

SUPREMA CORTE AMERICANA: ACOMPANHAMENTO DA REALIDADE POLÍTICA E ECONÔMICA*

Roberto Rosas**

É importante a digressão sobre determinadas perspectivas da Suprema Corte americana na fixação de diretrizes pretorianas, dentre elas, a do devido processo legal.

Adotando o federalismo, os americanos viram-se na contingência de encontrar a fórmula da unificação do país, política e territorial. Havia a necessidade de novo equilíbrio entre a liberdade e a ordem, e de uma nova distribuição de poderes entre os Estados e a Nação. O primado do direito federal já se contemplava na Carta Magna afirmando que a Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados (artigo VI, 2). Esse primado do direito federal encontra na Corte a sua autêntica interpretação, evitando que os Estados aniquilem a legislação federal.

Madison considerava o Judiciário como o instrumento de proteção simultânea das autoridades nacional e estadual. Para Hamilton, os juízes são investidos de poderes para reforçar esta supremacia em detrimento das Constituições e leis estaduais (The Federalist – nº 78).

A apreciação pela Corte da constitucionalidade das leis estaduais enseja o reescrito dessa legislação. Nova orientação legislativa é imposta pelas circunstâncias criadas pela Corte. A conseqüente invalidação desses atos legislativos impõe a construção legislativa.

A propósito, em 1953, William Crosskey, Professor da Universidade de Chicago, sustentou tese violenta contra a Corte, em vista de seu papel de “Legislativo Supremo”. Para ele, o *judicial review* não era uma estipulação genérica existente na Constituição, antes, pelo contrário, foi proibida na Carta Suprema.

Observou Frankfurter o enorme desenvolvimento no controle da legislação estadual pelo poder de veto da Suprema Corte.

Devemos observar a tendência da Corte no sentido do respeito ao *stare decisis*, mas este deve pronunciar garantias ao comércio jurídico, proporcionando confiança.

A lei não é precisamente susceptível ao capricho e à vontade individual. Ademais, ela deve apresentar uniformidade quando aplicada às atividades diárias do homem. Uniformidade e continuidade na lei são de grande importância para a prática de inúmeras atividades, e, se não estão presentes, a estabilidade dos contratos, convenções, etc. fica comprometida e

* Artigo publicado em Separata da Revista Arquivos do Ministério da Justiça a.49, n. 187, jan.jun. 1998.

** Professor titular da Universidade de Brasília

não haverá justiça igualitária se determinado dispositivo legal é aplicado hoje, e não é no dia seguinte. O *stare decisis* proporciona algumas garantias de molde a que os indivíduos possam comerciar e equacionar os seus problemas de maneira confiante, concorrendo também para a estabilidade social. É, sem dúvida, um liame vigoroso entre o passado e o futuro.

Até mesmo para os especialistas, a lei não passa de uma predição da decisão do juiz diante de um fato dado – predição que faz os dispositivos legais e as decisões neles baseadas, não deduções lógicas, mas antes funções do comportamento humano. Existe, comumente, uma pletora de precedentes a serem arrolados e não há problema para o advogado em encontrar um embasamento legal para a maior parte de suas proposições.

A posição do *stare decisis* no Direito Constitucional é ainda mais flutuante. O juiz, diante de uma decisão nesse terreno, tem impulsos no sentido de reformular a história e rejeitar o que um dia foi estabelecido. Assim, formulará ele suas próprias opiniões, rejeitando, como falsas, decisões anteriores para abraçar aquela outra que lhe parece mais apropriada.

Esse reexame do precedente em matéria constitucional irá depender da visualização do problema do ponto de vista de cada juiz. Quando apenas um novo juiz é nomeado durante determinado espaço de tempo, o efeito modificador em matéria constitucional pode não ser de grandes proporções. Mas, quando a maioria em um dado tribunal é reconstituída, isso acarretará substanciais alterações, até que os novos juízes fixem seu ponto de vista no bojo da doutrina constitucional. Durante esse período, a matéria constitucional estará em processo de cristalização. Isso é consequência necessária do nosso sistema judiciário e, ao meu ver, consequência benéfica.

A Constituição americana já afirmará que a competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da lei (art. III, 2). Era novidade colocar num texto legal tal expressão, reafirmando o Poder Judiciário, apoiando-o no *judicial review*, isto é, a revisão feita, no decurso de um processo judicial, das resoluções das legislaturas subordinadas e das decisões do Congresso. Alexander Hamilton examinou atentamente o problema da revisão judicial.

Foi John Marshall, em célebre decisão de 1803, no caso *Marbury vv. Madison*, que trouxe para a Corte os olhares da nação. Esse caso envolvia a questão da competência ou não da Corte Suprema para revogar um estatuto federal promulgado pelo Congresso. Afirma-se aí o princípio do controle da constitucionalidade das leis.

Ponderava Marshall: assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição, aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso conforme a lei, desrespeitando a Constituição ou respeitá-la, recusando a lei, a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da essência do dever judiciário. Se, então, os tribunais quiserem respeitar a Constituição, e esta for superior a qualquer lei ordinária do Congresso, a Constituição, e não tal lei ordinária, deve governar o caso ao qual ambas se aplicam.

John Marshall deu as verdadeiras dimensões da Corte, balizou sua competência e seus poderes. Aconteceria o previsto por Alexander Hamilton da exigência de uma coragem moral incomum por parte dos juízes para erguerem-se contra violações da Constituição, quando reclamadas pela Comunidade.

A possibilidade do *judicial review*, no entanto, poderia acarretar abusos e, excessos, já entrevistos por Hamilton quando afirmou que, se os tribunais se dispuserem a impor vontades em lugar de julgamentos, a consequência seria a substituição do seu *desideratum* pelo do Corpo legislativo.

Jackson afirma que, de certa feita, o próprio Marshall esteve a ponto de abandonar a doutrina da supremacia judicial durante a luta travada sobre o *impeachment* de Chase, acusado de parcialidade política, como membro da Corte. Igualmente na tormentosa questão da constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos, a 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 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-se 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 arraigada 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 forma 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).

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, como 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).

É importante assinalar a notável evolução do conceito do devido processo. (Eugene W Hickok e Gary McDowell – Justice vs. Law – Court 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).

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).

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.

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).

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 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).

A Corte atingiu grande estatura no Caso Gideon (1963). Clarence Gideon estava preso e processando, 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”.

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).

Sobre comissões parlamentares de inquérito, a Suprema Corte decidiu várias vezes sobre os limites de sua atuação. No caso Watkins (1957), a Corte 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 omissões, 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.

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 lei de Nova York impedindo o trabalho por mais de dez horas por dia, 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). 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).

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).