, em outros termos, as palavras de Goodhart (1966, p. 9) “[...] que a lei constante dos livros e a lei em ação são duas coisas completamente diferentes.”

Alguns anos antes das considerações de Cooley, a força de contenção substantiva do Devido Processo foi utilizada pela Suprema Corte em *Dred Scott v. Sandford* (1857): “[...] os ministros, pela primeira vez, declararam inconstitucional um estatuto federal expandindo o poder do Congresso, de preferência ao do Judiciário”, concluiu Mason (1967, p. 116).

O caso é mal lembrado como um consentimento à escravatura. Mas o recurso da Corte à cláusula do Devido Processo Legal, da 5ª Emenda, para declarar inconstitucional o Compromisso do Missouri e proteger, para os donos de escravos, a propriedade que detinham sobre os pretos, pôs em curso e aplicação uma Doutrina que não mais seria detida.

A interpretação constitucional devia orientar-se pelos princípios e tradições historicamente sedimentadas pelo povo inglês e norte-americano, com o objetivo primordial de promover a justiça, bem supremo para cuja consecução se estrutura o ordenamento jurídico.

Em resumo, explica o constitucionalista norte-americano Corwin (1964, p. 283), “[...] existem certos direitos de caráter tão fundamental que nenhum governo livre pode invadi-los, estejam ou não enumerados na Constituição.”

E acrescenta que o desenvolvimento do Estado foi no sentido de “[...] reduzir os direitos fundamentais a direitos garantidos pelo soberano, quando antes eram direitos naturais; tal evolução reflete-se especialmente na história da cláusula de *due process of law*”.

Ou seja, o Estado foi estabelecido para garantir tais direitos fundamentais, estejam ou não enunciados textualmente num documento, como previa a própria 9ª Emenda.

Reportando-se aos direitos enumerados, Castro (1989, p. 36) acrescenta que, ao lado das garantias expressas, existem as que

[...] vigoram por implicitude e que são reconhecidas como integrantes do sistema constitucional de liberdades públicas por força de decisões judiciais [...] o que reverencia a ideia jusnaturalista de direitos ‘pré-constitucionais’ e mesmo ‘pré-estatais.’

É perfeitamente aceita a existência de direitos do povo que não estão expressamente postos no texto constitucional (implícitos).

Os adeptos da Doutrina do Devido Processo Substantivo defendem e afirmam que o Poder Judiciário pode e deve evidenciá-los, ou positivá-los, no processo de solução dos conflitos, sempre diferentes, que as novas circunstâncias sociais vão produzindo (*enumerated and non-enumerated rights doctrines*).

A aceitação da existência de direitos implícitos traz a exigência de uma nova tarefa a que a Doutrina do Devido Processo Substantivo dedica continuado esforço: as metodologias de sua identificação.

4.3 O DEVIDO PROCESSO E LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DA MAIORIA

Desde antes da positivação da cláusula *Law of the Land*, na Magna Carta, em 1215, o instituto era tido como instrumento de contenção do exercício do poder.

Na Inglaterra medieval, os Barões a fizeram subscrever pelo Rei, para proteger-se dos seus atos arbitrários.

Seiscentos anos depois, confrontados com o mesmo problema, na estruturação dos novos Estados da América do Norte, os constituintes recorreram, entre os inúmeros mecanismos de controle de poder, à antiga cláusula e a transplantaram para os textos constitucionais.

A maior parte utilizou a dicção secular (*Law of the Land*).

Outros utilizaram-se das duas expressões, aquela e Due Process of Law, a mais recente.

Na constituição de 1787, dos Estados Unidos da América, esta não apareceu, mas em 1791, ao incorporar à constituição sua declaração de direitos, os norte-americanos a incluíram na 5ª Emenda, para conter o poder central.

E em 1868, por meio da 14ª Emenda, a cláusula foi novamente inserida na constituição, para prevalecer como elemento de contenção dos poderes dos estados-membros.

