

**ADHEMAR FERREIRA MACIEL\***

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor da UnB*

Sumário

A descoberta brasileira do *due process of law*.

As Emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América.

Raízes históricas do *due process*.

Casos.

*O substantive due process.*

Para nós juízes que fazemos parte da Seção com matéria penal, como é o caso da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tornou-se comum no nosso dia-a-dia ouvir, sobretudo por parte dos advogados, menção ao "devido processo legal". Afinal, o que vem a ser o "devido processo legal"? De onde vem, pois até a promulgação da Constituição de 1988 sua invocação era praticamente desconhecida em nossas cortes de justiça?

A Constituição brasileira de 1988 talvez seja a mais pródiga e detalhista do mundo em discriminação de direitos e garantias fundamentais. A razão imediata é histórica, política e até cultural. Tínhamos acabado de sair de regime de repressão. Estávamos sequiosos de novas conquistas e de romper – como então se dizia – com o "entulho

autoritário". Aliás, todos os *bills of rights*<sup>1</sup> ou *declarations of rights*<sup>2</sup> nasceram, assim, causados por reações contrárias. As normas asseguradoras do "direito de propriedade" e da "liberdade econômica", por exemplo, tiveram sua gênese na intervenção mercantilista. A "liberdade de consciência" ou "liberdade de culto" é fruto da intolerância religiosa. A própria Lei Fundamental de Bonn, um dos estatutos políticos cientificamente mais bem elaborados de nosso tempo (1949), agasalha em seu art. 2º o que muitos alemães do Terceiro Reich sentiram literalmente na carne: a "integridade física" (*Körperliche Unversehrtheit*).<sup>3</sup>

Se o século XVIII foi o "século do constitucionalismo", podemos repetir com *Karl Loewenstein* que o século atual, ainda que esteja em seus estertores, é o "século da crise da democracia constitucional", pois as Constituições têm paulatinamente perdido força e prestígio.<sup>4</sup> Para evitar que isso ocorra, todos, sobretudo nós do Judiciário, temos que tornar viva a nossa Constituição para que ela não vá, aos poucos, morrendo e deixe de ser invocada por seu principal destinatário: o povo brasileiro.

---

<sup>1</sup> Em 12 de setembro de 1787, os constituintes George Mason e Elbridge Gerry propuseram à *Convention* o aditamento de um *bill of rights*, à semelhança do que já existia em algumas Constituições dos Estados da então Confederação. A proposta foi recusada (cf. KILLIAN, Washington, H., Johnny *et al.* *The Constitution of the United States of America – Analysis and Interpretation*. Editors, Library of Congress, 1987, p. 949). Ver também MACIEL, Adhemar F. Nossa primeira Constituição republicana à luz do direito comparado. *RTDR* São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 192-207, 1993.

<sup>2</sup> DICEY, A.V. (*Introduction to the study of the law of the Constitution*. London: MacMillan and Co. Limited, 1952, p. 200) observa que as *Declarations of Rights* americanas, diferentemente do *Petition of Right* e do *Bill of Rights* ingleses, se aproximam muito das declarações do direito do continente europeu. "*They are the product of eighteenth-century ideas; they have, however, it is submitted, the distinct purpose of legally controlling the action of the legislature by the Articles of the Constitution.*"

<sup>3</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 2. ed., Madrid: Revista de Occidente, 1951, p. 139.

<sup>4</sup> *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p. 222. A Constituição dos Estados Unidos, em relação às nossas Cartas e Constituições, tem mantido sua força e prestígio, muito embora já conte mais de 200 anos de existência e poucas emendas. Isso se explica, a meu ver, por duas razões: **a)** Trata-se de constituição sintética e **b)** A Suprema Corte a tem, aos poucos, adaptado às necessidades sociais do momento, evitando, com isso, que haja uma revisão formal (quanto à última observação, cf. ZIPPELLIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre*. Trad. portuguesa de Cabral de Moncada, 2. ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, p. 194).

