Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 31 • n.º 124
outubro/dezembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa

SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Due process of law

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

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 de Seção com matéria penal, como é o caso da 6.ª 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*[1] ou *declarations of rights*[2] nasceram

Adhemar Ferreira Maciel é Ministro do STJ, Professor da UnB e da Faculdade de Direito Milton Campos.

[1]Em 12 de setembro de 1787, os constituintes George Mason e Elbrigde 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. "The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation", Washington, KILLIAN, Johnny H.et al., Editors, Library of Congress, 1987, p. 949). Ver também MACIEL, Adhemar F., "Nossa primeira Constituição republicana à luz do direito comparado", RTDP, v. n.º 1, pp.192-207, Malheiros, 1993.

[2]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

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. 2.º o que muitos alemães do Terceiro Reich sentiram literalmente na carne: a "integridade física" (*körperliche Unversehrtheit*)[3].

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[4]. 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.

Nossa Constituição, em seu art. 5.º, inciso LIV, diz enfaticamente: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"[5]. Essa cláusula[6] 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"[7].

A primeira cláusula, de número V, faz parte do denominado *Bill of Rights*[8]. A segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estados-Membros[9].

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

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.º 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[10]. Mas as circunstâncias, a época e propósito não deixam de imprimir cunho peculiar a cada uma das cláusulas nas duas Emendas[11]. A diferença mais marcante entre o *due process* da Emenda n.º V e o da Emenda n.º 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*[12], fianças e multas

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 submited, the distinct purpose of legally controlling the action of the legislature by the Articles of the Constitution".

[3]GARCÍA-PELAYO, Manuel, "Derecho constitucional comparado", Madrid, Rev. de Occidente, 1951, 2.ª ed., p. 139.

[4]Teoría de la constitución, Barcelona, Ariel, 1970, 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. ZIPPELIUS, Reinhold, "Allgemeine Staatslehre", trad. portuguesa de Cabral de Moncada, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., p. 194).

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

[6]"phrase" ou "clause", como dizem os constitucionalistas americanos.

[7]"Diese beiden Bestimmungen sind die Grundlage, auf der alle anderen Freiheitsrechte beruhen" (*Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, p. 510).

[8]São as dez primeiras Emendas, que foram ratificadas pelos Estados-Membros em 15 de dezembro de 1791.

[9]Sua ratificação se deu em 9 de julho de 1868.

[10]WILLOUGHBY, em sua obra clássica "Principles of the constitutional law of the United States", New York, Baker, Voorhis & Co., 2nd ed., 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 U.S. 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".

[11]"French v. Barber Asphalt Paving Co.", 181 U.S. 324, 328 (1901).

[12]A Emenda n.º V garante a todos que estão sendo acusados de crimes infamantes ou possam ser apenados com pena capital, salvo no tocante a cri-

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*"[13]. Se observarmos bem, veremos que a Emenda n.º 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.º V. Em *Bolling v. Sharpe*[14], por exemplo, a Suprema Corte disse: "A Quinta Emenda, que é aplicável ao Distrito de Colúmbia,[15] 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 iniqüidade (*unfairness*) do que a (cláusula) *due process of law*".

O *Chief Justice* William Howard Taft[16], 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*[17].

Raízes históricas do due process

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[18] sobre a *Magna Carta Libertatum*[19], que ficou conhecido como seu "Segundo Instituto"[20]. 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"[21]. Pois

mes 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 indiciado 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 ABRAHAM, Henry J., "The Judicial Process", New York, Oxford University Press, 5th ed., p. 106, a instituição foi abolida por lei de 1933. 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.º V, não é obrigatório para os entes federados ["Palko v. Connecticut", 302 U.S. (1937)].

[13]The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, op. cit., p. 1284.

[14]347 U.S. 497, 499-500 (1954).

[15]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.º 1, p. 197.

[16]Taft foi o único Presidente dos Estados Unidos que se tornou juiz da 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 the Law", Congressional Quarterly Inc., 3rd ed., 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 ("U.S. District Court for the Sixth Circuit"), professor da "Cincinnati Law School" e governador-geral do Protetorato 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, D.C., editado por CUSHMAN, Clare, Congressional Quarterly, 1993, pp. 342 e ss.).

[17]"Truax v. Corrigan", 257 U.S. 312, 331 (1921). Cf. "The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, ob. cit., p. 1295.

[18]A pronúncia é a mesma de "cook" – cozinheiro (Cf. POUND, Roscoe, "The development of constitutional guarantees of liberty", Yale University Press, 1957, p. 42).