Será o grande instrumento à mão do mais fraco dos poderes instituídos para impor o respeito à constituição, a partir da afirmação de sua força de contenção também substantiva e não meramente procedimental. Da justificação desse uso ocupou-se amplamente a Doutrina do Devido Processo Substantivo.

Sabe-se que o princípio majoritário de autogoverno é fundamental no sistema constitucional norte-americano e remonta à declaração de independência. E as emendas constitucionais reforçaram-no substancialmente.

O tempo evidenciou a existência de limitações ao princípio. A maioria, agora detentora do poder, também tinha de ter limites.

Tocqueville (1979) havia notado, em sua obra anterior à guerra da secessão, que

na América, o Poder Legislativo de cada Estado não tem diante dele nenhum poder capaz de resistir-lhe. Nada poderia detê-lo em sua vida, nem privilégios, nem imunidade local, nem influência pessoal, nem mesmo a autoridade da razão, pois **representa a maioria que se pretende o único órgão da razão**. Não tem, portanto, outros limites, em sua ação, que não sua própria vontade.

Mas o próprio Tocqueville (1979) informa que os norte-americanos perceberam a necessidade de certos poderes que, sem independência completa do povo,

[...] gozassem em suas esferas respectivas de amplo grau de liberdade; de tal maneira que, forçados a obedecer à direção permanente da maioria, pudessem, ainda, lutar contra seus caprichos e recusar-se a suas exigências perigosas.

Era preciso haver instrumentos de resistência à tirania das assembleias políticas.

O Direito protege a todos e o Poder Judiciário deve neutralizar desvios, defeitos e insuficiência dos mecanismos políticos. Certas questões, como os direitos fundamentais, não podem ser resolvidos partidariamente por voto e eleição.

A Suprema Corte não dispunha de instrumentos referenciais na constituição para controlar os poderes legislativos estaduais aos quais estava cometido o mister de legislar em termos materiais.

Conforme anota Sunstein (2000), o caso *Scott v. Sandford*, de 1857, que usou a

cláusula do Devido Processo da 5ª Emenda para invalidar uma lei federal, foi a tentativa inicial de levar para o âmbito da Suprema Corte uma decisão de questão típica de moralidade política, pondo as bases da Doutrina do Devido Processo Substantivo, usada, dali em diante, em casos como *Roe v. Wade* (1973), *Lochner v. New York* (1905) e em casos recentes envolvendo as ações afirmativas, homossexualidade e o direito de morrer. Os juízes reconheceram a dimensão substantiva do princípio e a utilizaram como barreira à lei federal pela matéria abordada.

Para os estados-membros, o quadro só se transformou a partir de 1868, com a 14ª emenda e com a evolução da Doutrina do Devido Processo Substantivo num cenário com a cláusula atuando em relação a eles também.

O princípio da maioria passou a ser confrontado diretamente pelas decisões judiciais e abriu-se a tensão que, com o tempo, só se aprofundou, na visão de Conkle (2006):

Pela sua própria natureza [...] a Doutrina do Devido Processo Substantivo permite que a Suprema Corte, com pouco ou nenhum suporte no texto ou no sentido original da Constituição, invalide legislação e assim repudie o julgamento dos representantes eleitos. Como resultado, todas as teorias da doutrina do devido processo substantivo – quer dizer, todas as teorias que contenham essa doutrina de alguma forma – estão em séria tensão com o princípio majoritário de autogoverno.

Para Rubin (2003), a força de contenção substantiva do Devido Processo exerce um papel crítico na garantia de proteção aos indivíduos contra atos opressivos da maioria.

Conkle (2006) entende que a responsabilidade política é importante, mas seu primeiro propósito não é tanto servir ao princípio da maioria, e sim, avançar a liberdade num sistema constitucional que inclui um ramo judicial estabelecido como poder para proteger direitos individuais.

