

O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL NOS PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: UM CONTRIBUTO PARA A HISTÓRIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW IN THE UNITED STATES SUPREME COURT: A HISTORY OF PROCEDURAL SAFEGUARDS

EDILSON VITORELLI*

RESUMO

O presente trabalho reconstrói o histórico de formação da garantia do devido processo processual legal a partir dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Além de lançar luz sobre o período histórico de formação da garantia, que se transformaria no centro de gravidade do processo civil contemporâneo, com elevada influência sobre a doutrina brasileira, pretende-se esclarecer que, apesar de sua importância, a garantia é vista, atualmente, como instrumental à proteção dos direitos materiais, devendo ser ponderada com outros valores relevantes que incidam sobre o caso.

PALAVRAS-CHAVE: História do processo. Devido processo legal. Suprema Corte dos Estados Unidos.

ABSTRACT

This paper aims to reconstruct the history and evolution of the procedural due process of law in the United States Supreme Court Precedents. Besides casting light over the period of the formation of this procedural safeguard, that would become the center of modern civil procedure, exerting considerable influence over Brazilian scholars, the purpose of the paper is to clarify that, however important, due process is currently seen as an instrumental safeguard, subject to ponderation with other values at stake in the case.

KEYWORDS: History of civil procedure. Due process of law. The United States Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O devido processo legal é a garantia matriz do processo contemporâneo. Dela podem ser derivadas todas as demais garantias que, nos países ocidentais, delineiam aquilo que se espera como

* Professor Adjunto da Universidade Presbiteriana Mackenzie e na Escola Superior do Ministério Público da União Procurador da República. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting Scholar na Stanford Law School e visiting researcher na Harvard Law School. E-mail: edilsonvitorelli@gmail.com.

um processo minimamente adequado a cumprir seus objetivos. O devido processo legal, note-se, não é uma garantia democrática. Ela precede os sistemas democráticos contemporâneos e teve papel não desprezível mesmo no período das monarquias absolutas europeias. A democracia moderna abraçou o devido processo, não o produziu.

Ocorre que a formulação da garantia, desde sua introdução, se valeu de palavras de significado aberto, permitindo que o conteúdo do que seria o processo “devido” variasse amplamente ao longo da história e nos diferentes países. Como bem observou Andrew Hyman, a ambiguidade da expressão têm mantido o Judiciário ocupado há muitas gerações¹. Hyman, por exemplo, se indaga se “devido” seria o processo previsto de acordo com o direito positivo, ou se seria um processo adequado com princípios judicialmente definidos de liberdade e justiça.

O objetivo do presente trabalho é reconstruir a formação do devido processo legal processual na jurisprudência norte-americana, de sua origem colonial até a década de 1970, quando ele ganhou os contornos que até hoje exhibe. A proposta se justifica em virtude da influência exercida pelo pensamento norte-americano sobre a doutrina brasileira e, conseqüentemente, sobre as decisões judiciais aqui produzidas².

Observe-se que o trabalho não abordará a versão substancial da garantia do devido processo legal (*substantive due process*), que é a leitura, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, das cláusulas processuais da 5^a e 14^a Emendas à Constituição para delas extrair direitos materiais. O motivo da exclusão desse aspecto decorre de sua pouca relevância para o leitor brasileiro: o que levou a Suprema Corte a sustentar que direitos materiais poderiam decorrer da garantia do devido processo legal foi a exiguidade do texto constitucional estadunidense. No Brasil, a exuberância do texto constitucional de

1 HYMAN, 2005, p. 1-51.

2 Observe-se que o presente texto enfoca apenas o chamado devido processo legal processual (*procedural due process*) e não o devido processo legal substancial (*substantive due proces*), que merece abordagem completamente distinta. Ver, por exemplo, WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. In: Yale Law Journal, vol. 120, 2010, p. 408-512.

1988, pródigo em garantir direitos, dispensa e contraindica esse tipo de estratégia.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL DO PERÍODO COLONIAL ATÉ O INÍCIO DO SÉCULO XX

2.1 ORIGENS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A expressão *due process of law*, da qual deriva o termo “devido processo legal”, é, conforme recorrentemente se observa, oriunda da Magna Carta, embora não em sua versão original, de 1215, mas em uma reedição abreviada, de 1354³. Há, é certo, antecedentes da fórmula adotada na Magna Carta, como aponta Rodney Mott⁴, que encontra em um decreto de Conrado II, Imperador do Sacro Império Romano, datado de 28 de maio de 1037, a vedação de que alguém seja privado de sua vida sem um julgamento de seus pares (*iudicium parium*). Mais ainda, se se estiver disposto a abandonar a questão da fórmula propriamente dita, para considerar o seu conteúdo, é perceptível que, desde a antiguidade existia uma noção

3 Em 1215, a Cáusula 39 da Magna Carta continha a seguinte redação, na tradução inglesa usualmente referida, a partir do original em latim: “No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”. Em 1354, essa cláusula foi transposta para o n° 29 e passou a ostentar a seguinte redação: “No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law”. Há uma dúvida histórica considerável sobre a possibilidade de se reputar a expressão “law of the land”, contida na redação original da Carta, como sinônimo de “due process of law”. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda em 1877, ao julgar *Davidson v. New Orleans*, chegou a fazer essa referência, mas Keith Jurow afirma categoricamente que se trata de um erro: “despite the attempt by Coke to define “per legem terrae” in chapter twenty-nine of Magna Carta as “due process of law,” the two clauses never meant the same thing in English law. Unlike the term “by the law of the land,” an ambiguous phrase over whose meaning Englishmen argued for centuries and spilled a considerable amount of blood, the term “due process of law” and the word “process” were always used in the most precise and consistent way”. JUROW, Keith. *Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law*. In: *The American Journal of Legal History*, vol. XIX, 1975, p. 265-279.

4 MOTT, 1926, p. 1.

de que um processo era considerado necessário, ou seja, devido, para que determinado ato jurídico fosse praticado. É possível extrair, por exemplo, da Apologia de Sócrates, princípios de organização do procedimento judicial que eram considerados devidos pelos gregos. Na obra, o processo contra Sócrates é iniciado por um cidadão, Meleto, existem regras para a composição do tribunal julgador, Sócrates tem ciência do que e por quem está sendo acusado e oportunidade de apresentar sua defesa antes da decisão⁵. Mesmo sem a formulação explícita de uma garantia, a noção de que a condenação deveria ser antecedida por um processo e que esse processo não se organizava *ad hoc*, mas a partir de standards previamente definidos, não era original quando foi inserida na Magna Carta.

Adicionalmente, a Magna Carta não era mais que um dos muitos acordos realizados, durante a Idade Média, entre o soberano inglês e a nobreza que lhe era vinculada⁶. Naquele momento, seria impossível imaginar que o documento e, com ele, o *due process of law* adquiriria a importância histórica que veio a ostentar, ainda mais quando se considera que, até o incidente com a dinastia Stuart, que levou à redação da *Petition of Rights*, em 1628, as referências conhecidas à aplicação da Magna Carta no direito inglês são esporádicas⁷. A importância da cláusula do *due process* deriva, em grande medida, da expressa introdução de seus termos nas Constituições

5 PLATÃO, 1973, p. 485-511.

6 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 6. No mesmo sentido, Robert Mott afirma que a Magna Carta foi apenas um acordo pessoal entre o rei e as classes altas enfurecidas. MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926, p. 4. Ver também, sobre o assunto, CARNEIRO, Maria Francisca. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999; PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e Evolução do Devido Processo Legal Substantivo: o Controle da Razoabilidade das Leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.

7 MOTT, op. cit., p. 6.

dos Estados Unidos, tanto as estaduais⁸ quanto a nacional⁹, esta por intermédio da 5ª e da 14ª Emendas¹⁰. A dificuldade, todavia, tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos, é que a cláusula não tem qualquer conteúdo normativo auto-evidente, já que não esclarece qual processo seria devido. O sentido de um processo devido só pode ser estabelecido em relação a um contexto jurídico, não abstratamente.

