

# Due process of law e a proteção das liberdades individuais

TORQUATO LORENA JARDIM

Mestre em Direito pela Universidade de  
Michigan. Professor na Universidade de  
Brasília. Advogado.

## SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — AS FONTES DA MUDANÇA
- III — A PRIMAZIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
- IV — A PRIMEIRA EMENDA
  - 1 — *Liberdade de associação*
  - 2 — *Liberdade de expressão: interesse público*
  - 3 — *Liberdade de expressão: obscenidades*
- V — OS DIREITOS DO ACUSADO
  - 1 — *Busca e apreensão arbitrária*
  - 2 — *Direito à assistência de advogado*
  - 3 — *Direito à assistência de advogado: a extensão da regra*
  - 4 — *Os limites da investigação policial*
- VI — O LEGADO DE WARREN

## I — INTRODUÇÃO

Dentre os múltiplos temas que este simpósio comporta sob a égide “O Papel do Judiciário na Promoção dos Direitos Humanos”, proponho-me a fazer breve exposição sobre o que, nos Estados Unidos, realizou a

---

Palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo.

Suprema Corte, em especial na década de 1960, sob a presidência de EARL WARREN, no tocante à proteção dos direitos individuais.

A Corte WARREN tornou-se marcante na história americana pela criatividade de sua interpretação dos princípios constitucionais, mormente no que respeita a vinculação dos Estados, por via da cláusula do *due process of law* da Emenda XIV (1), ao *Bill of Rights*. Arrogou-se a Corte WARREN, segundo críticos veementes, o poder de criar direitos substantivos, competência que, segundo se alega, era do Poder Legislativo. Desse modo, revendo jurisprudência antiga e arraigada, reinterpretoaram o *Bill of Rights* para forçar a integração racial nas escolas, restaurantes, hotéis, empregos e até mesmo no sistema eleitoral; para estender às minorias políticas a proteção da Primeira Emenda (2), evitando que contra elas se impusessem discriminações de toda sorte, seja pela proibição de empregos em escolas, universidades e estaleiros, seja pela obrigatoriedade de juramentos de adesão ao sistema vigente, seja pela auto-incriminação decorrente de atestados ideológicos, bem como para estender à imprensa liberdade de que antes não gozava. A Corte WARREN assumiu, em suma, encargo especial, qual seja o de suprir a ação do Congresso ou do Poder Executivo (3).

Os Juizes da era WARREN se empenharam na realização de um objetivo, o de construir o que o Professor KURLAND denominava *Egalitarian Society* (4), uma sociedade que exigia a igualdade para todos, que demandava que a todos se estendessem os frutos do progresso e a proteção da ordem jurídica. A Corte, no dizer de um de seus estudiosos, imaginou o passado e lembrou-se do futuro (5).

Antes de passar à descrição do trabalho desse tribunal, é oportuno resumir alguns dos princípios do processo judicial americano, bem como identificar outros fatores que também contribuíram para tornar possível a obra realizada pela Corte WARREN.

## II — AS FONTES DA MUDANÇA

Os juizes devem saber como entender o espírito de sua época, como se manterem à margem das correntes de opinião, tangidas pelas pai-

( 1 ) *Emenda XIV, seção I*: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

( 2 ) *Primeira Emenda*: O Congresso não fará qualquer lei relativa à instituição de religião, ou que proíba o seu livre exercício; ou que restrinja a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de peticionar ao Governo para reparação de injustiças.

( 3 ) ALEXANDER BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, p. 114. Yale University Press, New Haven, Conn., 1978.

( 4 ) P. B. KURLAND, *Foreword: Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of Governments*, 78 *Harvard Law Review*, 143 (1964).

( 5 ) L. B. NAMIER, *Conflicts*, p. 70 (1942), cf. Bickel, supra nota 3, p. 13.

xões (6), ou, na palavra de famoso jurista, os juizes devem nutrir simpatia pelo espírito do seu tempo (7).

“Nossa Constituição” — afirmou BRANDEIS — “não é uma camisa de força. É um organismo vivo, e, como tal, capaz de desenvolvimento, de expansão e de adaptação às novas condições. Desenvolvimento implica mudanças — políticas, econômicas e sociais” (8).

Tal concepção da carta fundamental, de sua eterna atualidade, “compeliu os juizes a buscarem significado, não na leitura da Constituição, mas na leitura da vida” (9). O processo de interpretação constitucional compele a tradução de política em julgamento, e a concepção dominante do juiz é sua própria visão da ordem social existente. Somente o reconhecimento consciente da natureza deste exercício do processo judicial protegerá a política de uma interpretação estreita, decorrente de premissas desacreditadas ou de formulações abstratas de preconceitos inconscientes. Já foi dito que o juiz deve ser historiador, filósofo e profeta, tarefas que exigem “sensibilidade poética” e “o dom da imaginação”. Deve ele “levantar a cortina do futuro, dar forma e visão aos mistérios ainda no ventre do tempo” (10).

Os julgamentos da Suprema Corte podem ser vazados sob a forma de prescrições de caráter universal; porém, só alcançam esse vigor quando ganham assentimento geral, porquanto, como sabido, as decisões só obrigam as partes no litígio. Para tornar realidade a promessa insita nos julgados de que todos os que se acham em situação semelhante serão tratados de igual modo, a Corte necessita do assentimento e da cooperação das instituições políticas e da opinião pública (11).