Conforme acentua Orth (2003), “seis séculos depois da Magna Carta, no último quarto do século XIX, devido processo, na América, veio a incluir limitações constitucionais significativas sobre o poder legislativo também.” Não mais exclusivamente preocupada com como o executivo procedia, “[...] o devido processo desenvolveu uma preocupação com o que o legislador fazia, isto é, o devido processo adquiriu uma dimensão substantiva.” E as opções políticas em relação aos direitos e liberdades fundamentais deixaram de ser exclusividade do legislador.

Como já dito, referente à história da cláusula, estabeleceu-se firmemente entre os estudiosos que (i) o poder deve ser contido em termos substantivos e não apenas procedimentais; (ii) a antiga e notória cláusula do Devido Processo Legal é a fonte de que emergem tais barreiras, tendo em vista a impotência demonstrada por outras cláusulas e

mecanismos acionados no passado e (iii) há assuntos que estão fora do alcance do princípio democrático da maioria, não podendo ser resolvidos por voto.

4.4 MOBILIDADE CONSTITUCIONAL

A definição de *Substantive Due Process*, de Hall (1999), destaca que a Doutrina do Devido Processo Substantivo dá aos juízes poderes amplos para adaptar o Direito constitucional às circunstâncias sociais cambiantes.

René (1978) adverte para o fato de que os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, enquanto a *Common Law* é um sistema aberto, o qual novas regras são continuamente reveladas.

Os direitos inglês e norte-americano, conforme descreve Sèroussi (2001) “[...] dão espaço para escolha nas decisões jurisprudenciais, e o direito escrito – os Códigos – só tem papel secundário, subalterno.” Nos Estados Unidos da América “permanece o traço característico do sistema: *o judge-made law*”, apesar de ser hoje um sistema híbrido.

Esse vestígio do *Common Law* implicaria, só por si, a liberdade judicial para reconstruir inclusive os conteúdos dos princípios básicos do ordenamento jurídico-social, segundo as necessidades e a evolução dos valores sociais, mantendo-se a possível conexão histórica e de tradição com o passado da nação e respeitada a noção de razoabilidade atrelada à ideia de Justiça. “A tentativa de imaginar o ideal em condições sempre mutáveis é provavelmente uma inescapável parte de nossa tradição legal [...]”, afirma Orth (2003).

Mas a presença de uma constituição, uma *paramount law*, rígida e formal, exigiu um esforço de conciliação das duas realidades.

Dessa conciliação ocupou-se precipuamente a Doutrina do Devido Processo Substantivo.

Um dos traços marcantes da Doutrina, até a atualidade, é exatamente a defesa da liberdade interpretativa daquele texto superior, liberdade esta vista como condição de perpetuação da própria constituição e entregue, supremamente, ao Poder Judiciário.

A mutabilidade das normas contidas nos enunciados formais constitucionais, segundo os valores e demais exigências sociais é, portanto, um imperativo da duração das constituições.

Os mesmos enunciados podem portar normas novas, em cada época e lugar, podendo-se afirmar, com Orth (2003), que “muitos resultados nem sempre eram universalmente aceitos e o consenso, quando alcançado, raramente perdurou por longo

tempo.”

Em consonância com a Doutrina em estudo, a separação de poderes deve estar firmemente assentada e submetida à ideia de controle dos poderes pelo Direito – Estado de Direito - mas por um Direito dinâmico, móvel, expressão dos valores e anseios dos governados, um Direito validado como tal, em cada tempo e lugar, unicamente pelo Poder Judiciário, independentemente da matéria (supremacia do Poder Judiciário).

A ordem jurídica posta por leis e decisões é tida, então, como um conjunto de enunciados, cujo sentido é dado pelo Poder Judiciário, mediante releituras sucessivas dos mesmos, segundo as circunstâncias relevantes, históricas e sociais de cada época, sem perder a conexão com o rico manancial libertário e de garantias da nação.

O interpretativismo judicial não textual, orientado principiologicamente, é recepcionado como o instrumento indispensável para dar ao Direito a necessária dinamicidade.