2.2 O DEVIDO PROCESSO NO PERÍODO COLONIAL E NA FORMULAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

No período colonial norte-americano, há registros de aplicação do devido processo legal tanto na esfera penal, quanto em litígios privados de natureza civil, usualmente relacionados à

-
- 8 As Constituições dos estados de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, que viriam a compor os Estados Unidos, já citavam a garantia. Ainda no período colonial, Robert Mott faz referência a documento elaborado pelos colonos de Massachusetts, em 1641, que parafrasearam a Magna Carta em uma versão mais popular. Esse documento foi copiado pela colônia de Connecticut, em 1650, ao passo que New Haven substituiu “due process of law” por “the scriptures”. MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the “law of the land”*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926, p. 10-14.
- 9 Para uma exposição histórica do devido processo legal no direito inglês e nos Estados Unidos, ver também MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 1-39. Ver também NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.
- 10 O trecho relativo à cláusula do devido processo, na 5ª Emenda, é o seguinte: “nor shall [any person] be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”. Já na 14ª Emenda, o teor da cláusula é “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, ainda em 1945, que as duas referências constituem sinônimos. Cf. *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401. Há, entretanto, controvérsias quanto a essa sinonímia. Ryan Williams realiza um detalhado estudo histórico da edição das duas emendas para concluir que apenas a 14ª tem um significado original amplo o bastante para acomodar uma forma reconhecível de devido processo legal substantivo. Essa questão será retomada do item subsequente. WILLIAMS, Ryan C. The one and only substantive due process clause. In: *The Yale Law Journal*, vol 120, n. 3, 2010, p. 408-512.

propriedade da terra. De acordo com Rodney Mott, no caso *Lessee v. Beale*, julgado em Maryland em 1726, ficou estabelecido que o devido processo legal exigia notificação e oitiva dos interessados antes que o litígio fosse resolvido¹¹. Há, ainda, inúmeras referências à Magna Carta e, de modo específico, ao devido processo legal, nos escritos do período revolucionário, que levaria à independência dos Estados Unidos¹².

Apesar da existência, nos Estados Unidos, de pensadores defendendo a visão de que os direitos consagrados na Magna Carta deveriam constar do texto originário da Constituição, essa ideia estava longe de ser unânime e foi levada à assembleia tardiamente. A possibilidade de que o dissenso atrasasse a promulgação do texto fez com que a ideia não frutificasse¹³. Com a aprovação da Constituição, os anti-federalistas passaram a criticar o documento, com o fundamento de que dava excessivos poderes ao Congresso Nacional, tanto sobre os estados, quanto sobre os cidadãos, motivo pelo qual defendiam a aprovação de normas que limitassem esse poder. Tal debate foi exacerbado durante a ratificação da Constituição pelos estados e, quando ela foi aprovada e o primeiro Congresso iniciou sua sessão, havia 103 propostas de Emendas Constitucionais para que se estabelecesse um *Bill of Rights*¹⁴.

Rodney Mott ressalta que os registros das sessões legislativas naquele momento não eram completos, de maneira que há lacunas na definição de qual era o entendimento da cláusula do devido processo para os legisladores que aprovavam a 5ª Emenda. Entretanto, é sabido que o texto praticamente não encontrou oposição no Congresso, nos estados ou do povo, sendo possível deduzir que havia um certo acordo sobre o seu escopo geral, enquanto cláusula limitadora do abuso do poder do governo, ainda que não houvesse certeza quanto a um significado exato. O autor considera uma hipótese aceitável, naquele contexto, que a norma fosse lida como

11 MOTT, 1926, p. 107-111.

12 Idem, p. 140.

13 Idem, p. 145.

14 Idem, p. 154.

uma vedação geral à tirania e ao abuso de poder, em todos os níveis. Todavia, em *Barron v. Baltimore*¹⁵, a Suprema Corte entendeu que as oito primeiras emendas não se aplicavam aos estados, mas apenas ao governo federal, o que motivou, após a Guerra de Secessão, a inclusão da cláusula do devido processo legal, com texto idêntico ao que constava na 5ª Emenda, também na 14ª Emenda.

Curiosamente, mais uma vez, o devido processo foi o item menos discutido nos debates para aprovação da 14ª Emenda. Para Mott, isso decorre da indefinição do conceito para os membros do Congresso, já naquele momento, em 1866. Esses membros teriam uma noção superficial do significado dessa norma e considerariam que as minúcias de seu alcance eram um problema de interpretação jurídica e, portanto, deveria ser deixado para os tribunais¹⁶. Em sentido similar, Edward Eberle afirma que já havia uma compreensão, a partir da 5ª Emenda, para indicar ao legislador constituinte de reforma, ainda que minimamente, qual era o sentido da expressão que ele viria a adotar na nova alteração constitucional¹⁷. Laurence Rosenthal afirma que o devido processo legal foi propositadamente inserido na Constituição dos Estados Unidos nesses termos genéricos, para que pudesse evoluir ao longo do tempo. O legislador não teria a intenção de consagrar como devido o processo existente naquele momento histórico¹⁸. Assim, a extrema abertura da cláusula, ainda que hoje pareça incômoda, não deixa de ser responsável pelo seu sucesso e permanência ao longo da história.

Mott encontra situação de similar obscuridade quando analisa os tratados jurídicos do século XIX. Alguns sequer explicam o

15 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

16 MOTT, op. cit., p. 165. Em sentido similar, reconhecendo que o entendimento original do devido processo era nebuloso e incompleto, ROSENTHAL, Lawrence. Does due process have an original meaning? On originalism, due process, procedural innovation... and parking tickets. In: *Oklahoma Law Review*, vol. 60, n. 1, 2007, p. 1-52.

17 EBERLE, 1987, p. 339-362. Ver também CORWIN, 1911, p. 366-385.

18 ROSENTHAL, Lawrence. Does due process have an original meaning? On originalism, due process, procedural innovation... and parking tickets. In: *Oklahoma Law Review*, vol. 60, n. 1, 2007, p. 1-52: "Moreover, in light of the primitive state of due process jurisprudence in 1868, surely the Framers could not have doubted that due process jurisprudence would continue to evolve by common-law methods". Citação p. 42-43.

significado do devido processo legal, por o considerarem absolutamente evidente. Aqueles que buscavam fornecer um significado para a expressão se dividiam em duas correntes. A primeira, dos que lhe atribuíam sentido eminentemente penal¹⁹ que, segundo Rodney Mott, eram, com a exceção do juiz Story²⁰, menos respeitados e citados pela jurisprudência. A segunda, que partia do pensamento de John Adams, era capitaneada por Thomas Cooley, que publicou, em 1868, uma obra específica sobre as limitações constitucionais ao poder legislativo²¹, a qual, por sua influência, é reeditada ainda na atualidade. Cooley se baseia em uma decisão da Suprema Corte para definir o devido processo legal como a garantia de que os direitos dos cidadãos, estabelecidos na “lei da terra” (*law of the land*)²², serão respeitados por todos os poderes do Estado. Por essa razão, o devido processo exige que o interessado seja ouvido antes de ser julgado e que seja condenado antes de ser desapossado de seus bens.

O trabalho de Cooley teve o efeito colateral de influenciar os juristas posteriores a ele a uma análise da cláusula do devido processo muito voltada para a proteção da propriedade. Cooley era um cuidadoso sistematizador de casos, característica valiosa no sistema da *common law*, e isso fez com que ele percebesse que a propriedade era muito mais dada a causar conflitos jurídicos do que os direitos pessoais, direcionando para ela o enfoque de seu trabalho²³. A influência da conotação econômica do devido processo

19 SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 235 considera que o âmbito penal era o objetivo da cláusula, o que, conforme se verifica no texto, não é historicamente incontroverso. Em *Noble v. Union River Logging*, de 1893 (147 U.S. 165), a Suprema Corte aplicou o devido processo a uma pessoa jurídica.

20 É preciso dizer que essa é uma exceção significativa. Joseph Story foi um dos maiores juristas norte-americanos do século XIX, autor de mais de uma dezena de livros extremamente influentes em sua época. Foi juiz da Suprema Corte entre 1811 e 1845, permanecendo, até hoje, o juiz mais jovem a ser indicado para tal magistratura, aos 32 anos de idade. Uma estátua sua, de corpo inteiro, se encontra no hall de entrada da biblioteca da Harvard Law School, que é a maior biblioteca de Direito do mundo.

21 COOLEY, 1903, p. 506.

22 Sobre esse conceito, ver BERGER, Raoul. *Law of the Land Reconsidered*. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 74, n. 1, 1979, p. 1-30.