Porque entenderam e nutriram simpatia pelo espírito de sua época, porque compreenderam a Constituição como o organismo vivo que se expande e se adapta às circunstâncias de seu tempo, porque viram no processo judicial o meio de interpretar o direito de modo a tornar vasta a proteção que ele garante aos cidadãos, os juizes da era WARREN responderam aos anseios e às necessidades da sociedade, e as decisões que tomaram se tornaram irreversíveis pelo apoio da opinião pública e, por força desta, do Poder Legislativo.

A Corte WARREN obedeceu, assim, a princípios aceitos havia algum tempo no pensamento jurídico norte-americano. Consoante sentença famosa, serve melhor à causa do direito o tribunal que identifica as normas jurídicas que, desenvolvidas em geração remota, podem, na plenitude da experiência, servir mal à geração presente, e, pois, dela se

(6) TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, p. 137, J. P. Mayer & M. Lerner, eds., 1966.

(7) BENJAMIN N. CARDOZO, *A Natureza do Processo Judicial*, p. 155, 3.ª ed., Coleção A Juris/9, Porto Alegre, 1978.

(8) In *U.S. v. Moreland*, 258 US 433 (1922).

(9) FRANKFURTER, *Supreme Court, U.S.*, 14 *Encyclopedia of the Social Sciences* 474, 480 (1934).

(10) FRANKFURTER, *Of Law and Men*, p. 39, P. Elman, ed. 1956.

(11) BICKEL, *supra* nota 3, p. 30.

descarta, por reconhecer ser outra a que corresponde ao novo julgamento estabelecido e assentado da sociedade (12). Foi assim que grandes expo- sitores do *common law* descobriram a fonte e o método de sua evolução, e encontraram nesta o motivo de sua força e de sua vida, pois o direito não é, nem pode ser, estático.

Na mesma linha de pensamento, CARDOZO afirmou que, quando uma regra de direito, depois de devidamente provada pela experiência, é considerada inconciliável com o senso de justiça ou com o bem-estar social, deve haver menos hesitação no franco reconhecimento desse fato e no completo abandono da referida regra (13). Se os juízes, por infelicidade, interpretarem mal os *mores* de seus dias, ou se os *mores* de seus dias deixaram há muito de ser os de hoje, não deveriam atar, em desamparada submissão, as mãos dos seus sucessores (14).

Os juízes da Suprema Corte certamente não pautaram sua conduta, ao menos nas decisões cruciais, de acordo com a opinião de MARSHALL, para quem o Poder Judiciário “não tem vontade alguma, em qualquer caso. . . O poder judicial nunca é exercido com o propósito de dar efeito à vontade do legislador: ou, em outras palavras, à vontade da lei” (15). Não foi com a vontade do legislador em mente, nem mesmo com a da lei, que os juízes da era WARREN se lançaram à proteção das minorias raciais, políticas e econômicas. Atenderam eles, ao contrário, às neces- sidades da sociedade igualitária que ansiava pela repartição do quanto que o progresso lhe trouxera.

Assim, além de contar com a tradição do *common law*, cujo processo judicial armava o Judiciário de força irreprímível, também a opinião pública se pôs ao lado da Corte. O ambiente social estava preparado para o advento de uma corte progressista e liberal, um tribunal ati- vista, que reagisse contra a inércia do Congresso e a indiferença do Executivo. O país estava em paz, nenhuma ideologia ou força armada alienígena oferecia perigo iminente à estabilidade reinante; a guerra fria e o *mccarthyism* já não opunham as ameaças do começo dos anos 50; o acúmulo de riquezas decorrente do pós-guerra atingia o ponto máximo.

A tudo isso se somou a eleição de JOHN F. KENNEDY para a presi- dência. O tema de sua campanha — *get the country moving again* — era um chamado ao retorno de uma administração atuante e *engagée*. A nova lei de direitos civis e as severas investigações sobre o crime orga- nizado e as atividades das grandes empresas comerciais revelam o es- pírito da nova administração.

Esta combinação de fatores, que induzia o tribunal à liderança firme e decisiva no sentido da transformação social, justifica a assertiva de que a Suprema Corte, “a longo prazo, está predestinada, não somente

(12) Juiz WHEELER, *Dwy v. Connecticut Co.*, apud CARDOZO, supra nota 7, p. 142.

(13) CARDOZO, supra nota 7, p. 141.

(14) *Id.*, *ibid.*, p. 142.

(15) *Osborne v. Bank of the United States*, 9 Wheaton 738, 966.

pela marcante tradição do direito anglo-americano, como também pela realidade de sua posição na estrutura das instituições americanas, a ser uma voz de razão incumbida da função criativa de redescobrir, articular e desenvolver princípios impessoais e duráveis" (16).

### III — A PRIMAZIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Ao proteger e expandir as liberdades garantidas pelo *Bill of Rights*, a Corte Suprema conquistou uma posição nova e vital na estrutura constitucional dos Estados Unidos. Demonstrou ela, cada vez mais, sua preocupação com a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, com os direitos das minorias, dos réus ou dos submetidos às investigações dos Poderes Legislativo e Executivo.

Três foram os principais desenvolvimentos da Corte WARREN: a) adoção da teoria da primazia dos direitos individuais; b) incrementação da tendência de tornar as garantias do *Bill of Rights* obrigatórias para os Estados; e c) expansão do conteúdo substantivo dos próprios direitos.

