

DEVIDO PROCESSO LEGAL: INFLUÊNCIA DO DIREITO AMERICANO

ROBERTO ROSAS

1. O exame do devido processo legal na jurisprudência americana, a partir da XIV Emenda (1866) expressou o respeito ao processo legal regular na privação da vida, liberdade ou propriedade, de todos os cidadãos. Alertava o Justice Miller: “A interdição de privar ao cidadão ou sujeito, de sua vida, de sua liberdade ou de sua propriedade, sem devido processo, não é nova na história constitucional de raça inglesa. Ela não era novidade na história constitucional de nosso país, nem era novidade na Constituição dos Estados Unidos quando em 1866 converteu-se em parte da emenda XIV. O equivalente da frase “*due process of law*” se encontra, segundo Lord Coke, na expressão “*law of the land*” da Magna Carta, em relação com o mandamento do *habeas corpus* (writ of habeas corpus), o juiz por jurados e outras garantias dadas ao sujeito contra a opressão da Coroa” (Davidson v. New Orleans, 96 v.s. 97).

Repita-se, portanto, que a tradição inglesa transportada para a América já estava no Capítulo 39 da Magna Carta com o direito ao julgamento.

Em 1628 (Petition of Rights) assegurou-se igualdade de tratamento por qualquer autoridade, e a 5ª Emenda à Constituição americana, consagrou que — ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem *due process of law*.

A expressão jurídica, com forte sotaque político, *due process of law* está amargada na vida jurídica e política americana, alguém dizendo que é uma frase constitucional, e Oliver Holmes — depende das circunstâncias (Meyer v. Peabody, 1908).

Decorridos anos e séculos da influência inglesa em terras americanas, o princípio de defesa dos direitos humanos entranhou-se na mente americana, principalmente evitando os abusos do poder.

Frankfurter assinalou que o *due process* não pode ficar preso a uma fórmula, porque é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática. Não é instrumento mecânico, nem padrão. É processo de adaptação (Anti-Facist Comittee v. McGrath-1951). Repetiu essa observação: “*due process*” cannot be imprisoned within the theacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, “*due process*” is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess” (Felix Frankfurter on the Supreme Court, Cambridge, 1970, p. 501).

2. A regra do devido processo começa como garantia processual, apenas abrindo-se o entendimento para a aplicação da XIV Emenda à proteção dos negros (Slaughter House 16, wall 36, 81 — 1876). Surge, então, a primeira afirmação do devido processo, com o Justice Samuel Miller em 1878 quando explicitou as origens inglesas e americanas do devido processo, mostrando que não era novidade americana (Davidson v. New Orleans, 96, v.s. 97), no entanto, foi citada pela primeira vez na Suprema Corte em 1868 (Murray v. Hoboken Land and Improvement Co.), abrindo-se no ano seguinte para a abrangência também a direitos substantivos e não só processuais (Hepburn v. Griswold). Mas pode-se assinalar que a expressão fica com o Justice Miller, porque a Corte expressa que o direito de vida, liberdade e propriedade acha-se protegido pelo devido processo, levando Willoughby a assinalar que esse julgado empregou métodos de raciocínio como garantia substantiva.

O século XIX não foi pródigo na aplicação do devido processo, como ocorreu a partir de 1905, quando Oliver Holmes asseverou que a expressão dependeria de um juízo ou intuição mais sutil que qualquer premissa maior articulada (caso Lochner). Mas a importância de Holmes para essa interpretação acentua-se — a diferença que separa o razoável do que não é, é questão de grau. As diferenças de grau permitem determinar a medida na qual a legislação pode exercer seu poder de política (Ridenout v. Knox).

3. É importante assinalar a notável evolução do conceito do devido processo (Eugene W. Hickok e Gary McDowell — Justice vs. Law — Courts and Politics in American Society — Mackmillan, 1993).

Recuperando-se de decisão contrária ao voto dos negros, porque não tinham filiação partidária, e porque não havia infringência ao devido processo (1935), a Suprema Corte afirmou o direito dos negros a ingressarem nos partidos políticos, igualdade de tratamento nos transportes estaduais, e participação nos sindicatos de ferroviários, sem discriminação.

A Corte adotou a chamada Doutrina da incorporação das liberdades da Primeira Emenda na cláusula do devido processo da 14ª Emenda, com a inserção do Bill of Rights na 14ª Emenda, obrigando aos Estados. Com isso, conseguiu-se a obrigatoriedade da liberdade de palavra e de imprensa (1925), eliminação de censura prévia (1931), direito de reunião (1937) e de religião (1940) (William E. Leuchtenburg — *The Supreme Court Reborn. The Constitutional Revolution in the age of Roosevelt*, Oxford, 1995).

4. O problema racial, em Little Rock, Arkansas ficou acentuado em 1957, com o impedimento do ingresso de estudantes negros em escola local, mas a Suprema Corte impediu tal segregação, porque o direito do estudante de ingresso em qualquer escola, afastados motivos raciais, estava abrangido pelo devido processo (Caso Brown). A Corte declarou a desobrigação da Associação das Pessoas de Cor a fornecer aos Estados a relação de seus sócios, porque violava o devido processo (NAACP v. Alabama, 1958 — Harlan).