23 MOOT, op. cit., p. 188.

legal levaria, futuramente, à decisão de *Lochner v. New York*²⁴ e à era do devido processo legal econômico. Enquanto isso, em relação às garantias propriamente processuais, a Suprema Corte, nesse período, se mostrou bastante leniente com as normas processuais dos estados, outorgando-lhes considerável autonomia para que estabelecessem regras de processo como melhor lhes conviesse²⁵.

2.3 CONTROVÉRSIAS NO SÉCULO XIX: O “DEVIDO” DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ao longo do século XIX, antes, portanto, do período do devido processo legal econômico, a jurisprudência norte-americana, mesmo com dificuldades, avançou na construção de um conteúdo para a cláusula do devido processo legal, direcionando-o à restrição da atuação do Poder Legislativo. Em *Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*²⁶, a Suprema Corte afirmou que a interpretação do devido processo não pode ser tal que deixe o Congresso livre para transformar qualquer processo em devido²⁷. Para o juiz Curtis, o processo devido, ou seja, apropriado, é aquele que, primeiramente, não conflita com outras disposições constitucionais e, em

24 198 U.S. 45 (1905).

25 MYKKELTVEDT, Roald Y. Procedural due process: the fair trial rule revisited. In: *Mercer Law Review*, vol. 24, 1973, p. 621-649: “...the Court indicated that it was not inclined to use the due process clause to impose a rigid set of procedural norms on state courts. In sharp contrast to its use of the due process clause to conduct a vigorous assault on “unreasonable” state laws regulating the use of private property, the Court assumed and maintained for a prolonged period a tolerant, deferential attitude toward the actions of state courts, only rarely finding that state criminal proceedings denied due process”.

26 *Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856). O juiz Curtis afirmou: “That the warrant now in question is legal process is not denied. It was issued in conformity with an act of Congress. But is it “due process of law?” The Constitution contains no description of those processes which it was intended to allow or forbid. It does not even declare what principles are to be applied to ascertain whether it be due process. It is manifest that it was not left to the legislative power to enact any process which might be devised. The article is a restraint on the legislative, as well as on the executive and judicial, powers of the government, and cannot be so construed as to leave Congress free to make any process “due process of law,” by its mere will”.

27 Andrew Hyman sustenta opinião diametralmente oposta, afirmando: “The present

segundo lugar, que seja correspondente aos usos e modos de proceder consolidados, valorizando, portanto, a tradição da *Common Law*. Assim, o devido processo exige que as partes tenham oportunidade de apresentar seus argumentos de modo regular, que haja direito de resposta e o julgamento seja feito de acordo com algum curso pré-estabelecido de procedimentos judiciais²⁸.

A formulação, ainda que contenha alguns parâmetros, não resolve todas as dificuldades, uma vez que não define o conteúdo de cada um desses elementos – o que seria a apresentação regular de argumentos, como se daria o direito de ser ouvido ou os procedimentos de julgamento. Mesmo que tenha ficado estabelecido que o Congresso não pode transformar qualquer processo em devido processo, isso não permite saber quais elementos do processo são devidos e quais não são. A própria Suprema Corte, em momento posterior, questionou se esse teste da *Common Law* significaria atar o juiz aos procedimentos do período colonial²⁹. Por essa razão, o juiz Moody, em 1908, preferiu confiar em uma definição genérica, asseverando que “esta corte nunca tentou definir com precisão as palavras ‘devido processo legal’... é suficiente dizer que há certos princípios imutáveis de justiça que são inerentes à ideia de governo livre, que nenhum membro da União pode desconsiderar”³⁰.

article does not dispute that various other constitutional provisions do grant the judiciary considerable flexibility to exercise restraint upon Congress and upon the states. Nor does the present article dispute that the Due Process Clause allows the judiciary to determine what is “due” based upon other factors when no pertinent positive law requirement exists, assuming that Congress intended the judiciary to fill up those details. However, when a pertinent positive law requirement exists, then it generally controls what is “due.” HYMAN, Andrew T. The little word “due”. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51, citação p. 2-3.

28 Apesar de todos esses aportes teóricos acerca do devido processo, no caso, a decisão da Corte foi pela legalidade do procedimento impugnado.

29 Em *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908) o juiz Moody afirmou: “It does not follow, however, that a procedure settled in English law at the time of the emigration, and brought to this country and practiced by our ancestors, is an essential element of due process of law. If that were so, the procedure of the first half of the seventeenth century would be fastened upon the American jurisprudence like a straightjacket, only to be unloosed by constitutional amendment. That, said Mr. Justice Matthews, in the same case, p. 110 U. S. 529, “would be to deny every quality of the law but its age, and to render it incapable of progress or improvement.” *Holden v. Hardy*, 169 U. S. 366, 169 U. S. 388; *Brown v. New Jersey*, 175 U. S. 172, 175 U. S. 175”.

30 *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908).

Em razão da generalidade do requisito, Rodney Mott afirma que a Suprema Corte adotou conduta bastante contida na anulação de atos governamentais, tendo como base, exclusivamente, a cláusula do devido processo legal: até 1924, ou seja, quase setenta anos após a edição da 14^a Emenda, apenas quatro atos do Congresso foram reputados inconstitucionais por violação ao devido processo. Em três deles, a decisão foi amparada também em outras disposições constitucionais³¹. A única decisão que se fundou exclusivamente na cláusula do devido processo como limitação legislativa, nesse período, foi *Adkins v. Children's Hospital*³², entretanto, com base no aspecto substancial do devido processo.

Apesar desses pronunciamentos relativamente escassos, o entendimento jurisprudencial estabeleceu a base para a afirmação de dois requisitos que seriam fundamentais para qualquer processo: *notice and hearing*, ou seja, ciência do processo e oportunidade de ser ouvido antes do julgamento³³. Mott cataloga uma série de decisões, ainda no século XIX, que exigem a ciência e oitiva antes que alguém possa ser privado de sua propriedade³⁴. Na Suprema Corte é possível encontrar julgados, desde *Davidson v. New Orleans*³⁵,

31 MOOT, Rodney, op. cit., p. 205. Um caso foi decidido com base no direito de não autoincriminação, outro na cláusula do comércio interestadual e o terceiro com base na 6^a Emenda.

32 261 U.S. 525 (1923). A decisão julgou inconstitucional a fixação de salário mínimo para as mulheres, ao argumento de que a lei violava a liberdade de contratação, que é um aspecto da liberdade protegida pela cláusula do devido processo.

33 Nos Estados Unidos, é preciso acrescentar, um terceiro elemento foi visto como essencial para o devido processo desde o período colonial, ainda que com status inferior ao *notice and hearing*: o julgamento pelo júri. Esse elemento, todavia, não será tratado aqui, uma vez que não tem qualquer relação com o sistema de processo civil adotado no Brasil. Em *Bank of Columbia v. Okely* 17 U.S. 235 (1819), a Suprema Corte afirmou que não seria constitucional uma norma do Estado de Maryland que excluísse o julgamento pelo júri, embora, no caso, tenha entendido que a norma questionada, de fato, não o fez. Edward Eberle assinala ainda outras situações em que a Corte admitiu que os julgamentos não fossem feitos pelo júri, como no contexto militar e marítimo. EBERLE, Edward J. Procedural due process: the original understanding. In: *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 339-362.

34 Op. cit., p. 217-218, nota de rodapé.

35 *Davidson v. New Orleans* 96 U.S. 97 (1878). O juiz Miller afirmou: “Before the assessment could be collected, or become effectual, the statute required that the tableau

fazendo referência à necessidade de que aquele que será atingido pela decisão seja ouvido antes da sua adoção³⁶.

É indubitoso que a Corte percebeu que mesmo esses requisitos simples acarretavam dificuldades, que demandaram decisões para aparar as arestas da garantia. Fora da seara do processo judicial, discutia-se até que ponto a garantia do devido processo legal condicionaria a atividade do Estado. Por exemplo, no caso de aumento de tributos, não há como se impor a notificação prévia de todos os contribuintes, sob pena de se inviabilizar a atividade arrecadatória³⁷. A Suprema Corte também entendeu que devedores tributários poderiam ser notificados mediante publicação em jornal³⁸. Ainda nesse campo, afirmou que, se há caráter objetivo na imposição do tributo, não há necessidade de prévia oitiva ou notificação³⁹.

of assessments should be filed in the proper District Court of the State; that personal service of notice, with reasonable time to object, should be served on all owners who were known and within reach of process, and due advertisement made as to those who were unknown, or could not be found. This was complied with, and the party complaining here appeared, and had a full and fair hearing in the court of the first instance, and afterwards in the Supreme Court. If this be not due process of law, then the words can have no definite meaning as used in the Constitution”.