A teoria da primazia dos direitos individuais foi exposta pela primeira vez pelo Justice STONE em 1938 (17). Sob a Corte WARREN essa doutrina tornou-se dominante. Significa isso que a Constituição dá preferência aos direitos pessoais, em relação aos de propriedade, donde um duplo critério da Corte no exercício do seu poder de *judicial review*: nos casos de liberdades civis e outros de direitos individuais, o princípio da autolimitação judicial será observado pelo juiz de modo significativamente menos rígido do que, *e.g.*, nos casos de direito de propriedade (18). A presunção de validade de ato do Poder Executivo ou Legislativo cede mais prontamente quando a vida e a liberdade são restringidas. Nessa hipótese, a intenção e o discernimento da autoridade sofrem escrutínio mais cuidadoso.

Dizem os críticos que a doutrina de primazia, com sua sublimação dos direitos pessoais, cria uma hierarquia de direitos não contemplada na Constituição (19). Deve, todavia, ser reconhecido, acentua renomado professor, que cada geração deve necessariamente ter sua própria escala de valores. Na América do século XIX, devotada à conquista econômica de um continente, direitos de propriedade ocupavam posição dominante. Um século mais tarde, quando a autonomia individual fora tolhida pela concentração do poder, a preocupação com os direitos pessoais tornava-se preponderante (20). Com o intento de tutelar o livre desenvolvimento do indivíduo, os juízes tendem, naturalmente, a limitar a ingerência

(16) HENRY M. HART JR.; *Foreword: The Time Chart of the Justices*, 73 *Harvard Law Review* 84, 99 (1959).

(17) *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 US 144, 152, n. 4 (1938).

(18) Carta do Justice Stone, 12 de abril de 1941, citada por Mason in *the Core of Free Government, 1938-40: Mr. Justice Stone and "Preferred Freedoms"*, 65 *Yale Law Journal* 597, 626 (1956), apud Schwartz, *The Law in America*, cit., p. 237.

(19) Cf. Justice Jackson, voto divergente em *Brinegar v. U.S.*, 338 US 160, 180 (1949).

(20) SCHWARTZ, *The Law in America*, cit., p. 237.

legislativa nesse campo de modo mais vivo do que quando essa ingerência se realiza no tocante aos direitos econômicos (21).

Anos antes da Corte WARREN, fora decidido que o *Bill of Rights* não obrigava os Estados; BLACK, porém, insistiu em que a Emenda XIV havia mudado tal entendimento (22). A maioria da Suprema Corte, não aceitando a tese de BLACK de que o *Bill of Rights* fora incorporado na cláusula do *due process of law* da Emenda XIV, adotou, ao invés, um método seletivo pelo qual somente os direitos considerados fundamentais foram incluídos no *due process*. Nos anos 50, porém, embora sem abandonar formalmente o método seletivo, a Corte WARREN veio a considerar como fundamentais quase todas as garantias do *Bill of Rights*, e, pois, absorvidas pelo *due process*.

As decisões cruciais foram tomadas em *Mapp v. Ohio* (23) e *Gideon v. Wainwright* (24), onde se reformaram acórdãos que não consideravam fundamentais o direito de ter declarada nula condenação fundada em prova obtida ilegalmente nem o direito a assistência de advogado. Ambas as decisões defenderam, em termos largos, a necessidade de proteger direitos individuais exprimindo a tendência de, cada vez mais, se incluírem as garantias do *Bill of Rights* na Emenda XIV. Na década seguinte, os tribunais declararam fundamentais os seguintes direitos, obrigatórios, assim, para os Estados: direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo crime (25), nem de auto-incriminar-se (26); direito a processo perante júri em casos criminais (27), a julgamento rápido (28), a confrontação com as testemunhas de acusação (29), e a fiança (30).

Acrescentem-se a estes direitos aqueles declarados vinculativos quanto aos Estados antes de 1950 (31), e se terão todos os direitos garantidos pelo *Bill of Rights*, salvo o de denúncia pelo *grand jury* e o de júri em processos civis de valor superior a vinte dólares. Estas duas exceções

---

(21) Confronte-se com *Justice FRANKFURTER in Kovacs v. Cooper*, 336 US 77, 95 (1949).

(22) Voto divergente em *Adamson v. California*, 332 US 46, 71-72 (1947).

(23) 367 US 643 (1961).

(24) 372 US 335 (1963).

(25) *Benton v. Maryland*, 395 US 784 (1969).

(26) *Malloy v. Hogan*, 378 US 1 (1964).

(27) *Duncan v. Louisiana*, 391 US 145 (1968).

(28) *Klopfer v. North Carolina*, 386 US 213 (1967).

(29) *Pointer v. Texas*, 380 US 400 (1965).

(30) *Pilkinton v. Circuit Court*, 324 F. 2d. 45 (8th. Cir. 1963); *Goodine v. Grillin*, 309 F. Supp. 590 (S.D. Ga. 1970).