Nenhuma geração pode alimentar a pretensão de dispor, juridicamente, para as gerações vindouras, tornando-as escravas de sua visão de mundo e de seus valores. Afinal, nas palavras de Dworkin (1999) “nenhum programa coerente pode valer por tanto tempo e para tantas pessoas[...]”.

Ao poder de revisão judicial e à liberdade de busca das fontes do Direito junta-se, aí, o entendimento marcante da ductibilidade necessária da norma jurídica. Se uma constituição é feita para durar por eras, como preconizara John Marshall, necessariamente teria de ser reinterpretada para atender às novas e desafiadoras circunstâncias sociais.

Impôs-se a ideia da liberdade judicial para evoluir o Direito, conforme a tradição e o modo da *Common Law* ou, como afirma Orth (2003), deu-se a permissão para o “grande negócio da mudança enquanto se mantém a aparência da continuidade.”

A abertura típica do sistema da *Common Law* (contrária à visão positivista de completitude do Direito) resguardou-se e converteu-se na própria ideia de preservar a abertura da cláusula do Devido Processo.

Essa dificuldade de definição do *Due Process* transformou-se na disposição de não definição, quando se compreendeu a utilidade da vacuidade, da imprecisão e mesmo da dinamicidade que a cláusula portava para se promover o acompanhamento, no nível das regras, da evolução dos valores culturais das sucessivas gerações humanas. Essa dinamicidade da cláusula a coloca no centro da questão da mobilidade constitucional.

Silveira (2001) informa, discriminando alguns casos denotadores de tal disposição da Corte, que

[...] a Suprema Corte dos Estados Unidos não hesitou em deixar aberto o conceito, para, apenas, distingui-lo quando emergente no caso *sub judice*, fazendo generalizações e largas declarações, emoldurando o arco compreensivo do princípio.

Na verdade, tomou-se o *Due Process of Law* como expressão de um processo contínuo de ajustamento da ordem jurídica à realidade social que regula, observados valores e contexto vigentes e sem desprezo às tradições e ao permanente objetivo de fazer justiça.

A noção de mobilidade das normas constitucionais, pregada pela Doutrina do Devido Processo Substantivo, não se exaure, entretanto, na abertura da cláusula em si. Transporta-se para todo o sistema de direitos que representa.

A noção de liberdade, por exemplo, que genericamente é por ela protegida e que se exprime em diferentes formas na 1ª Emenda (de palavra, de religião), tem sido, no âmbito dessa outra cláusula, objeto de profunda consideração e alargamento pelo Poder Judiciário.

Ao judiciário cabe revisar a lei, balizando-se pelo texto constitucional e também pelos princípios orientadores da fundação do Estado, relendo o texto e os princípios e dando-lhes conteúdos consentâneos com os anseios e valores sociais de cada época (mobilidade do Direito), tomando-se como “princípio síntese”, procedimental e materialmente, de que todos os demais defluem, o Devido Processo, expressão formal atual do *Law of the Land*.

4.5 ATIVISMO JUDICIAL E DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO

A Doutrina do Devido Processo Substantivo sempre foi objeto de ataques sob o fundamento de que os juízes, levados pelas suas ideias, arrogam-se o direito de substituir as opções dos órgãos eleitos pelas suas próprias opções, ou seja, são ativistas.

Nascidos de dentro e de fora da Suprema Corte, tais ataques têm sobrevivido há anos, assim como a própria Doutrina.

Governo dos juízes, usurpação dos poderes democraticamente constituídos, preferências pessoais, ramo anticonstitucional do Direito constitucional: todas são expressões corriqueiras na imensidão das estocadas lançadas à Doutrina e aos juízes que a adotam.

Na verdade, compreende-se o Poder Judiciário como um dos poderes instituídos e, portanto, como um foco de irradiação da força política do Estado.