Nossa Constituição, em seu art. 5º, inciso LIV, diz enfaticamente: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".<sup>5</sup> Essa cláusula<sup>6</sup> nos veio diretamente de duas emendas à Constituição norte-americana (1787), que são, no dizer de *Karl Loewenstein*, "o fundamento, sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam".<sup>7</sup>

A primeira cláusula, de número V, faz parte do denominado *Bill of Rights*.<sup>8</sup> A segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estado-Membros.<sup>9</sup>

Dispõe a Emenda V (parte: "... (ninguém) será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, *sem o devido processo legal*" (*without the due process of law*). A Emenda n. XIV, por sua vez, fala em sua Seção 1: "... Nenhum, Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, *sem o devido processo legal*", etc. Ontologicamente, a cláusula constitucional que impede o Estado-Membro de privar o cidadão (sentido amplo) do "devido processo legal" tem o mesmo significado daquela igualmente impeditiva para a União.<sup>10</sup> Mas as circunstâncias, a época e o propósito não deixam de imprimir cunho peculiar a cada uma das cláusulas nas duas Emendas.<sup>11</sup> A diferença mais marcante entre o *due*

---

<sup>5</sup> Encorajadas pela "descoberta", leis infraconstitucionais também começam a utilizar-se da expressão "devido processo legal". Assim, a Lei n. 8.069/90 (Estatuto de Criança e do Adolescente) diz em seu art. 110: "Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal".

<sup>6</sup> *Phrase* ou *clause*, como dizem os constitucionalistas americanos.

<sup>7</sup> *Diese beiden Bestimmungen sind die Grundlage, auf der alle anderen Freiheitsrechte beruhen* (Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, p. 510).

<sup>8</sup> São as dez primeiras emendas, que foram ratificadas pelos Estados-Membros em 15 de dezembro de 1791.

<sup>9</sup> Sua ratificação se deu em 9 de julho de 1868.

<sup>10</sup> *Willoughby*, em sua obra clássica *Principles of the constitutional law of the United States* (2nd ed., New York: Baker Voorhis & Co., 1938, p. 721), após indagar se a cláusula *due process* tem o mesmo significado em ambas as Emendas, reporta-se a voto (*opinion*) proferido no caso *Twining v. New Jersey* (211 US, 78 - 1908): "Se se puder admitir algum significado diferente para as mesmas palavras, como elas são usadas na Décima Quarta Emenda (e na Quinta Emenda), até agora (ele) não apareceu em (nenhuma) decisão judicial".

<sup>11</sup> *French v. Barber Asphalt Paving Co.* 181 US, 324, 328 (1901).

*process* da Emenda n. V e o da Emenda n. XIV estaria no fato de a primeira coexistir com outras garantias expressas no *Bill of Rights* como procedimento justo através de tribunal do júri, possibilidade de se ver acusado perante o *grand jury*,<sup>12</sup> fianças e multas pecuniárias compatíveis com a situação financeira do réu. Já a Emenda XIV "contém implicitamente não só os padrões de retitude e justiça" encontrados na cláusula da V Emenda, mas também muitas garantias que são expressamente ressalvadas no *Bill of Rights*".<sup>13</sup> Se observamos bem, veremos que a Emenda n. XIV, sobretudo pela proximidade da cláusula da "igual proteção das leis" (*equal protection of the laws*), fornece inteligência mais abrangente ao *due process* do que aquela da Emenda n. V. Em *Bolling v. Sharpe*,<sup>14</sup> por exemplo, a Suprema Corte disse: "A Quinta Emenda, que é aplicável ao Distrito de Colúmbia,<sup>15</sup> não contém a cláusula da "igual proteção" tal como a Décima Quarta Emenda, a qual se aplica somente aos Estados. Mas os conceitos de "igual proteção" e "devido processo", ambos provindos do ideal americano de retidão (*fairness*), não são mutuamente excludentes. A (cláusula) *equal protection of the laws* é uma salvaguarda mais explícita de proibição de iniquidade (*unfairness*) do que a (cláusula) *due process of law*.

---

<sup>12</sup> A Emenda n. V garante a todos que estão sendo acusados de crimes infamantes ou possam ser apenados com pena capital, salvo no tocante a crimes militares, que a pronúncia seja feita pelo *grand jury*. Em outras palavras, o *grand jury* é que vai decidir se existe prova suficiente para julgamento. Se entender que existe prova, o indicado é pronunciado. A pronúncia recebe o nome de *true bill*. O órgão que vai fazer o julgamento será o *trial jury* ou *petit jury*. Se não se achar indício ou prova, o corpo de jurados emite um *ignoramus*. Na órbita federal, o *grand jury* (1985) era composto de 23 membros (*grand jurors*). Os *grand juries* estaduais variam de 7 jurados (Virgínia) a 23 (Massachusetts, New Hampshire e New Jersey). Na Inglaterra e no País de Gales, como mostra *Henry J. Abraham*, a instituição foi abolida por lei de 1933 (*The judicial process*. 5th ed., New York: Oxford University Press, p. 106). Nos Estados Unidos, mais da metade dos Estados-Membros utilizam-se da *information*, que equivale à nossa "denúncia" (CPP, art. 41). Nos tribunais federais, todavia, o indiciado tem direito ao *grand jury* em se tratando de *capital and felonous cases*. Repetidas vezes, a Suprema Corte tem decidido que o instituto do *grand jury*, contemplado na Emenda n. V, não é obrigatório para os entes federados (*Palko v. Connecticut*, 302 US - 1937).