(31) Direito contra busca e apreensão ilegal na Quarta Emenda (*Wolf v. Colorado*, 338 US 25 — 1949), direito contra confissão sob coação na Quinta Emenda (*Brown v. Mississippi*, 297 US 278 — 1936), direito a júri público na Sexta Emenda (*In re Oliver*, 333 US 257 — 1948), direito a júri imparcial (*Norris v. Alabama*, 294 US 587 — 1935), direito a advogado em casos de pena de morte ou na hipótese de que o julgamento imparcial se mostre improvável (*Powell v. Alabama*, 287 US 45 — 1932; *Betts v. Brady*, 316 US 455 — 1942) e o direito a não sofrer punição cruel e desusada na Oitava Emenda (*Francis v. Resweber*, 329 US 459, 463 — 1947).

não tolgem a marcante tendência de tornar a cláusula do *due process* cada vez mais abrangente.

A Corte WARREN, porém, fez mais do que tornar obrigatórios quanto aos Estados os direitos fundamentais do *Bill of Rights*: expandiu o conteúdo substantivo dos direitos, dando, virtualmente, aos direitos individuais significado que, pela sua latitude, não encontra paralelo no direito americano. Assumiu isto particular relevo em dois temas cruciais: liberdade de expressão e justiça criminal.

#### IV — A PRIMEIRA EMENDA

##### 1 — *Liberdade de associação*

As liberdades protegidas pela Primeira Emenda foram garantidas com crescente vigor nos anos 60. No tocante às restrições aos comunistas, porém, o processo foi mais lento. Ainda em 1961, foi mantida a constitucionalidade do *Smith Act*, que definia como crime “tornar-se ou manter-se membro de qualquer organização que advogue a derrubada do Governo Federal pela força ou violência” (32). Para tal, recorreu o Tribunal à interpretação restrita em uso nos anos 50. No caso *Scales v. United States* (33), a Corte interpretou a norma que proibia filiação ao partido comunista aplicável apenas aos membros *ativos* e com *intenção específica* de cumprir os objetivos revolucionários do partido. O julgamento no caso *Scales* manteve a condenação do réu, identificando filiação ativa com intenção específica, ao passo que em *Noto v. United States* (34), a Corte reformou a condenação, dada a inexistência de prova que atendessem aos dois requisitos: participação ativa e intento específico.

BLACK, BRENNAN, DOUGLAS e WARREN dissentiram em *Scales* e concordaram em *Noto*, mas em ambos os casos instaram fosse declarada a inconstitucionalidade da norma que proibia a filiação (35). A mesma divergência se manifestou em 1961 em outro processo, no qual se cuidava da Lei de Controle das Atividades Subversivas, que exigia, no art. 7º, que o partido comunista se registrasse como organização de ação comunista (36). O voto de BLACK acentuou que “a proscricção de uma associação por advogar ela idéias odiadas... marca momento funesto na história de um país livre” (37).

Após reduzir a abrangência da lei, em decisões de 1963, 1964 e 1965, a Corte, em 1965, por decisão unânime, declarou que uma ordem da Comissão de Controle das Atividades Subversivas para que certos indivíduos se registrassem como membros do partido comunista violava o direito da não-auto-incriminação. A inexistência de qualquer garantia

(32) LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 804.

(33) 367 US 203; 81 S. Ct. 1469; 6 L. Ed. 2d. 782 (1961).

(34) 367 US 290; 81 S. Ct. 1517; 6 L. Ed. 2d. 836 (1961).

(35) 367 US 259, 300.

(36) *Communist Party v. Subv. Act. Control Bd.*, 367 US 1, 137 (1961).

(37) Cf. SWINDLER, *op. cit.*, p. 291.

na lei de que tal registro não serviria de base para processo constitua, no dizer de BRENNAN, uma falha fatal; porém, mesmo que tal garantia fosse estipulada, a violação persistiria, porquanto poderia a informação ser utilizada para busca de outras provas incriminadoras (38). Dessa forma, foi praticamente anulada a cláusula do registro estabelecida na referida lei.

## 2 — Liberdade de expressão: interesse público

No que toca à liberdade de expressão, as principais decisões podem ser divididas em dois grupos: as que têm a ver com assunto de interesse público e as que cuidam dos limites adequados a exercício da liberdade, fixados pelas leis que dispõem sobre a obscenidade.

*New York Times v. Sullivan* (39) foi, na realidade, uma consequência do movimento de dessegregação. Como grande parte da jurisprudência da dessegregação, esse julgado teve efeitos em outras áreas. A causa do processo residiu num anúncio publicado no *Times* e assinado pelo "Comitê de Defesa de Martin Luther King e da Luta pela Liberdade no Sul", anúncio pelo qual o comissário de polícia da cidade de Montgomery, no Alabama, alegou ter sido caluniado. Embora o nome do comissário não tivesse saído nessa publicação, e a imprecisão na descrição dos fatos se reduzisse a detalhes irrelevantes, a sentença foi-lhe favorável, concedendo-lhe indenização de 500 mil dólares.

Em decisão não unânime, a Suprema Corte reformou o acórdão da corte suprema estadual. BRENNAN asseverou que processos de calúnia não gozavam de imunidade especial, sujeitavam-se às limitações constitucionais, e, por conseguinte, deviam ser examinados "em face do profundo compromisso nacional para com o princípio de que debates de interesse público devem ser desinibidos, vigorosos e abertos, o que bem pode incluir ataques veementes, cáusticos e por vezes desagradáveis contra o Governo e os servidores públicos". À regra constitucional, sustentou a maioria, "proíbe que servidor público seja indenizado por declarações caluniosas relativas à sua conduta pública, salvo se se comprovar que a declaração foi feita com *malícia intencional*" — dolo —, "isto é, com conhecimento de que era falsa ou com desatenção negligente quanto à sua falsidade" (40).