5. O direito à intimidade não podia ser violado com invasões, via obtenção de provas ilegais, com o repúdio da Corte, impedindo a revogação de um direito fundamental, expressando: “Nossa decisão, fundada na razão e na verdade, dá ao indivíduo aquilo que a Constituição lhe garante: ao policial, aquilo a que tem direito na execução honesta da lei; e aos tribunais, a integridade judicial tão necessária à verdadeira administração da justiça”. (Mapp, v. Ohio, 367 v.s. 643 — 1961 Griswold — 1965, Roe — 1973). Para decidir, a Corte acentuou que a liberdade de ingresso numa associação para a promoção de idéias é aspecto inseparável da liberdade assegurada pelo devido processo. A chamada *disclosure* — revelação de dados sigilosos, somente com suspeita fundada.

6. A liberdade de viajar fora contestada com a negação de passaporte a comunistas, mas a Corte repudiou tal diretriz administrativa sem autorização legal (Kent v. Dulles, 1958), e liquidou a legislação sobre o uso de passaporte por comunistas americanos (Apthker v. Secretary of State — 1964).

7. O direito à educação, fundamental, não permite a segregação racial nas escolas, acentuando o Chief Justice Warren que o devido processo é mais que a simples ausência de restrição corporal, estendendo-se a toda a esfera de procedimento livremente do indivíduo e não pode ser restrita, senão com objetivos governamentais, a tal não chegando a segregação nas escolas (Brown v. Bd. Of Education of Topeka, 1954; Alexander Bikel — *The Supreme Court and the idea of progress*, Yale, p. 114).

8. A Corte atingiu grande estatura no Caso Gideon (1963). Clarence Gideon estava preso e processado, sem que o juiz, na fase instrutória nomeasse advogado, portanto privado do regular processo legal (devido processo). Essa

memorável decisão da Suprema Corte permitiu o desenvolvimento de idéias fundamentais, como a do Justice Hugo Black — “Entendemos que a Corte errou ao decidir, no caso *Betts*, que o direito a advogado, garantido pela 6ª Emenda, não é um direito fundamental”. E continuou — “nenhuma pessoa levada a um tribunal, no nosso sistema contraditório de justiça criminal, poderá ter um julgamento justo se for tão pobre que não possa contratar advogado, salvo defensor”, e prossegue — “O fato do governo, como os réus com situação financeira contratarem advogados, é forte indício da crença generalizada de que estes são, nos tribunais criminais, uma necessidade, e não um luxo”.

9. Em 1964 a Suprema Corte volta a prestigiar o devido processo quando admitiu, em *habeas corpus*, o exame de novas provas e revisão de julgados criminais, acentuando o Justice William Brennan que o *habeas corpus* era o caminho natural para a afirmação de devido processo legal (*Fay v. Noia*). (Hunter R. Clark — Justice Brennan — *The Great Conciliator*, Birch Lane, 1995, p. 161).

10. Sobre comissões parlamentares de inquérito, a Suprema Corte decidiu várias vezes sobre os limites de sua atuação. No caso *Watkins* (1957) a Corte não considerou desacato ao Congresso, a atitude de *Watkins* que se negara a responder a arguição perante comissão do Congresso sobre associados do Partido Comunista. Considerou-se que o Congresso tem o direito de estabelecer regras sobre o funcionamento das comissões, porém, as arguições deveriam ser pertinentes à finalidade do inquérito, para que o depoente dispusesse de informações necessárias à resposta, e na falta desse critério haveria violação do devido processo já inserido na V Emenda.

11. É importante assinalar que a Suprema Corte nem sempre foi aplaudida na ampliação do devido processo, e sua aplicação. Já no Caso *Lochner* (1905) quando a maioria sustentou que lei de Nova York impedindo o trabalho por mais de dez horas por dias, houve críticas, inclusive de Oliver Holmes contrário à expansão do conceito (Sheldon M. Novick — *Honorable Justice, The Life of Oliver Wendell Holmes*, 1989, p. 280; G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes*, Oxford University, 1993, p. 324; *The Essential Holmes* — Edit. Por Richard Posner, The University of Chicago, 1992, p. 305; Max Lerner — *Nine Scorpions in a Bottle*, Arcade Publishing, 1994, p. 293). Para Archibald Cox ocorreu o chamado *Lochnerism*, como a expressão do econômico (*The Court and the Constitution*, Boston, 1987, p. 145). Veja-se, por oportuno, a opinião de outro vulto eminente da Corte, Hugo Black — “a cláusula de Processo Legal, de nenhum modo, transfere aos tribunais a responsabilidade constitucional das legislaturas de determinarem a justiça e a racionalidade das

leis” (A Constitutional Faith, capítulo II; Roger K. Newman, Hugo Black, Pantheon, 1994, p. 352).

Ao longo da história da Suprema Corte, que se confunde com a aplicação do princípio do devido processo legal, há flutuações no próprio conceito, no valor intrínseco e instrumental desse princípio (Laurence H. Tribe — Constitutional Choices — Harvard, 1985, p. 414). Mas como assinalou Felix Frankfurter, outro grande vulto da Corte em voto em célebre julgado — “*due process*” é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é instrumento mecânico. Não é um padrão. É processo. É delicado processo de adaptação que inevitavelmente o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo” (Anti-Facist Committee — 1951; Richard A. Posner — Overcoming Law, Harvard, 1995, p. 208).

12. De qualquer forma, nossos intérpretes e aplicadores do princípio de devido processo legal devem buscar nesses ensinamentos a reta diretriz para a sua perfeita atuação no sistema jurídico brasileiro, principalmente na passagem do conceito puramente processual para o substancial, fase ainda não totalmente assimilada no direito brasileiro (Laurence Tribe — On Reading the Constitution, Harvard, 1991, p. 65; Laurence H. Tribe — Constitutional Choices, Harvard, 1985, p. 10; Archibald Cox — The Court and the Constitution, Boston, 1987, p. 122).

--oOo--