A Doutrina do Devido Processo Substantivo sempre pregou a atuação firme e ativa do Poder Judiciário, que para isso deve ser forte politicamente, contrabalançando o

princípio democrático da maioria e garantir os direitos e liberdades fundamentais das minorias.

Não se preconiza a atuação ao alvitre dos juízes, mas segundo princípios assentados na comunidade.

Tentando contextualizar o problema, Wilson (1988) afirma que

a separação dos poderes [...] está na raiz da autoridade dos tribunais de declararem inconstitucionais os atos quer do Presidente quer do Congresso, representando assim uma causa eficiente de uma espécie de ativismo judiciário.

Como destaca Conkle (2006), a Doutrina do Devido Processo Substantivo autoriza a Suprema Corte, mesmo ausente expressa disposição textual constitucional, a rejeitar o julgamento de representantes eleitos e daí decorre uma tensão permanente entre o princípio do Devido Processo Substantivo e o princípio majoritário de autogoverno.

O ativismo, portanto, tomado como expressão desse confronto, é inerente à lógica da Doutrina do Devido Processo Substantivo.

No cerne da Doutrina do Devido Processo Substantivo está a questão de “quem dita o Direito na ordem constitucional americana” ou, dito de outra forma, quem protege o cidadão diante dos poderes instituídos, estaduais e federal.

A Doutrina do Devido Processo Substantivo reforçou a ideia, mas suplantou as limitações de Marshall, da interpretação textual, defendidas por James Iredell em *Calder v. Bull* (1798) e que prevaleceu na primeira metade do século XIX e começou a ser destruída no Pós-Guerra Civil, com a aprovação da 14ª Emenda.

Deve-se considerar que, numa evolução bem apreendida por Orth (2003), a ideia de restrições substantivas, expressas pelo paradigma A-para-B, levou os juristas a considerar, sucessivamente, diferentes violações ao Devido Processo.

Num primeiro momento, levou-se em consideração a usurpação, pelo Legislativo, do papel do Judiciário em dar a última palavra acerca dos títulos de propriedade, envolvendo a questão da separação funcional dos poderes.

Depois se avançou para a interferência nos contratos e na ordem privada da economia que permitiam estabelecer.

Finalmente, chegou-se às restrições à liberdade em geral. Nesse último caso, deu-se substância adicional ao Devido Processo, pois a liberdade desvinculou-se de suas raízes econômicas anteriores, focando-se nos direitos civis.

Ocorreu uma mudança de foco das coisas para os indivíduos, para o reconhecimento crescente de interesses menos tangíveis, como o direito ao trabalho e

outros, de caráter mais privado, como os direitos de reprodução.

A preocupação de garantir a liberdade de contrato, da era *Lochner*, evoluiu para a preocupação de garantir a liberdade a respeito de outras questões (liberdades civis). E, na direção apontada por Dworkin (1999), a postura pró-ativa, de zelo, do Poder Judiciário, direcionou-se para as grandes questões (casos difíceis) cuja solução envolve diretamente o recurso aos princípios.

O juiz norte-americano presta deferência ao Poder Legislativo em áreas específicas, mas não assume o absenteísmo característico do juiz inglês. A potência político-legislativa do Poder Judiciário tem sido afirmada e fortalecida, notadamente para a área de direitos e liberdades civis. Nesse sentido, o juiz norte-americano é ativista.

4.6 O *DUE PROCESS* E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Barros (2003) afirma que o princípio da proporcionalidade, objeto de sua obra e construção teórica dos alemães, “[...] corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito.”

Para a autora, a estabilidade do sistema federal-republicano estadunidense permitiu a busca de um efetivo controle dos atos estatais – todos os atos, especialmente os legislativos – para garantia máxima dos direitos essenciais dos cidadãos.

A desconfiança em relação ao parlamento inglês, alimentada desde a época da colônia, difundiu a ideia da necessidade de contenção do legislador. Ao mesmo tempo, tinha-se a *Common Law* como um direito de nascimento, cujo resguardo, cria-se firmemente, passava pelo estabelecimento “[...] de um órgão judicial para viabilizar a aplicação do direito”, conforme Barros (2003).