36 Ver também *Paulsen v. Portland*, 149 U.S. 30 (1893): “for notice to and hearing of each proprietor at some stage of the proceedings, upon the question what proportion of the tax shall be assessed upon his land, there is no taking of his property without due process of law”. No mesmo sentido, *Grannis v. Ordean*, 234 U.S. 385 (1914): “The fundamental requisite of due process of law is the opportunity to be heard”.

37 *State Railroad Tax Cases*, 92 U.S. 575 (1875): “When they raise it in any county, they necessarily raise it on the property of every individual who owns any in that county. Must each one of these have notice and a separate hearing? If a railroad company is by law entitled to such notice, surely every individual is equally entitled to it. Yet if this be so, the expense of giving notice, the delay of hearing each individual, would render the exercise of the main function of this board impossible. The very moment you come to apply to the individual the right claimed by the corporation in this case, its absurdity is apparent”.

38 *McMillen v. Anderson*, 95 U.S. 37 (1877).

39 *Hagar v. Reclamation District*, 111 U.S. 701 (1884): “Yet there can be no question that the proceeding is due process of law, as there is no inquiry into the weight of evidence, or other element of a judicial nature, and nothing could be changed by hearing the taxpayer. (...) Thus, if the tax on animals be a fixed sum per head, or on articles a fixed sum per yard or bushel or gallon, there is nothing the owner can do which can affect the amount to be collected from him. So if a person wishes a license

No âmbito do direito administrativo, a Corte inicia, no século XIX, um debate ainda não concluído, acerca dos limites da extensão, à atividade da administração, do devido processo legal, sobretudo quando se trata de atuação relacionada ao exercício do poder regulamentar e do poder de polícia⁴⁰. Foi necessário que a Suprema Corte decidisse até mesmo que o devido processo legal, no âmbito administrativo, não inclui necessariamente o direito de julgamento pelo júri, sendo possíveis outras formas de procedimento decisório⁴¹.

to do business of a particular kind, or at a particular place, such as keeping a hotel or a restaurant, or selling liquors or cigars or clothes, he has only to pay the amount required by the law and go into the business”.

40 MOOT, op. cit., p. 220-239 elenca as seguintes exceções à regra geral: nas situações de atuação quase legislativa da administração, ou seja, de expedição de normas de caráter geral, não se costuma exigir a oitiva prévia como regra geral, mas há precedentes determinando que ela ocorra após a prática do ato. Por outro lado, quando a determinação é classificada como quase judicial, ou seja, relacionada à aplicação da norma preexistente ao caso, o direito de oitiva à quase sempre exigido (v.g. o notório *Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86 (1903), afirmando que “An administrative officer, when executing the provisions of a statute involving the liberty of persons, may not disregard the fundamental principles of due process of law as understood at the time of the adoption of the Constitution. Nor is it competent for any executive officer at any time within the year limited by the statute, to arbitrarily cause an alien who has entered the country, and has become subject in all respects to its jurisdiction, and a part of its population, although illegally here, to be arrested and deported without giving such alien an opportunity, appropriate to the case, to be heard upon the questions involving his right to be and remain in the United States”. No caso, entretanto, a Suprema Corte entendeu que o requisito foi cumprido. Essa diferenciação entre atos quase legislativos e quase judiciais é problemática e fruto de inúmeros questionamentos. V. EPSTEIN, Richard A. Coniston Corp v Village of Hoffman Hills: How to Make Procedural Due Process Disappear. In: *University of Chicago Law Review*, n. 74, 2007, p. 1689-1703. Ainda excepcionam a regra as necessidades urgentes da administração, embora se exija audiência posterior, a não admissão de estrangeiros no território nacional, dentre outros. Mott também frisa que a Suprema Corte entende que o direito de recorrer da decisão administrativa a um órgão superior não é entendido pela Corte como abrangido pelo devido processo legal. Nesse sentido, *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894), afirmando que “An appeal to a higher court from a judgment of conviction is not a matter of absolute right, independently of constitutional or statutory provisions allowing it, and a state may accord it to a person convicted of crime upon such terms as it thinks proper”.

41 *Auffmordt v. Hedden*, 137 U.S. 310 (1890).

Já no início do século XX, a Suprema Corte afirmou, em *Londoner v. Denver*⁴², que, embora a 5ª Emenda tenha um caráter vago, obscuro e genérico, ela exige, como regra geral, que, em algum momento do processo, administrativo ou judicial, o interessado seja, de alguma forma, notificado e tenha a oportunidade de ser ouvido. Essa oportunidade de ser ouvido significa o direito de apresentar argumentos em favor de sua posição, mesmo que brevemente, e prová-los, ainda que informalmente. Esse seria o ponto de partida da construção e do debate posterior da garantia, que se seguiria no século XX.

3 DEFININDO OS ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: O SÉCULO XX NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

Ao longo do século XX, a jurisprudência norte-americana dividirá suas considerações sobre o devido processo legal em duas profícuas vertentes: a procedimental e a substancial⁴³. A primeira é a que interessa mais diretamente ao presente estudo, uma vez que o devido processo legal substancial não é uma regra de processo,

42 210 U.S. 373 (1908). “The fifth assignment, though general, vague, and obscure, fairly raises, we think, the question whether the assessment was made without notice and opportunity for hearing to those affected by it, thereby denying to them due process of law. (...) due process of law requires that at some stage of the proceedings, before the tax becomes irrevocably fixed, the taxpayer shall have an opportunity to be heard, of which he must have notice, either personal, by publication, or by a law fixing the time and place of the hearing. (...) But we think that something more than that, even in proceedings for taxation, is required by due process of law. Many requirements essential in strictly judicial proceedings may be dispensed with in proceedings of this nature. But even here, a hearing, in its very essence, demands that he who is entitled to it shall have the right to support his allegations by argument, however brief, and, if need be, by proof, however informal”.

43 Os limites entre normas procedimentais e substanciais nos Estados Unidos são particularmente tormentosos para a jurisprudência, porque a Suprema Corte entendeu, em *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, (1938), que um juízo federal, julgando questão estadual em virtude da aplicação de normas de falência ou de litígio interestadual, deve aplicar as regras processuais federais e as regras materiais estaduais. Em relação ao devido processo, Frank Easterbrook objeta que não fez sentido permitir que o legislador defina o que é um direito – propriedade, por exemplo – e não permitir que ele defina o modo como alguém pode ser privado desse direito. EASTERBROOK, Frank. Substance and due process. In: *The Supreme Court Review*, 1982, p. 85-125.

mas um postulado a partir do qual a Suprema Corte extrai direitos materiais não expressamente previstos na lacônica Constituição norte-americana.

A Suprema Corte dos Estados Unidos chega ao século XX com uma noção vaga do conteúdo do devido processo legal procedimental, ora identificando-o a partir da tradição da *Common Law*, ora a partir de “princípios fundamentais de liberdade e justiça”⁴⁴ ou regras gerais de equidade no procedimento e, eventualmente, pela combinação de ambos. Observe-se que são parâmetros muito diferentes. A referência à tradição significa que o processo deverá ser considerado devido se decorre de uma prática histórica, estabelecida nas decisões judiciais pretéritas, enquanto o recurso a princípios abstratos permite que o Judiciário crie requisitos novos, não cogitados pelas decisões que constituem precedentes. Esse debate perpassa toda a polêmica da interpretação das normas constitucionais norte-americanas, não apenas no âmbito do processo civil. Mesmo com o texto antigo e lacônico, ainda há uma respeitável linha de juízes e autores que defendem que, em nome dos limites e restrições da atividade jurisdicional, o juiz deve interpretar a Constituição de acordo com a vontade do legislador constituinte, seja ele originário ou de reforma, esforçando-se em uma pesquisa histórica para descobrir esse significado à época da aprovação da norma⁴⁵.