<sup>13</sup> *The Constitution of the United States of America – Analysis and interpretation. Op. cit.*, p. 1.284.

<sup>14</sup> 347 US, 497, 499-500 (1954).

<sup>15</sup> Nosso Distrito Federal da Constituição de 1891 teve por inspiração direta a Federal City District of Columbia, onde fica Washington, a capital dos Estados Unidos), (Ver meu artigo cit, na nota de rodapé n. 1.)

O *Chief Justice Willian Howard Taft*,<sup>16</sup> ao que tudo indica, foi o primeiro juiz da Suprema Corte a tirar ilações no sentido da íntima associação entre as cláusulas da *equal protection* e do *due process*.<sup>17</sup>

Historicamente, a cláusula constitucional do *due process* veio do direito inglês. Como se sabe, muitos constituintes e legisladores norte-americanos de então estudaram em universidades inglesas, onde um dos livros de cabeceira era um comentário de *Sir Edward Coke*<sup>18</sup> sobre a *Magna Carta Libertatum*,<sup>19</sup> que ficou conhecido como seu *Segundo Instituto*.<sup>20</sup> Sua importância para a independência do juiz inglês e, em decorrência, para a liberdade do súdito em geral foi tão grande e significativa que *Roscoe Pound* intitulou seu autor de "oráculo do *common law* e "campeão da liberdade".<sup>21</sup> Pois bem, *Coke*, ao comentar o capítulo 39 da *Magna Carta*, escrita em latim, mostra que a expressão *per legem*

---

<sup>16</sup> Taft foi o único presidente os Estados Unidos que se tornou juiz de Suprema Corte. Ele mesmo fez *lobby* para sua futura ida para a Corte. Quando Presidente da República (1909-1913), nomeou Edward D. White *Chief Justice*. Antes de White morrer (estava no cargo) Taft disse ao Presidente da República (Warren Harding) que o próprio White havia repetido inúmeras vezes que estava guardando a vaga da Suprema Corte para ele, a fim de que o cargo voltasse para um republicano (cf. *The Supreme Court: justice and law*. 3rd ed., Congressional Quarterly Inc., p. 10). Taft, com a idade de 29 e com menos de um ano de casado (1886), foi nomeado para a *Superior Court* do Estado de Ohio. Também foi juiz federal (*US District Court for the Sixth Circuit*), professor da *Cincinnati Law School* e governador-geral do Protetorado das Filipinas. O presidente Theodore Roosevelt o convidou para ocupar uma cadeira na Suprema Corte. Ele recusou. Mais tarde, ainda no governo Roosevelt, tornou-se ministro da guerra (Cf. *The Supreme Court Justices*. Washington, DC, editado por CUSHMAN, Clare, Congressional Quarterly, 1993, p. 342 *et. seq.*).

<sup>17</sup> *Truax v. Corrigan*. 257 US 312, 331 (1921). Cf. *The Constitution the United States of América – Analysis and interpretation*. Op. cit., p. 1.295.

<sup>18</sup> A pronúncia é a mesma de *cook* – cozinheiro (cf. POUND, Roscoe. *The development of constitucional guarantees of liberty*. Yale University Press, 1957, p. 42).

<sup>19</sup> A *Magna Carta*, como fala com acerto *Zippelius*, não foi um fenômeno isolado no cenário europeu, "mas é no entanto notável, sobretudo em atenção à continuidade da evolução que dela partiu interrompida por vezes, mas nunca cortada" (*Allgemeine Staatslehrer*. Op. cit., p. 162).

<sup>20</sup> *Pound* chega mesmo a dizer que o Segundo Instituto de *Coke* era uma verdadeira "Bíblia legal" para os advogados das 13 Colônias inglesas na América (op. cit., p. 48).