Segundo, ainda, Barros (2003), já as constituições coloniais costumavam dispor expressamente que as leis deviam ser razoáveis e podiam ser atacadas, se defeituosas a tal respeito, mediante processo interposto junto ao *Privy Council*, da metrópole. Essa prática inspirou, segundo Barros, e facilitou a afirmação do princípio da supremacia judicial nos Estados Unidos da América, feito em *Madison v. Marbury* (1803).

A Constituição norte-americana de 1787, a partir de então, descrita por Barros (2003)

[...] passou a ser o paradigma de um constitucionalismo moderno, por afirmar como preceitos de direito constitucional os direitos naturais e oferecer-lhes a garantia concreta de tutela por intermédio do controle judicial.

Tecnicamente, ensina a mesma autora, a garantia tem sido oferecida pela via do Due Process of Law, das emendas 5^a e 14^a, inspiradas e absorvidas do sistema da Common Law

[...] que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista [...].

O arbítrio, seja do legislador, seja do administrador, deve resistir à

[...] sindicância da razoabilidade dos atos governamentais. A garantia ampla a todos os direitos reconhecidos pela Constituição americana é dada pela fórmula do Due Process of Law, que não encontra no nosso sistema de direito um correspondente da mesma latitude de sentido.

Pelo caminho do exame de razoabilidade, expressão concreta do *Due Process*, o Judiciário norte-americano passou a exercitar ampla verificação sobre a compatibilidade entre os fins perseguidos pelo legislador e os meios utilizados, além de se questionar sobre a legitimidade dos próprios fins.

O regramento posto para a operação do Due Process of Law, em sua força substantiva, “[...] no direito americano anuncia o próprio conteúdo do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, com os seus subprincípios estruturais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito,” anuncia Barros (2003).

O princípio da razoabilidade impõe a coerência do sistema. A falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, visto que o Direito é feito para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.

Através da análise da razoabilidade também se verifica se os vetores que orientam determinado sistema jurídico foram ou não observados. A desobediência a esses vetores macula de ilegalidade o ato, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional. Conclui Zancaner (1997) que

o princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema.

Além da sua compreensão como critério de aplicação das normas jurídicas, o princípio da razoabilidade deve ser alçado a critério de compreensão de todo e qualquer sistema jurídico que pretenda se perenizar.

Dá substância à lógica do sistema, isto é, torna uma massa imensa de normas jurídicas um todo coerente, com prioridades e finalidades definidas e passíveis de serem

compreendidas e ordenadas.

O princípio da razoabilidade deve ser usado em dois momentos distintos: na estática do Direito, para a compreensão do sistema jurídico a ser objeto de análise, hipótese na qual se constitui em um critério de intelecção do Direito; e na dinâmica do Direito, isto é, quando de sua aplicação, para assegurar que o perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito esteja devidamente concretizado.

5 CONCLUSÃO

O propósito desse Trabalho Acadêmico consiste em sistematizar os traços primordiais da Doutrina do Devido Processo Legal Substantivo, no qual afirmou-se nas Supremas Cortes norte-americanas como "a mais polêmica e formidável Doutrina constitucional dos últimos 150 anos", conforme descreve Sebastião Tavares Pereira em sua obra "Devido Processo Substantivo".

Originado da *Common Law*, o princípio estudado foi positivado na Magna Carta, em 1215 e passou a ser conhecido pela expressão *Law of the Land*.

Cento e cinquenta anos depois, a cláusula foi reescrita e surgiu a expressão *Due Process of Law*, denominação conservada até hoje no Sistema Jurídico Norte-Americano, inclusive explícito na sua Constituição.