Na primeira metade do século XX, continua predominando o laconismo nas aproximações conceituais ao devido processo legal, como se havia verificado no século XIX. O juiz Cardozo, em *Palko v. Connecticut*⁴⁶, afirmou que, para se qualificar como elemento do devido processo, um direito deve ser parte do esquema de liberdade ordenada adotado pelo país e, portanto, os homens

44 *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884), expressão do juiz Matthews.

45 Essa é a discussão entre autores originalistas e não originalistas. Sobre o tema, ver ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981. Ver também TRIBE, Laurence e MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014. Talvez o originalista mais notório na atualidade seja o juiz da Suprema Corte Antonin Scalia, recentemente falecido.

46 302 U.S. 319 (1937).

sensatos reconhecerão que negá-lo seria repugnante à consciência da humanidade. O juiz Roberts, em *Betts v. Brady*⁴⁷, se refere ao entendimento comum daqueles que vivem sob o sistema anglo-americano de leis e a um senso universal de justiça. A imprecisão dessas noções foi apontada pelos próprios juízes da Corte. Ainda no início do século, o juiz Moody já observava que é preciso ter cuidado para “não importar para a interpretação constitucional nossas visões pessoais do que seriam regras de governo sábias, justas ou adequadas, confundindo-as com limitações constitucionais”⁴⁸. De forma geral, os estudiosos apontam que a Corte buscou ser cuidadosa com esse subjetivismo, adotando como fontes para a definição do conteúdo do devido processo principalmente a análise histórica, tanto do entendimento da cláusula do devido processo, quando foi redigida, quanto o modo como os procedimentos eram conduzidos na Inglaterra e nas colônias americanas. A Corte ainda se valeu, em diversas ocasiões, do sentido que os tribunais inferiores, estaduais e federais, atribuíam a um determinado elemento processual, bem como das práticas adotadas nos estados⁴⁹.

Todos esses eram indícios de que uma prática estaria abrangida pelo devido processo legal. Se um elemento ou conduta processual é tradicionalmente considerado devido, então é provável que ele de fato o seja. Todavia, a porta do subjetivismo permanecia aberta. A Constituição garante o devido processo legal, mas não o conceitua, do mesmo modo que assegura, por exemplo, a propriedade, mas deixa para o legislador definir o que pode ser apropriado. Se a Corte não estabelece qualquer conteúdo para esses direitos, é como se a Constituição não existisse. Tudo ficaria ao alvedrio do legislador. Por outro lado, a falta de parâmetros para estabelecer esse conteúdo enseja o risco de que ele seja definido a partir de puro voluntarismo de nove juízes não eleitos. É essa a “dificuldade contramajoritária” que tanto incomodou Alexander Bickel⁵⁰.

47 316 U.S. 455 (1942).

48 *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 106-07 (1908).

49 MYKKELTVEDT, 1973, p. 621-649.

50 BICKEL, 1986.

3.1 FRANKFURTER E A NOVA JURISPRUDÊNCIA

Um crítico dessa tendência ao avanço dos limites da jurisdição foi o juiz Frankfurter, para o qual “esta Corte não traduz visões pessoais em limitações constitucionais”⁵¹. Para ele, o objetivo do devido processo seria proteger apenas os sentimentos mais permanentes e universais da sociedade. A afirmação mostra que a crítica é mais fácil que a construção da solução: Frankfurter não apresenta um critério para que se possa diferenciar o que são sentimentos universais da sociedade, meramente articulados pela Corte, das preferências subjetivas da maioria de seus juízes⁵². Com o tempo, o próprio Frankfurter, embora tivesse consciência de que a análise judicial de casos tende a gerar uma sucessão *ad-hoc* de ordens muitas vezes incompatíveis entre si ou com a justificação que as apoia⁵³, passou a adotar posicionamentos embasados em análise “racional”, com forte carga subjetiva, sempre negada por ele. Devido processo significa a equidade essencial e ele a define recorrendo à razão, a qual considerava “impessoal e comunicável”⁵⁴.

51 *Solisbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9, 16 (1950).

52 O mais próximo disso está no seu voto divergente em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): “As a member of this Court, I am not justified in writing my private notions of policy into the Constitution, no matter how deeply I may cherish them or how mischievous I may deem their disregard. The duty of a judge who must decide which of two claims before the Court shall prevail, that of a State to enact and enforce laws within its general competence or that of an individual to refuse obedience because of the demands of his conscience, is not that of the ordinary person. It can never be emphasized too much that one’s own opinion about the wisdom or evil of a law should be excluded altogether when one is doing one’s duty on the bench. The only opinion of our own even looking in that direction that is material is our opinion whether legislators could, in reason, have enacted such a law”.

53 *Larson v. Domestic & Foreign Commerce Corp.*, 337 U.S. 682 (1949).

54 Em voto concorrente em *AFL v. American Sash & Door Co.*, 335 U.S. 538 (1949) Frankfurter afirmou: “A court which yields to the popular will thereby licenses itself to practice despotism, for there can be no assurance that it will not, on another occasion, indulge its own will. Courts can fulfill their responsibility in a democratic society only to the extent that they succeed in shaping their judgments by rational standards, and rational standards are both impersonal and communicable. Matters of policy, however, are, by definition, matters which demand the resolution of conflicts of value, and the elements of conflicting values are largely imponderable. Assessment of their competing worth involves differences of feeling; it is also an exercise in prophecy. Obviously the

A crítica formulada por Frankfurter foi direcionada a ele próprio pelo juiz Black, que o acusava de estar reintroduzindo o direito natural na jurisprudência da Corte, por trás de análises supostamente racionais. Frankfurter o negava, assentando que sua noção de justiça⁵⁵, composta pela história, pela razão, pelas decisões pretéritas e pela fé na democracia permitiria a apreensão do sentido constitucional, bem como que o *due process* não seria um instrumento rígido, mas um processo delicado de ajuste, a ser feito por aqueles a quem a Constituição confiou tal missão⁵⁶, ou seja, pela Corte. Para o juiz, a contenção da subjetividade não era incompatível com o apelo iluminista de existência de uma razão alcançável por intermédio da sabedoria e do conhecimento⁵⁷. Afirmava a confiança na diferença entre uma decisão que decorra de revelação transcendental e outra que se funde na “consciência da sociedade verificada, tão bem quanto possível, por um tribunal disciplinado para a tarefa”⁵⁸.

Frankfurter foi um dos responsáveis pela nova força que ganharia a cláusula do devido processo legal na jurisprudência norte-americana, em meados do século XX, chegando a afirmar que “a história da liberdade é, em grande medida, a história da observância de salvaguardas processuais”.⁵⁹ O principal valor, todavia, da jurisprudência capitaneada por Frankfurter não foi seu sucesso

proper forum for mediating a clash of feelings and rendering a prophetic judgment is the body chosen for those purposes by the people. Its functions can be assumed by this Court only in disregard of the historic limits of the Constitution”.

55 Fairness, no original. A tradução dessa expressão como equidade é problemática, já que, em inglês, existem as expressões “justice” e “fairness”, as quais não têm correspondência precisa em outros idiomas.

56 STEVENS, 1987, p. 168.

57 Idem, p. 170.

58 *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), voto concorrente: “Decisions under the Due Process Clause require close and perceptive inquiry into fundamental principles of our society. The Anglo-American system of law is based not upon transcendental revelation, but upon the conscience of society ascertained as best it may be by a tribunal disciplined for the task and envired by the best safeguards for disinterestedness and detachment”.

59 *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943).

em estabelecer um conceito definitivo de devido processo, mas sua crítica ao viés de análise quase puramente histórico até então estabelecido. É esse o cerne de sua divergência com o juiz Black. A Corte tradicionalmente se amparava em elementos históricos, seja por intermédio dos precedentes, da história constitucional, ou mesmo da história colonial ou inglesa pré-colonial. Frankfurter e a Corte Warren fundamentarão suas decisões progressistas rompendo com a história e buscando uma fundamentação racional que, insistirão eles, tem caráter objetivo. O devido processo poderá deixar de ser, assim, uma simples salvaguarda de noções pré-estabelecidas, para se adaptar às inevitáveis mudanças da sociedade⁶⁰.