Dois anos após *Sullivan*, BRENNAN estendeu o mesmo princípio — *public official rule* — às agências públicas de atividade delegada. DOUGLAS, concordando em parte, entendeu que esse princípio dizia respeito a questões públicas — *public issues* — ao invés de servidores públicos, porquanto era o válido interesse público no debate que devia ser contrabalançado com a calúnia ao indivíduo (41). Em 1967, BRENNAN procurou acomodar a opinião de DOUGLAS ao estender o princípio de *Sullivan* à

(38) *Albertson v. Subv. Act. Control Bd.*, 382 US 77 (1965).

(39) 376 US 255; 84 S. Ct. 710; 11 L. Ed. 2d. 686 (1964).

(40) *Id.*, *ibid.*

(41) *Rosenblatt v. Baer*, 383 US 75 (1966).



invasão da vida privada. “Exposição do indivíduo aos demais em graus variados é um fato natural da vida numa comunidade civilizada. O risco de tal exposição é um incidente essencial da vida em uma sociedade que dá valor primordial à liberdade de expressão e à de imprensa... Nós criamos um sério e grave risco de tolher o serviço indispensável de uma imprensa livre em um país livre se encilhamos a imprensa com o ônus impossível de verificar a certeza dos fatos associados em noticiário ao nome, reputação ou imagem de um indivíduo, particularmente quando se trata de matéria não difamatória” (42).

Até que ponto poderia a regra *Sullivan* ser estendida às ações privadas por crimes contra a honra, foi debatido no Tribunal em outros dois casos em 1967: o primeiro, de um diretor de esportes da Universidade da Geórgia contra o *Saturday Evening Post*; o segundo, de um militar reformado, General WALKER, contra a agência de notícias *Associated Press*.

A maioria da Corte, em voto do *Justice HARLAN*, reduzindo a indenização no primeiro e reformando a condenação no segundo caso, decidiu que a regra *Sullivan* não era apropriada para ações de calúnia, difamação ou injúria em que não estivesse envolvido servidor público, e que os padrões conhecidos de delitos civis (*torts*) — *cuidado razoável ou devido* — eram suficientes para resolver tais questões, sem necessidade de disputa com fundamento em princípios constitucionais. Uma figura pública, que não servidor público, concluiu HARLAN, deve obter indenização por difamação comprovando conduta marcadamente não razoável e indevida por parte do ofensor. No caso da Universidade da Geórgia, personalidade esportiva conhecida acusada de conspiração para “arranjar” jogo de futebol, as implicações manifestamente perigosas do artigo, e a inexistência de pressão para que o jornalista terminasse a reportagem em hora certa, apoiaram a prova de que ocorrera “conduta marcadamente não razoável e indevida”. No caso do General WALKER e sua alegada participação em resistência organizada contra os esforços de policiais federais de garantirem a matrícula de um negro na Universidade de Mississippi, a demanda premente do público por noticiário imediato e ao vivo, como também a publicidade prévia das opiniões de WALKER sobre a controvérsia, foram provas de que a agência de notícias havia agido razoavelmente ao aceitar a reportagem do correspondente (43).

WARREN, para quem a regra *Sullivan* oferecia o padrão mais prático para limitar responsabilidade no interesse de informação pública, argumentou que, “embora não sujeitos às restrições do processo político, *figuras públicas* freqüentemente têm papel influente no ordenamento da sociedade”. Uma vez que, no mundo moderno, distinções entre ações públicas e privadas haviam se tornado nebulosas, e que uma “combinação de posições e poder” tornara possível para muitas pessoas, fora de

(42) *Time, Inc. v. Hill*, 385 US 374, 388 (1967).

(43) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 385 US 130; *Associated Press v. Walker*, 386 US 130 (1967).

funções públicas, influenciar os negócios públicos, por intermédio do contínuo interesse geral em suas atividades e opiniões, o *Chief Justice* concluiu que a regra *Sullivan* deveria ser aplicada. Se aplicada tal regra aos dois casos ora discutidos, a decisão da Corte teria sido a mesma, porém, acentuou WARREN, o princípio continuaria como “uma proteção importante dos direitos da imprensa e do público de informar e de ser informado sobre assuntos de seu legítimo interesse” (44).

A conseqüência desses casos de crime contra a honra nos anos 60, de *Sullivan* a *Curtis* e *Walker*, foi a de promover uma liberdade substancialmente maior de discussão pública onde pudesse ser comprovado legítimo interesse público na matéria e objetividade razoável na sua publicação (45).

### 3 — Liberdade de expressão: obscenidades

Deviam os mesmos padrões de *Sullivan*, *Curtis* e *Walker* serem aplicados a temas que parte da opinião pública considerava pornográfico ou obsceno? Nesta faceta da Primeira Emenda, o tribunal encontrou dificuldade ainda maior do que naqueles casos.