É indispensável o conhecimento da história dos constitucionalismos inglês e norte-americano, para melhor entender-se o alcance substantivo do princípio, sendo necessária a evasão do procedimentalismo de sua expressão, para que se perceba quão importante é a parte material do princípio basilar, tanto dos Norte-Americanos quanto dos Brasileiros.

Para que o presente estudo monográfico tenha coerência, investigou-se a percepção do corpo de ideias formado em torno do alcance substantivo do Devido Processo como uma Doutrina, as bases constitucionais inovadoras do constitucionalismo rígido, formal e supremo dos Estados Unidos da América, o que se mostram essenciais ao desenvolvimento da Doutrina.

Demonstrou-se, também, processos norte-americanos, os quais considerados *leading cases* e que tiveram a aplicação do Devido Processo Substantivo.

Abordou-se, ainda, foram abordadas as particularidades da Doutrina do Devido Processo Substantivo, do mesmo modo em que são apresentadas pelos juristas e aplicadas pela Suprema Corte.

O objetivo principal da presente pesquisa monográfica foi responder a pergunta: "o que se entende por Devido Processo Substantivo e como é todo o seu sistema?". Entendeu-se que o Devido Processo não cuida somente de procedimento, mas que também apresenta inúmeras consequências práticas, indispensáveis para o indivíduo e seus direitos fundamentais, da visão ampla do princípio.

É necessário alcançar o sistema jurídico brasileiro e demonstrar que, mesmo o princípio do Devido Processo esteja explícito na Constituição Federal de 1988, o lado substantivo do princípio não tem tanta atenção quanto nos Estados Unidos da América.

Há resistência quanto à aplicação substantiva do princípio, pois, no Brasil, o rigor procedimental tem maior peso do que se interpretar a Constituição de modo a pautá-la em sua integridade e nos princípios que a regem, conservando de forma rígida os direitos fundamentais de todo e qualquer brasileiro.

O segredo para uma revolução jurídica positiva é mesclar o princípio do Devido Processo (em toda a sua plenitude) em defesa dos bens da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Vera Nícia Fortkamp de. **Pesquisa Social**. Mimeo, 2015.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 abril 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra Almedina, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CONKLE, Daniel O. **Three theories of substantive due process**. In: **Legal studies research paper series**. Bloomington: Indiana University School of Law, 2006.
- COOLEY, Thomas McIntyre. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. Trad. de Alcides Cruz. 2.ed., reprodução fac-similar parcial da edição de 1909. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 304p.
- CORWIN, Edward S. **American constitutional history: Essays by Edward S. Corwin**. New York: Harper & Row, 1964.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 2.ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DOUGLAS, William O. **Uma carta viva de direitos**. Trad. De Wilson Rocha. 2.ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e o “due process of law”**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GAMA, Lúcia Elizabeth Penaloza Jamarillo. **O devido processo legal**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

- GARNER, Bryan A . **Black's law dictionary**. 7.ed. Saint Paul, Minn:West Group, 1999.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GOODHARDT, A. L. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- HALL, Kermit L. (Ed.) **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução de J.A.G Albuquerque. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HOYOS, Arturo. **El debido proceso**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.
- JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRISTOL, Irving. **O Espírito de 87. A ordem constitucional americana: 1787 - 1987**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- MASON, Alpheus Thomas. **A suprema corte: guardião da liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 1967.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v. 1.
- MOURA, Elisabeth Maria de. **Devido processo legal na constituição brasileira**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ORTH, John V. **Due Process of Law: a brief history**. Lawrence: University of Kansas Press, 2003.
- PEREIRA, S. Tavares. **Devido Processo Substantivo (Substantive Due Process)**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- POWELL, H. Jefferson. **Calder v. Bull. In: The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common law. Introdução ao direito dos Estados Unidos da América**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 197p.

SUNSTEIN, Cass R. **Dred Scott v. Sandford and its legacy. In: Great cases in constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexys de. **A democracia na América**. Tradução de J.A.G. Albuquerque. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3.ed. New York: Foundation Press, 2000.

ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito**. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.