<sup>21</sup> "He is universally regarded by lawyers as the oracle of the common law. No better champion of liberty secured by law could have been found" (op. cit., p. 43).

*terrae* se remonta ao reinado de Edward III e era equivalente ao *due process of law*.<sup>22</sup> O capítulo 39 diz:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia *com a lei do país*.<sup>23</sup>

No dizer de *John H. Ferguson e Dean E. McHenry*, o *due process* "é uma das mais importantes, bem como controversas de todas as garantias".<sup>24</sup>

Tem-se evitado definir o *due process of law*.<sup>25</sup> Thomas Cooley procurou nos dar uma idéia do leque de proteção do instituto:

O termo 'devido processo legal' é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> A cláusula *due process of law* teria aparecido numa versão legal inglesa do Capítulo 39 no ano de 1354 (cf. *The Constitution of the United States of America – Analysis and interpretation. Op. cit.*, p. 1.281). No início as Cartas das Colônias inglesas na América e algumas de suas declarações de direitos tinham predileção *por law of the land* no lugar de *due process of law*. A Constituição do Estado de Nova Iorque de 1821 foi a primeira adotar a cláusula *due process of law* da Constituição dos Estados Unidos (cf. *The Constitution of the United States of America – Analysis and interpretation. Op. cit.*, p. 1.282).

<sup>23</sup> *Textos históricos do direito constitucional*, organizado pelo Professor Jorge Miranda (Lisboa, Imprensa Nacional, 1980, p. 15).

<sup>24</sup> *The American Federal Government*. 2nd ed., McGraw-Hill Book Company, Inc., 1950, p. 139.

<sup>25</sup> *Karl Loewenstein*, em sua *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis...* (*Op. cit.*, p. 510), depois de dizer que a cláusula *due process* é obrigatória para o Executivo, Legislativo e Judiciário, enfatiza que ela é, "hoje, a mais forte barreira protetora dos direitos de liberdade do cidadão contra a usurpação do poder público" (... *die due process – Klausel heute die stärkste Schutzmauer der bürgerlichen Freiheitsrechte gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt*).

<sup>26</sup> *The general principles of constitutional law in the United States of America*. Boston: Little, Brown and Co., 1931, p. 279.

A Suprema Corte do Estados Unidos, no caso *Twining v. New Jersey*,<sup>27</sup> foi feliz ao manifestar-se sobre o *due process*:

Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa [...] Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo.

Em *Holden v. Hardy*,<sup>28</sup> a Suprema Corte enfatizou:

Este Tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law* [...] basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer.

O grande juiz *Felix Frankfurter*,<sup>29</sup> em *Solesbee v. Balkcom*,<sup>30</sup> procurou mostrar que o velho instituto é supralegal e está profundamente arraigado na tradição anglo-americana:

Acha-se assentada a doutrina por esta Corte que a cláusula do *due process* enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda nossa história. *Due process* e aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo.

---

<sup>27</sup> Mencionado na nota de rodapé n. 10.

<sup>28</sup> 169 US, 366, 389(1898).

<sup>29</sup> *Felix Frankfurter* foi o sexto e último não-americano nato a tomar assento como juiz da Suprema Corte americana. Nasceu na Áustria (Viena) e veio com os pais para os Estados Unidos quando tinha 12 anos de idade. De inteligência privilegiada, foi até então considerado o melhor aluno da Harvard Law School. Advogado bem-sucedido, tornou-se famoso na defesa de comunistas na gestão de A. Mitchell Palmer à frente do Ministério da Justiça (*Attorney General*). No final da década de 20, seu nome ganhou as manchetes dos jornais, pois se encarregou de demonstrar a violação do *due process* no caso *Sacco-Venzetti*. Dizem que por causa de sua intimidade com o físico Niels Bohr, foi um dos poucos não-cientistas a tomar conhecimento prévio da descoberta da bomba atômica (cf. *The Supreme Court Justices*. Op. cit., p. 386 et seq.).

<sup>30</sup> 339 US, 9, 16 (1950).