Em 1957, a Corte, contra os votos de BLACK e DOUGLAS, e, em parte, contra o de HARLAN, manteve a condenação de editores da Califórnia e de New York pela violação de leis estadual e federal, respectivamente, sobre a obscenidade. BRENNAN, pela maioria, observou que o caso era o primeiro teste de obscenidade que se apresentava dentro do contexto das Emendas Primeira e XIV sob a cláusula de garantia da imprensa livre. Definindo matéria obscena como “matéria que trata do sexo de modo a despertar interesse lúbrico”, ele concluiu que o juiz de primeira instância, no caso envolvendo lei federal, havia corretamente instruído os membros do júri a “perguntarem a si próprios se a publicação ofendia a consciência da comunidade de acordo com os padrões atuais” (46).

A divergência parcial de HARLAN se fixou na natureza variável da “consciência da comunidade de acordo com os padrões atuais”, apontando que o livro *Memoirs of Hecate County*, ilegal em New York, havia sido liberado na Califórnia, enquanto testes judiciais de *God's Little Acre* causaram condenação em Massachusetts e absolvições em New York e Pennsylvania. E mais, prosseguiu HARLAN, julgar-se dada matéria obscena não devia necessariamente levar à conclusão de que a publicação “não tivesse qualquer importância social que a redimisse” (47). BLACK e DOUGLAS partiram da mesma linha de argumentação para citar estudos sociológicos mostrando a pouca correlação entre interesse de leitura e delinqüência, e acentuaram que “o critério consciência da

(44) 385 US 165.

(45) Cf. A. B. HANSON, *Developments in the Law of Libel: Impact of the New York Times Rule*, 7 *Williams and Mary Law Review* 215 (1966), apud SWINDLER, *op. cit.*, p. 296.

(46) *Roth v. U.S.*; *Alberts v. California*, 354 US 476, 496, 508 (1957).

(47) *Id.*, p. 503.

comunidade, de acordo com os padrões atuais”, claramente conflitava com a Primeira Emenda.

“Qualquer teste que se baseie no que é ofensivo aos padrões da comunidade” é perigosamente vago, escreveu BLACK; quão perigosamente vago se tornaria evidente se, ao invés de obscenidade, a matéria em debate fosse religião, economia, política ou filosofia. A censura comunitária — concluiu o *Justice* — “cria um regime no qual, na batalha entre os homens de letras e os filisteus, os filisteus certamente vencerão” (48).

O processo que se seguiu provocou uma torrente de críticas, “e ninguém, dentro ou fora da Corte, pareceu capaz de aperfeiçoar a jurisprudência nos casos seguintes” (49). Tratava-se de uma revista de nus masculinos que só pôde circular após ter a Suprema Corte cassado liminares concedidas nas instâncias inferiores. HARLAN, pela maioria, reiterou os critérios de ofensa patente e apelo ao “interesse lúbrico”, e sugeriu que, para publicações de circulação nacional, “um padrão nacional de decência” deveria ser concebido. A esta decisão de 1962 seguiu-se outra, de 1964, na qual BRENNAN, uma vez mais pela maioria, acrescentou aos testes de *Roth* a necessidade de se comprovar a ausência total de “qualquer redimível importância social” (50).

Dois anos mais tarde, a Corte, em três outros processos, buscou esclarecer a distinção entre descrição permissível e impermissível dentro do conceito de imprensa livre. O sucesso do esforço não foi notável; por seis votos a três, com três diferentes votos pela maioria, o Tribunal reformou decisão que considerava obsceno o livro *Fanny Hill* (51), escrito dois séculos antes. Os critérios enunciados pela Corte, disse BRENNAN, “não deviam ser aplicados independentemente”, e, no “teste da importância social”, a obra não devia ser condenada “a não ser que se verificasse inexistir qualquer valor social que a redimisse”. DOUGLAS sugeriu que, “quando os especialistas discordassem a respeito do mérito da obra, a presunção da proteção constitucional deveria prevalecer” (52).

Nos outros dois casos, mantiveram-se condenações de tribunais no-valorquinos; o primeiro envolvendo um editor, *Mishkin*, que especificamente contratava a escrita de livros nos quais “sexo tinha que ser vigoroso, rude e explícito”; o outro, também envolvendo um editor, *Ginzburg*, e suas três corporações publicadoras de material pornográfico (53). No primeiro processo, *Mishkin*, BRENNAN afirmou que quando a publicação tem o objetivo de atingir público consumidor de material pornográfico — público este claramente definível, então “o critério *Roth* — apelo lúbrico — é satisfeito se o tema dominante da publicação

(48) *Id.*, p. 512.

(49) SWINDLER, *op. cit.*, p. 297.

(50) *Jacobellis v. Ohio*, 378 US 184, 191 (1964).

(51) O título anterior era *John Clelland's Memoirs of a Woman of Pleasure*.

(52) *Memoirs v. Attorney General*, 383 US 413, 418, 427 (1966).

(53) O material consistia de uma revista de nus explícitos — *Eros*, um tablóide quinzenal — *Liaison*, e um pequeno livro intitulado *The Housewife's Handbook of Selective Promiscuity*.

é apelar para o interesse lúbrico do grupo" (54). No segundo processo — *Ginzburg*, embora concedesse um possível valor social das publicações para especialistas médicos, BRENNAN declarou: "Se a ênfase única do fornecedor é nos aspectos sexualmente provocadores de sua publicação, tal fato pode ser decisivo na determinação de obscenidade" (55).