Um caso marcante do período é *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*⁶¹, no qual se questionava a constitucionalidade da classificação, feita pelo governo federal, de pessoas e entidades como subversivas, privando-as, por essa razão, de variados direitos. Tanto Black quanto Frankfurter, assim como a maioria da Corte, entenderam que a colocação de pessoas nessas listas, sem prévia notificação e audiência, violava o devido processo legal. Os argumentos de ambos, entretanto, foram distintos e representativos de seus respectivos estilos. Black se fundou na história da *Common Law*, encontrando uma referência do reinado de James II, em 1688, para sustentar sua opinião⁶². Frankfurter considerou o devido processo como valor profundamente enraizado na tradição

60 “Stability is an essential element of the law, and change there will be, and courts, as well as legislatures, are concerned with striking a balance. But life, liberty or property may not be taken without due process of law, and what is due process of law, and what is due is not immanent in what has been nor in what is coming to be”. STEVENS, Richard G. Book review of W. Mendelson, *Justices Black and Frankfurter: conflict in the court*. In: *William and Mary Law Review*, vol. 3, 1961, p. 216.

61 341 U.S. 123 (1951).

62 Em um caso bastante anterior, *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), o juiz Black já havia deixado clara sua indignação com o uso exagerado da cláusula do devido processo, em virtude de seu caráter genérico: “This decision reasserts a constitutional theory spelled out in *Twining v. New Jersey*, 211 U. S. 78, that this Court is endowed by the Constitution with boundless power under “natural law” periodically to expand and contract constitutional standards to conform to the Court’s conception of what, at a particular time, constitutes “civilized decency” and “fundamental liberty and justice”.

da sociedade americana e designado para mantê-la. O vício do ato impugnado era o fato de ter sido executado sem prévia notificação, sem dar aos interessados ciência das razões que o embasavam, acesso às provas e oportunidade de contraditá-las. A equidade do procedimento, afirma Frankfurter, é a essência do devido processo legal e ela deve ser assegurada mesmo nos tempos mais difíceis da nação. O conteúdo do devido processo não é fixo e apreensível por uma fórmula, mas representa uma atitude de justiça entre os homens e entre eles e o governo, sendo composto pela história, pelas decisões passadas e pela confiança na força da democracia⁶³. Também nesse período, o juiz Jackson afirmou que “a justiça e regularidade do processo constituem a essência indispensável da liberdade. Muitas leis severas podem ser suportadas se forem aplicadas de modo justo e imparcial”⁶⁴.

A dificuldade abordada pela Corte, um século antes, sobre saber se o processo devido é aquele previsto em lei, ou se a palavra “devido” condiciona a atividade do legislador, recebia uma resposta eloquente no sentido da restrição da atuação legislativa, embora ainda sem conteúdo muito bem determinado⁶⁵. Isso não se fez sem resistências. O juiz Black, em vários casos, ressaltou que o devido

63 “The requirement of “due process” is not a fair-weather or timid assurance. It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But “due process,” unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing, as it does in its ultimate analysis, respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, “due process” cannot be imprisoned within the treacherous 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. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process.” *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* 341 U.S. 123 (1951).

64 *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953).

65 Discutindo esse problema, HYMAN, Andrew T. The little word “due”. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51. Hyman é crítico da posição da Corte e sustenta que o devido processo não deveria ser utilizado para converter direito natural em direito positivo, for a do processo democrático.

processo legal, desde a Magna Carta, se referia a garantir que as pessoas fossem processadas de acordo com a *law of the land* e que, nos Estados Unidos, a lei da terra é a Constituição escrita e as leis aprovadas pelos órgão competentes⁶⁶. Logo, não faria sentido pretender dar conteúdo autônomo à palavra “devido”, para além do que a própria Constituição ou a lei específica como devido.

4 A DÉCADA DE 1970 E O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Apesar da polêmica entre Frankfurter e Black, as críticas à definição judicial dos elementos do devido processo legal acabaram não prevalecendo e a Corte adotaria, na década de 1970, as decisões que Henry Friendly⁶⁷ qualificou como “explosão do devido

66 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), voto divergente do juiz Black: “Our Constitution provides that no person shall be “deprived of life, liberty, or property, without due process of law.” The four words -- due process of law -- have been the center of substantial legal debate over the years. (...) While it is thus unmistakably clear that “due process of law” means according to “the law of the land,” this Court has not consistently defined what “the law of the land” means, and, in my view, members of this Court frequently continue to misconceive the correct interpretation of that phrase. (...) In those words is found the kernel of the “natural law due process” notion by which this Court frees itself from the limits of a written Constitution and sets itself loose to declare any law unconstitutional that “shocks its conscience,” deprives a person of “fundamental fairness,” or violates the principles “implicit in the concept of ordered liberty.” (...) I have set forth at length in prior opinions my own views that this concept is completely at odds with the basic principle that our Government is one of limited powers, and that such an arrogation of unlimited authority by the judiciary cannot be supported by the language or the history of any provision of the Constitution. (...) In my view, both Mr. Justice Curtis and Mr. Justice Moody gave “due process of law” an unjustifiably broad interpretation. For me, the only correct meaning of that phrase is that our Government must proceed according to the “law of the land” -- that is, according to written constitutional and statutory provisions as interpreted by court decisions. The Due Process Clause, in both the Fifth and Fourteenth Amendments, in and of itself, does not add to those provisions, but, in effect, states that our governments are governments of law, and constitutionally bound to act only according to law”.

67 FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 123, 1975, p. 1267. Friendly, que faleceu em 1986, foi juiz do 2º Circuito de Apelações por quase 20 anos e detém em sua biografia o marco histórico de ter sido o primeiro aluno a receber o seu grau *summa cum laude* na Harvard Law School, em 1927. A referência é do Jornal Harvard Crimson, de 23 de junho de 1927.

processo”⁶⁸. Em *Goldberg v. Kelly*⁶⁹, a Suprema Corte entendeu que aquele que está ameaçado de perder um benefício de seguridade social tem direito a ser notificado e ouvido antes da cessação. Não seria propriamente um julgamento, mas uma oitiva oral, perante uma autoridade imparcial, com direito de apresentar e questionar testemunhas, bem como de receber uma decisão escrita fundamentada, embasada apenas em normas jurídicas e nos fatos apurados na audiência. Assim, uma audiência informal não satisfaria essa necessidade.

Outra decisão relevante nesse período é *Wolff v. McDonnell*⁷⁰, de 1974, caso em que a Suprema Corte afirmou o direito dos presos serem ouvidos antes da adoção de medidas disciplinares em seu desfavor. O julgado está no contexto de um conjunto de outros casos relacionados ao devido processo legal em benefício de presos e condenados⁷¹ e ainda cita outras situações, entre votos majoritários e vencidos, nas quais a Suprema Corte já havia afirmado o direito

68 De fato, é impressionante a produção jurisprudencial e doutrinária desse período, acerca do devido processo legal. Um dos campos em que o debate foi mais acentuado foi o da sua intervenção no regime jurídico dos servidores públicos. Ver, na Suprema Corte, *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972) e *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972). Ver também *MIXON, Donn. Procedural due process and the teacher*. In: *Arkansas Law Review*, vol. 29, 1975, p. 87-103.

69 397 U.S. 254 (1970).

70 418 U.S. 539 (1974).

71 Em *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), a Suprema Corte impôs os seguintes requisitos para a revogação de liberdade condicional (parole): “(a) written notice of the claimed violations of parole; (b) disclosure to the parolee of evidence against him; (c) opportunity to be heard in person and to present witnesses and documentary evidence; (d) the right to confront and cross-examine adverse witnesses (unless the hearing officer specifically finds good cause for not allowing confrontation); (e) a ‘neutral and detached’ hearing body such as a traditional parole board, members of which need not be judicial officers or lawyers; and (f) a written statement by the factfinders as to the evidence relied on and reasons for revoking parole”. Em *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U. S. 778 (1973), os mesmos requisitos foram estendidos para a constatação de descumprimento de condições de penas alternativas (probation). Discutindo esse problema, ver REA, John C. *Procedural Due Process in Parole Release Decisions*. In: *Arizona Law Review*, vol. 18, 1976, p. 1023-1060. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já analisou diversos casos semelhantes, também no âmbito da execução penal, afirmando, assim como nos Estados Unidos, o direito de o condenado ser ouvido antes que a falta cometida durante a execução penal surta efeito. V. HC 196.126/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 22/05/2012.

de alguém ser ouvido antes de decisões que o afetem⁷², sendo tal elemento essencial ao devido processo⁷³. Enfim, a cláusula do *due process* seria estendida, nesse período, aos mais variados contextos, como os relativos a direitos de motoristas de veículos, empregados, estudantes e outros tantos referidos nas 798 notas de rodapé do detalhado trabalho de Doug Rendleman⁷⁴.