Já que se tem dificuldade em definir a cláusula em comento, como então entendê-la e, conseqüentemente, invocá-la? Socorremo-nos ainda das lições dos mestres do direito constitucional estadunidense, lastreadas em decisões pretorianas.<sup>31</sup>

Uma primeira observação é quanto à aplicação do *due process* na Inglaterra e nos Estados Unidos. Embora o instituto jurídico fosse, no fundo, o mesmo, sua inteligência e compreensão, por questão de estrutura estatal, tinha que apresentar diferenças. Na Inglaterra, lembrando *Walter Bagehot*, o "Parlamento podia tudo, menos transformar homem em mulher e vice-versa". Nos Estados Unidos, diferentemente, as leis do Congresso e dos legislativos federados se achavam sujeitas ao *judicial control* por imposição de uma Constituição escrita e rígida.<sup>32</sup> Assim, nos Estados Unidos a cláusula constitucional era limitativa tanto para o legislativo quanto para o executivo e até para o próprio judiciário.<sup>33</sup> Por outro lado, o *due process* não tinha só natureza processual (garantia), mas também material (*substantive law*).<sup>34</sup> Sob esse aspecto de "direito material", as cortes estaduais, a partir de 1850, começaram a declarar que também as leis deveriam ser "razoáveis em sua substância". As cortes federais, a princípio de modo parcimonioso, depois abertamente, aceitaram essa doutrina. Em decorrência, "elas (as cortes) se deram por

---

<sup>31</sup> Em *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis...* (p. 510), *Loewenstein* lembra que "o conteúdo e as fronteiras do *due process* resultam de puro casuismo" (*Inhalt und Grenzen sind rein kasuistisch umrissen*).

<sup>32</sup> *Marbury v. Madison*, 5 US, 137 (1893). *William H. Rehnquist (The Supreme Court: how it was, how it is*. New York; Quill Ed., 1987, p. 306), após dizer que na Inglaterra, tão logo era nomeado, o juiz se tomava independente da coroa e do Parlamento, lembra que ele não podia, como ainda não pode, declarar uma lei contrária à Constituição. Já os constituintes americanos procuraram, de modo claro, algo diferente do sistema britânico: "Eles queriam que os juízes fossem independentes do presidente e do Congresso, mas com certeza que riam que as cortes federais fossem capazes de decidirem se a legislação feita pelo Congresso era ou não consistente com as limitações (impostas) pela Constituição dos Estados Unidos".

<sup>33</sup> *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.* 18 How (59 US) 272, 276 (1856).

<sup>34</sup> WILLOUGHBY. *Op. cit.*, p. 726.



competentes para esmiuçar a substância ou o conteúdo das leis federais e estaduais".<sup>35</sup>

Como se percebe, a jurisprudência dos tribunais, tanto estaduais quanto federais, procurou dar uma conotação de direito natural à cláusula *due process*, pois, do contrário, o legislativo poderia, a seu bel-prazer, bulir em regras puramente processuais, tendo-as por justas, lícitas e retas sem que, no fundo elas apresentassem tal densificação. No caso *Hurtado v. California* ficou assentado que se deveria levar em conta não "as formas particulares de procedimentos, mas a própria substância dos direitos individuais à vida, à liberdade e à propriedade", uma vez que a cláusula do devido processo prescreve "os limites daqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça, os quais jazem na base de todas nossas instituições civis e políticas".<sup>36</sup> O Justice John M. Harlan procurou mostrar em *Poe v. Ullman*<sup>37</sup> que a cláusula *due process*, caso fosse tomada só como garantia processual, seria ineficaz na defesa contra leis que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo. Sintetizou ele, invocando o caso *Hurtado v. California*:

Assim as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da magna carta e consideradas como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do executivo, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária.

Laurence Tribe, em sua obra *Constitutional choices*,<sup>38</sup> ao objetar aqueles que afirmam que o "*substantive due process* é incompatível com a linguagem da própria Cláusula do Devido Processo", lembra que "as palavras que seguem *due process* são *of law*, e a palavra *law* parece ter sido o ponto textual de partida do *substantive due process*". O certo é que os constituintes de 1787, ao inventarem o federalismo americano, tiveram em mente garantir a instituição da

---

<sup>35</sup> FERGUSON and MCHENRY. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>36</sup> 110 US, 531-532, 535 (1884).

<sup>37</sup> 367 US, 497, 540, 541 (1961).

<sup>38</sup> Harvard University Press, 1985, p. 10 *et seq.*

propriedade privada e o respeito à liberdade de contratar.<sup>39</sup> A Constituição americana está pontilhada de direitos materiais e não só de garantias instrumentais. Daí ter *Madison*, com sua "teoria da facção", proposto que a mudança da competência legislativa do nível estadual para o nacional, para determinados assuntos, tinha por escopo evitar que as maiorias esmagassem os direitos das minorias.<sup>40</sup> É, como se vê, um modo de garantir o *substantive due process*.