Ainda assim, conforme HARLAN já havia dito no caso de *Fanny Hill*, "nenhum critério estável de determinação da obscenidade foi até agora concebido por esta Corte". Recuando da posição de especulação de um padrão nacional de obscenidade, HARLAN propôs limitar a Primeira Emenda aos casos de material "cuja indecência seja autodemonstrável" e aplicar a Emenda XIV apenas para exigir que os tribunais estaduais "aplicassem critério racionalmente compatível com a noção aceita de obscenidade" (56), i.e., *due process*. Todavia, conforme DOUGLAS replicara ao divergir em *Mishkin* e *Ginzburg*, esperar que a Corte aplicasse tais testes supunha uma onisciência "que poucas pessoas em toda nossa sociedade possuem".

A questão, tal como posta, levaria à conclusão última, do ponto de vista de DOUGLAS, "de que a Primeira Emenda permite a expressão de todas as idéias — quer ortodoxas, populares, *off beat* ou repulsivas". A solução, insistiu o *Justice*, era deixar as pessoas livres "para escolherem cuidadosamente, para reconhecerem a escória quando a vissem, para serem atraídas à literatura que satisfizesse suas necessidades mais profundas, e, presumivelmente, para moverem de um plano a outro e, finalmente, atingirem o mundo das idéias duradouras". Este apontou ele ser "o ideal de uma sociedade livre inscrito na nossa Constituição" (57).

A indefinição das razões da Corte vai, assim, do subjetivismo de *Roth* ao absolutismo de liberdade de publicação na visão de BLACK e DOUGLAS. A hesitação e as dúvidas que caracterizaram tais decisões pareceram refletir a indecisão da própria sociedade americana em geral, conforme os velhos padrões de sexualidade transformavam-se aos olhos de todos. Uma sugestão do curso final do constitucionalismo nesta matéria veio na primavera de 1967, quando a Corte, em decisões *per curiam*, sumariamente reformou vinte condenações (58).

## V — OS DIREITOS DO ACUSADO

### 1 — Busca e apreensão arbitrária

O conteúdo do pensamento predominante na maior parte das decisões sobre a Primeira Emenda nos anos 60, seja isolando "questões públicas" de quaisquer restrições, salvo difamação dolosa, seja buscando uma visão geral sobre a obscenidade no contexto da moralidade da

(54) *Mishkin v. New York*, 383 US 502, 508 (1966).

(55) *Ginzburg v. U.S.*, 383 US 463, 470 (1966).

(56) 383 US 455.

(57) *Id.*, p. 491.

(58) *Jacobs v. New York*, 388 US 431 (1967) e os processos que se seguiram.

época, foi o convencimento de que “liberdade pessoal máxima é a pedra de toque de uma sociedade madura” (59). Tal percepção é coerente com a preocupação primacial da Corte Warren em assegurar igualdade para todos no gozo dos direitos garantidos pela Constituição, fossem eles membros de minoria, eleitores intitulados a igual peso no processo político, ou réus incapazes de exercer suas defesas sem a assistência de advogado.

O precedente que dominava na questão de busca e apreensão era *Wolf v. Colorado*, decidido em 1949 (60). Nele, Julius Wolf fora condenado no Colorado por conspiração para facilitar abortos. Autoridade policial, sem autorização judicial, entrara em escritório médico, lá obtendo relatórios com os nomes dos clientes, os quais, interrogados em juízo, forneceram a prova incriminadora. FRANKFURTER, por uma maioria de seis votos a três, decidiu que condenação por corte estadual em razão de crime estadual não violava a cláusula do *due process of law* unicamente porque a prova incriminatória, como obtida, era inadmissível numa corte federal. Embora concedesse que a segurança da privacidade individual contra a intrusão arbitrária da polícia fosse básica para uma sociedade livre, e que, pois, estava implícita no conceito de “liberdade com ordem”, a Corte entendeu, todavia, não ser vital para a proteção de tal princípio a exclusão de prova obtida mediante busca e apreensão arbitrária, porquanto a proteção da privacidade podia ser exercida pela disciplina interna da polícia, por uma opinião pública alerta e pela ação privada de cada um. Por conseguinte, concluiu FRANKFURTER, a Emenda XIV não proíbe que condenação por crime estadual em corte estadual seja fundada em prova obtida mediante busca e apreensão arbitrária.

*Mapp v. Ohio* (61), todavia, alterou fundamentalmente a jurisprudência. Em 23 de maio de 1957, três policiais de Cleveland foram à casa da Srta. Mapp e solicitaram-lhe autorização para realizar busca, pois dispunham de informação de que um suspeito foragido ali se escondia. Negada a permissão, porque os policiais não exibiram mandado judicial forçaram eles a porta e fizeram a busca, ao cabo da qual apreenderam material obsceno, cuja posse era crime pela lei de Ohio, o que resultou na condenação da Srta. Mapp. Salientando que o tempo havia voltado sua face contra *Wolf*, Justice CLARK decidiu que as restrições da Quarta Emenda (62) contra busca e apreensão arbitrária deviam ser aplicadas

(59) SWINDLER, *op. cit.*, p. 299.

(60) 338 US 25; 69 S. Ct. 1359; 93 L. Ed. 1792 (1949).

(61) 367 US 643; 81 S. Ct. 1684; 6 L. Ed. 1081 (1961).