A partir de *Wolff v. McDonnell*, Henry Friendly tenta estabelecer os elementos essenciais a um *fair hearing*⁷⁵. Embora o autor

72 “This analysis as to liberty parallels the accepted due process analysis as to property. The Court has consistently held that some kind of hearing is required at some time before a person is finally deprived of his property interests. *Anti-Fascist Committee v. McGrath*, 341 U. S. 123, 341 U. S. 168 (1951) (Frankfurter, J., concurring). The requirement for some kind of a hearing applies to the taking of private property, *Grannis v. Ordean*, 234 U. S. 385 (1914), the revocation of licenses, *In re Ruffalo*, 390 U. S. 544 (1968), the operation of state dispute settlement mechanisms, when one person seeks to take property from another, or to government-created jobs held, absent “cause” for termination, *Board of Regents v. Roth*, 408 U. S. 564 (1972); *Arnett v. Kennedy*, 416 U. S. 134, 416 U. S. 164 (1974) (POWELL, J., concurring); *id.* at 416 U. S. 171 (WHITE, J., concurring in part and dissenting in part); *id.* at 416 U. S. 206 (MARSHALL, J., dissenting). Cf. *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645, 405 U. S. 652-654 (1972); *Bell v. Burson*, 402 U. S. 535 (1971)”.

73 Por exemplo: *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* 341 U.S. 123 (1951): “One of these principles is that no person shall be deprived of his liberty without opportunity, at some time to be heard”.

The Japanese Immigrant Case, 189 U. S. 86 (1903): “By ‘due process’ is meant one which, following the forms of law, is appropriate to the case, and just to the parties to be affected. It must be pursued in the ordinary mode prescribed by the law; it must be adapted to the end to be attained; and wherever it is necessary for the protection of the parties, it must give them an opportunity to be heard respecting the justice of the judgment sought.”

Hagar v. Reclamation District, 111 U. S. 701 (1884): “Before its property can be taken under the edict of an administrative officer, the appellant is entitled to a fair hearing upon the fundamental facts.”

Southern Railway Co. v. Virginia, 290 U.S. 190 (1933): “Whether acting through its judiciary or through its Legislature, a state may not deprive a person of all existing remedies for the enforcement of a right, which the state has no power to destroy, unless there is, or was, afforded to him some real opportunity to protect it.”

Brinkerhoff-Faris Trust & Savings Co. v. Hill, 281 U.S. 673 (1930): “the judgment violates due process of law, in its primary sense of an opportunity to be heard and to defend one’s substantive right”.

74 RENDLEMAN, 1975, p. 531-674.

75 FRIENDLY, 1975, p. 1267.

enfoque a atuação administrativa do Estado⁷⁶, os elementos propostos são perfeitamente aplicáveis ao contexto judicial, de modo que permitem a definição de um núcleo de elementos do devido processo legal: 1) um julgador imparcial, 2) ciência da ação proposta e de seus fundamentos, 3) oportunidade de apresentar argumentos de defesa, 4) oportunidade de produzir provas, inclusive de apresentar testemunhas⁷⁷, 5) direito de conhecer as provas da parte contrária, 6) direito de inquirir as testemunhas da parte contrária, 7) direito a uma decisão fundada exclusivamente nas provas dos autos, 8) oportunidade de ser representado por advogado, 9) necessidade de registro das provas apresentadas e 10) fundamentação da decisão⁷⁸.

Morris Forkosch, escrevendo na mesma época, chega a afirmar que o devido processo legal procedimental é a causa suficiente da democracia americana, sendo um componente do *American way of life*⁷⁹.

5 MATHEWS V. ELDRIDGE: OS LIMITES DA GARANTIA

Apesar da empolgação da década de 1970, a própria Suprema Corte não demorou a perceber o custo que o devido processo imporia, sobretudo à administração pública. Em *Mathews v. El-*

76 O autor se perguntava: “Should the executive be placed in a position where it can take no action affecting a citizen without a hearing? When a hearing is required, what kind of hearing must it be? Specifically, how closely must it conform to the judicial model?”

77 Sobre o devido processo legal na fase probatória, ver WOODSIDE, Frank C; SCHAEFER, Jeffrey R. The future of due process during discovery and what would Wigmore have to made of Daubert? In: “*Due process be damned*”: 1995 annual meeting, The Fairmont, San Francisco, California. Manuscrito.

78 O Black’s Law Dictionary assim define o devido processo: “The conduct of legal proceedings according to established rules and principles for the protection and enforcement of private rights, including notice and the right to a fair hearing before a tribunal with the power to decide the case.” GARNER, Bryan A. (ed.) Black’s Law Dictionary. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 575. Para mais detalhes sobre cada um desses requisitos, no contexto do sistema norte-americano, ver BAYLES, Michael D. *Procedural justice: allocating to individual*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1990, especialmente p. 39-60.

79 “We may thus conclude that procedural due process does greatly influence and condition our lives, albeit the exact scope and degree are open questions”. FORKOSCH, Morris D. *Brooklyn Law Review*, vol. 24, 1978, p. 173-253. Citação p. 253.

*dridge*⁸⁰, apenas seis anos depois de *Goldberg*, os juízes temperaram o entendimento anterior, por intermédio de uma distinção do precedente, ponderando que as exigências lá fixadas não devem ser consideradas como regra geral.

A Corte, asseverando que o devido processo legal não é uma norma rígida, estabeleceu um teste de balanceamento de três partes para a conduta estatal, considerando: a) os interesses privados que serão afetados pela decisão, b) o risco decorrente da privação indevida desses interesses e o potencial que os procedimentos adotados têm de evitar esse risco, bem como, de outro lado, c) os interesses do Estado envolvidos no exercício daquela função e o custo da introdução das garantias procedimentais⁸¹. O resultado desse teste apontaria que tipo de garantia processual o caso demandaria, sendo, portanto, incabível pretender que a decisão de *Goldberg* fosse aplicada em todos os âmbitos da atividade administrativa.

Ainda que a construção tenha buscado, de modo minudente, distinguir as situações e evitar simplesmente afastar *Goldberg*, até por ser uma decisão adotada poucos anos antes, o que ocorreu, em verdade, foi um arrependimento dos juízes em relação à extensão do julgado anterior e, por essa razão, um retrocesso. A Corte passa a ver o devido processo como uma garantia cujos elementos não têm valor em si, mas condicionados à avaliação de sua finalidade em um determinado contexto⁸². Os juízes percebem que a generali-

80 424 U.S. 319 (1976).

81 “Due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands (...) Resolution of the issue here involving the constitutional sufficiency of administrative procedures prior to the initial termination of benefits and pending review, requires consideration of three factors: (1) the private interest that will be affected by the official action; (2) the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and probable value, if any, of additional procedural safeguards; and (3) the Government’s interest, including the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedures would entail”.

82 O artigo de Friendly, supra mencionado, foi citado diversas vezes na decisão e, ao que parece, influencia consideravelmente a sua conclusão. É preciso considerar que *Mathews* trata de benefícios por incapacidade devidos a trabalhadores, enquanto *Goldberg* versava sobre um benefício de natureza assistencial. Assim, foi expressamente considerado que as consequências da cessação indevida neste caso seriam mais graves que naquele.

zação de *Goldberg* exigiria que a administração investisse recursos para a implementação de processos que, em grande medida, teriam pouca utilidade prática, reduzindo, por essa razão, os investimentos disponíveis para a realização dos direitos materiais subjacentes aos conflitos. O devido processo legal assumiria, a partir de então, caráter instrumental, o qual ostenta até a atualidade, uma vez que *Mathews* permanece como precedente válido⁸³. Nos anos subsequentes, o precedente de *Mathews* foi confirmado em *Mackey v. Montrym*⁸⁴ e *Cleveland Board of Education v. Loudermill*⁸⁵, dentre outros.