Os tribunais americanos têm, de um modo geral, entendido que a cláusula *due process* pode ser invocada não só por aqueles, que detêm a cidadania estadunidense, mas também por pessoas jurídicas, por estrangeiros e até mesmo por quem tenta ser readmitido no país.<sup>41</sup> No tocante ao *judicial review* de decisões de tribunais militares, tem havido divergência na Suprema Corte. Assim, no caso *Yamashita*,<sup>42</sup> denegou-se pedidos de *certiorari* e de *habeas corpus* para que se revisse a condenação. A maioria entendeu que a maneira como se colheram as provas e o procedimento adotado pelo órgão militar não ensejava revisão e tudo havia sido feito sem ofensa ao devido processo legal. O mesmo se repetiu no caso *Johnson v. Eisentrager*,<sup>43</sup> onde ficaram vencidos os *Justices Hugo Black, Harold Burton e William Douglas*.

---

<sup>39</sup> Em *Coppage v. Kansas*, 236 US 1 (1915), sob a invocação da cláusula *due process*, procurou-se proteger o direito de o empregador contratar empregado que não pertencia a sindicato (TRIBE. *Op. cit.*, p. 275, nota de rodapé n. 9). No famoso caso *Lochner v. New York*, 198 US (1905), em nome da liberdade de contratar, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que limitava em 10 horas por dia ou 60 horas semanais o trabalho de padeiros. O *Justice Harlan*, em voto vencido, procurou demonstrar o perigo de estar o Judiciário, sob a capa do controle judicial, tomando o lugar do Legislativo, a quem tocava constitucionalmente o papel de, através da leis, expressar a vontade do povo. Mas, como o explica *Harry H. Wellington (Interpreting the Constitution – The Supreme Court and the process of adjudication. New Haven: Yale University Press, 1990, p. 45)*, casos como *Lochner*, que lidaram com o denominado *economic due process*, foram mal recebidos pelos outros ramos do poder público e por aqueles que militavam na área jurídica etc., fazendo com que, mais tarde, houvesse reversão de tal entendimento.

<sup>40</sup> Cf. TRIBE. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>41</sup> *United States v. Ju Toy*, 198 US 253, 263 (1905). *Quon Quon Poy v. Johnson*, 273 US, 352 (1927).

<sup>42</sup> 327 US, 1 (1946).

<sup>43</sup> 339 US, 763 (1950).

Para terminar este artigo, que já vai longe, quero relembrar um dos temas mais polêmicos que continuam agitando a vida americana e tem por base a cláusula do devido processo legal. Refiro-me ao "aborto". Praticamente todas as legislações estaduais e territoriais americanas baixaram leis dificultando, limitando ou até mesmo impedindo o aborto. O caso matriz, que constantemente tem sido posto à prova por não ter solucionado a contento a questão, é o *Roe v. Wade*.<sup>44</sup> O Estado do Texas tinha lei proibindo aborto, exceto para salvar a mãe no caso de risco de vida. Jane Roe (nome fictício de Norma McCorvey),<sup>45</sup> moça solteira de 25 anos de idade, foi estuprada por uma gangue e ficou grávida. Não queria o filho, pois nem sequer sabia quem era o pai. Lastreou sua defesa no direito à privacidade. A Suprema Corte decidiu, após memorável discussão, que, de acordo com a Emenda n. XIV, uma mulher grávida tinha o "direito fundamental à privacidade", a qual englobava o direito de interromper, após conselho médico, gravidez indesejável. Fixou-se, então, um equilíbrio de "preponderância de interesses" entre o Estado e a cidadã. Até nas vizinhanças de três meses de prenhez, o aborto seria admitido, pois o *compelling interest* era da mulher. Depois do primeiro trimestre de gravidez, o *compelling interest* passava a ser do Estado, que tinha o dever de proteger a saúde da mulher e o futuro cidadão que estava indefeso em suas entranhas. Questões importantes foram abordadas incidentalmente, como, por exemplo, se o feto, por não ser "pessoa", estaria ou não protegido pela Emenda XIV; quando começa a vida humana, se com a concepção ou não; que se entendia por "viabilidade fetal" etc.

---

<sup>44</sup> 410 US, 113(1973).

<sup>45</sup> TRIBE, Laurence H., *God save this honorable court*. New York: New American Library, 1985, p. 17.