[19]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 Staatslehre", ob. cit., p. 162).

[20]POUND (ob. cit., p. 48) chega mesmo a dizer que o Segundo Instituto de Coke era uma verdadeira "Bíblia legal" para os advogados das 13 Colônias inglesas na América.

[21]"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"

bem. Coke, ao comentar o capítulo 39 da *Magna Carta*, escrita em latim, mostra que a expressão *per legem terrae* se remonta ao reinado de Edward III e era equivalente ao *due process of law*[22]. 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*"[23].

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"[24].

Tem-se evitado definir o *due process of law*[25]. 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"[26].

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Twining v. New Jersey*,[27] 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*,[28] 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[29], em *Solesbee v. Balkcom*[30], 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* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo".

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[31].

(ob. cit., p. 43).

[22]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", cit. , p. 1281). 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 a adotar a cláusula "due process of law" da Constituição dos Estados Unidos (Cf "The Constitution of the United States of America – Analysis and Interpretation", cit., p. 1282).

[23]"Textos históricos do direito constitucional", organizado pelo Professor MIRANDA, Jorge, Lisboa, Imprensa Nacional, 1980, p. 15.

[24]"The American Federal Government", McGraw-Hill Book Company, Inc., 2nd ed., 1950, p. 139.

[25]Karl Loewenstein, em sua "Verfassungsrecht und Verfassungspraxis..., 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".

[26]"The General Principles of Constitucional Law in the United States of America", Boston, Little, Brown, and Co., 1931, p. 279.

[27]Mencionado na nota de rodapé n.º 10.

[28]169 U.S. 366, 389 (1898).

[29]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 vinte, 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", ob. cit., pp. 386 e ss.).

[30]339 U.S. 9, 16 (1950).

[31]Em "Verfassungsrecht und Verfassungspra

Casos

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[32]. Assim, nos Estados Unidos a cláusula constitucional era limitativa tanto para o legislativo quanto para o executivo e até para o próprio judiciário[33]. Por outro lado, o *due process* não tinha só natureza processual (garantia), mas também material (*substantive law*)[34]. 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 competentes para esmiuçar a substância ou o conteúdo das leis federais e estaduais"[35]. 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"[36]. O *Justice* John M. Harlan procurou mostrar em *Poe v. Ullman*[37] 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".

O substantive due process

Laurence Tribe, em sua obra *Constitutional Choices*[38], 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 propriedade privada e o respeito à liberdade de contratar[39]. A Constituição americana

xis...", p. 510. Loewenstein lembra que o conteúdo e as fronteiras do "due process" resultam de puro casuísmo (Inhalt und Grenzen sind rein kasuistisch umrissen).

[32]"Marbury v. Madison", 5 U.S. 137 (1893). REHNQUIST, William H., "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 tornava 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 queriam 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".

[33]Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co., 18 How. (59 U.S.) 272, 276 (1856).

[34]WILLOUGHBY, ob. cit., p. 726.

[35]FERGUSON and MCHENRY, ob. cit., p. 139.

[36]110 U.S. 531-532, 535 (1884).

[37]367 U.S. 497, 540, 541 (1961).

[38]Harvard University Press, 1985, pp. 10 e ss.

[39]Em Coppage v. Kansas, 236 U.S. 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, ob. cit., p. 275, nota de rodapé n.º 9). No famoso caso "Lochner v. New York", 198 U.S. (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 das leis, expressar a vontade do povo. Mas, como explica WELLINGTON, Harry H., "Interpreting the Constitution – the Supreme Court and the process of adjudication", New Ha-

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[40]. 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[41]. No tocante ao *judicial review* de decisões de tribunais militares, tem havido divergência na Suprema Corte. Assim, no caso *Yamashita*[42], 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*[43], onde ficaram vencidos os *Justices* Hugo Black, Harold Burton e William Douglas.

Para terminar este artigo, que já vai longe, quero relembrar um dos temas mais polêmicos que continua 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 ainda solucionado a contento a questão, é o *Roe v. Wade*[44]. 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)[45], 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.º 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.

ven, 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.

[40]Cf. TRIBE, ob. e pp. cit.

[41]"United States v. Ju Toy", 198 U.S. 253, 263 (1905). "Quon Quon Poy v. Johnson" 273 U.S. 352 (1927).

[42]327 U.S. 1 (1946).

[43]339 U.S. 763 (1950).

[44]410 U.S. 113 (1973).

[45]TRIBE, Laurence H., "God save this honorable court", New York, New American Library, 1985, p. 17.