83 No sentido do texto, WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 66. Há inúmeros debates acerca do alcance das garantias processuais no âmbito administrativo, que não interessam propriamente a este trabalho. Por exemplo, Paul Edmondson discute a necessidade de se assegurar alguém o devido processo legal antes que ele seja impedido de realizar uma obra em decorrência de tombamento. Essa aplicação do devido processo não foi aceita pela Suprema Corte em *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 38 U.S. 104 (1978). Há uma evidente impressão, nos Estados Unidos, de que a aplicação de *Goldberg* em todos os seus termos, teria ido muito além do que a Corte pretendia restringir a conduta da administração. Ver EDMONDSON, Paul W. Historic Preservation Regulation and Procedural Due Process. In: *Ecology Law Quarterly*, vol. 9, 1978, p. 743-775.

84 443 U.S. 1 (1979): “the Due Process Clause has never been construed to require that the procedures used to guard against an erroneous deprivation of a protectible “property” or “liberty” interest be so comprehensive as to preclude any possibility of error. The Due Process Clause simply does not mandate that all governmental decisionmaking comply with standards that assure perfect, error-free determinations. Thus, even though our legal tradition regards the adversary process as the best means of ascertaining truth and minimizing the risk of error, the “ordinary principle” established by our prior decisions is that “something less than an evidentiary hearing is sufficient prior to adverse administrative action.” And, when prompt postdeprivation review is available for correction of administrative error, we have generally required no more than that the predeprivation procedures used be designed to provide a reasonably reliable basis for concluding that the facts justifying the official action are as a responsible governmental official warrants them to be”.

85 470 U.S. 532 (1985): “The essential requirements of due process, and all that respondents seek or the Court of Appeals required, are notice and an opportunity to respond. The opportunity to present reasons, either in person or in writing, why proposed action should not be taken is a fundamental due process requirement. The tenured public employee is entitled to oral or written notice of the charges against him, an explanation of the employer’s evidence, and an opportunity to present his side of the story. To require more than this prior to termination would intrude to an unwarranted extent on the government’s interest in quickly removing an unsatisfactory employee”.

6 CONCLUSÃO

O conhecimento da história é valioso para qualquer ramo do Direito e o processo civil não é exceção. Ao refazer o percurso da construção da garantia do devido processo legal na jurisprudência norte-americana, é possível perceber o modo como esta se posicionou no arcabouço teórico processual, alcançou seu apogeu no início dos anos 1970 para encontrar, em *Mathews v. Eldridge*, seu perfil atual.

O que a Suprema Corte percebeu, em cem anos de experiência, é que o processo é importante, mas ele não pode preceder os direitos substanciais. As exigências processuais, se exageradas, podem inviabilizar a atividade administrativa e jurisdicional sem qualquer benefício contraposto, ou seja, sem implicar ganhos concretos para os indivíduos implicados na controvérsia.

A história demonstra, portanto, não apenas que não existem direitos absolutos, como rotineiramente se repete, mas também que o processo, como instrumento, não pode se sobrepor à realização dos direitos materiais. Nesse sentido, é pertinente a reflexão, por parte dos processualistas (civis ou penais) brasileiros, acerca do quanto se fomenta uma cultura das nulidades. Uma singela busca no website do Superior Tribunal de Justiça, pela expressão “devido processo legal e nulidade” retornou impressionantes 1.721 acórdãos e 36.873 decisões monocráticas⁸⁶. Considerando que o STJ iniciou suas atividades em 24 de abril de 1989, o tribunal proferiu mais de 3 de decisões por dia (mais de 6, se forem considerados apenas os dias úteis) tratando de eventuais nulidades relacionadas ao devido processo legal.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça não acatou todos esses pedidos, mas também não deixa de impressionar o número de decisões que enfocam nulidades, sobretudo quando se considera que, em relação às decisões colegiadas, a busca se restringe à ementa do acórdão. É ponderável a possibilidade de que o sistema judicial brasileiro sobrevalorize a discussão de aspectos procedimentais sobre o direito material, em detrimento do verdadeiro interesse das

86 Pesquisa realizada pelo autor, em 08.03.2018.

partes. Afinal de contas, como espirituosamente afirmou Learned Hand, a maioria das pessoas comuns “tem horror a processos judiciais acima de qualquer outra coisa menos grave que a doença ou a morte”⁸⁷. Ou, nas palavras mais dramáticas de Doug Rendleman, os famintos querem comida, não querem devido processo. O locatário empobrecido, que sofre uma ação de despejo, aprecia ser notificado previamente, para que possa recolher seus pertences. Mas o que ele queria mesmo é não ser despejado⁸⁸. O devido processo legal deve ser valorizado e resguardado, mas não por sobre as necessidades da vida.

REFERÊNCIAS

BAYLES, Michael D. **Procedural justice: allocating to individual**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1990.

BERGER, Raoul. Law of the Land Reconsidered. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 74, n. 1, 1979, p. 1-30.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous bench**. 2nd ed. Binghamton: Bobbs-Merrill Company Inc., 1986.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. 7th edition. Boston: Little, Brown and Company, 1903.

CORWIN, Edward S. The doctrine of due process of law before the civil war. In: *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, p. 366-385.

87 Citado por BURGER, Warren E. Isn't There A Better Way? In: American Bar Association, vol. 68, 1982, p. 274-76.

88 RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. In: Kentucky Law Journal, vol. 63, 1975, p. 531-674.

EASTERBROOK, Frank. Substance and due process. In: *The Supreme Court Review*, 1982, p. 85-125.

EBERLE, Edward J. Procedural due process: the original understanding. In: *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 339-362.

EDMONDSON, Paul W. Historic Preservation Regulation and Procedural Due Process. In: *Ecology Law Quarterly*, vol. 9, 1978, p. 743-775.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

EPSTEIN, Richard A. Coniston Corp v Village of Hoffman Hills: How to Make Procedural Due Process Disappear. In: *University of Chicago Law Review*, n. 74, 2007, p. 1689-1703.

FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 123, 1975, p. 1267-1317.

FORKOSCH, Morris D. *Brooklyn Law Review*, vol. 24, 1978, p. 173-253.

GARNER, Bryan A. (ed.) *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.

HYMAN, Andrew. The little word due. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51.

JUROW, Keith. Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law. In: *The American Journal of Legal History*, vol. XIX, 1975, p. 265-279.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MIXON, Donn. Procedural due process and the teacher. In: *Arkansas Law Review*, vol. 29, 1975, p. 87-103.

MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926.

MYKKELTVEDT, Roald Y. Procedural due process: the fair trial rule revisited. In: *Mercer Law Review*, vol. 24, 1973, p. 621-649.

NERY Jr., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Tradução de Maria Lacerda de Souza. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000065.pdf>>.

REA, John C. Procedural Due Process in Parole Release Decisions. In: *Arizona Law Review*, vol. 18, 1976, p. 1023-1060.

RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. In: *Kentucky Law Journal*, vol. 63, 1975, p. 531-674.

ROSENTHAL, Lawrence. Does due process have an original meaning? On originalism, due process, procedural innovation...and parking tickets. In: *Oklahoma Law Review*, vol. 60, n. 1, 2007, p. 1-52.

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

STEVENS, Richard G. *Frankfurter and due process*. Lanham: United Press of America, 1987.

_____. Book review of W. Mendelson, *Justices Black and Frankfurter: conflict in the court*. In: *William and Mary Law Review*, vol. 3, 1961, p. 206-218.

TRIBE, Laurence e MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e Evolução do Devido Processo Legal Substantivo: o Controle da Razoabilidade das Leis do Século XVII ao XXI**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.

WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004.

WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. In: *Yale Law Journal*, vol. 120, 2010, p. 408-512.

WOODSIDE, Frank C; SCHAEFER, Jeffrey R. The future of due process during discovery and what would Wigmore have to made of Daubert? In: *“Due process be damned”*: 1995 annual meeting, The Fairmont, San Francisco, California. Manuscrito.

ZIMET, Barbara T. R. Ancient Athenian Procedural Due Process: A Reflection of Societal Values. In: *The American University Law Review*, vol. 23, 1973, p. 485-511.

Recebido em: 03/10/2017

Aprovado em: 22/03/2018