(62) *Quarta Emenda*: O direito do povo de estar seguro quanto às suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não será violado, e nenhum mandado será expedido, salvo se existente indício de culpabilidade, confirmado por juramento ou declaração, nele particularizadamente descritos o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

aos Estados por via da cláusula do *due process* da Emenda XIV. Continuar a tolerar a prática estadual de admitir como válida prova obtida em violação da Quarta Emenda, quando tal era proibido nas cortes federais, implicava em “encorajar desobediência à Constituição federal”. Tal “atalho ignóbil para a condenação deixado aberto aos Estados” — concluiu CLARK — “tende a destruir o inteiro sistema de restrições constitucionais no qual se alicerçam as liberdades do povo” (63).

Dois anos mais tarde, porém, CLARK declinou de aplicar o precedente *Mapp* a qualquer busca e apreensão arbitrária. Onde a entrada arbitrária em certo lugar fosse motivada por *causa provável*, i.e., razoável indício de criminalidade, e resultasse em prisão legal e produzisse a prova incidentalmente à prisão, CLARK distinguia de *Mapp*, onde a entrada arbitrária fora pré-requisito para a obtenção da prova, a qual, só posteriormente, criara a causa provável, i.e., a razoabilidade da prisão. Em *Ker v. California*, CLARK insistiu que a diferença entre as regras federal e estaduais de exclusão de provas era legal e não constitucional (64), porquanto necessário notar que “as demandas do nosso sistema federal nos compelem a distinguir entre a prova dada como inadmissível em razão dos nossos poderes de supervisão sobre as cortes federais e aquela inadmissível porque proibida pela Constituição dos Estados Unidos” (65).

A metódica progressão da assertiva inicial de causa provável até entrada legal, prisão legal e busca e apreensão legal incidental à prisão foi o padrão que a Corte buscou aplicar consistentemente.

Em *Aguilar v. Texas* (66) a maioria reformou condenação fundada em prova obtida com mandado de busca irregular; se as circunstâncias requeriam mandado, disse GOLDBERG, a exigência de se obter um que fosse regular e próprio era a mesma, seja de acordo com a Quarta Emenda ou com a Emenda XIV (67). Em *Preston v. United States*, no mesmo ano, a Corte unanimemente reformou condenação fundada em busca “remota no tempo e do lugar da prisão”. No caso, prisão por vadiagem resultara em condenação por tráfico de narcóticos (68).

Autorização para busca sem mandado, disse a Corte em *Stoner v. California*, podia ser dada apenas pelo réu, nunca por terceiros. Na hipótese, a busca feita no quarto de hotel, embora permitida pelos em-

(63) *Mapp v. Ohio*, supra nota 61.

(64) *Ker v. California*, 374 US 23, 34 (1963).

(65) LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 603.

(66) 378 US 108, 110 (1964).

(67) *Id.*, *Ibid.*

(68) *Preston v. United States*, 376 US 364 (1964).

pregados, violara o direito constitucional do réu. “Era o seu direito que estava em jogo, não o do empregado, nem o do hotel. Ao ocupar um quarto de hotel, o réu tinha, na realidade, dado permissão para que arrumadeiras e empregadas entrassem em seu quarto, porém, apenas para o desempenho de suas funções normais”, não para acompanhar a polícia (69). Apreensão de prova, sem autorização legal, porém, podia ser justificada pelas circunstâncias, como no caso de motorista preso pela causa provável de estar dirigindo embriagado, quando o retardamento do exame de sangue faria desaparecer a prova condenatória (70).

Em duas decisões de 1967, mesmo os liberais ativistas da Corte se dividiram. Na primeira, STEWART manteve prisão de um suspeito de tráfico de narcóticos com base em informe anônimo. O informe criara a “causa provável” que motivou busca e apreensão legal, disse a maioria, enquanto WARREN, divergindo, afirmou que a Corte deixava a garantia da Quarta Emenda à discricção da polícia (71). BLACK, no segundo caso, manteve condenação fundada em busca e apreensão, no carro do réu, de narcóticos, após prisão por suspeita de tráfico de narcótico, o que tornava o caso diverso de *Preston*, onde a apreensão do veículo não estava relacionada à prisão, e a busca desvendou prova não relacionada à *causa* da prisão (72).

O mesmo princípio de busca e apreensão arbitrária como causa de exclusão de provas incriminatórias, como meio de proteção dos direitos constitucionais do réu, tentou a Corte aplicar nos primeiros casos de prova obtida clandestinamente por meio de interceptação eletrônica de comunicações.

Fundada na Lei Federal de Comunicações de 1934, que proibia interceptação de comunicações, a Corte, em 1957, excluiu prova obtida clandestinamente, por policiais estaduais, por meios eletrônicos, e entregues a promotores federais para uso em tribunais federais (73). No mesmo ano, outro acórdão distinguiu entre interceptação e gravação de conversas nas quais uma das partes consentira na gravação (74). Todavia, quando a gravação meramente documenta o depoimento do próprio policial que executara a prisão, decidiu a Corte em 1963, ou quando o próprio depoimento consiste de comentários feitos pelo réu a um informante, decidiu a Corte em 1966, a defesa não pode clamar pela proteção da Quarta Emenda. No primeiro processo, *Lopez*, o réu oferecera suborno

---

(69) *Stoner v. California*, 376 US 483, 488 (1964); LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 614.

(70) *Schnepper v. California*, 384 US 757, 770 (1966).

(71) *McCray v. Illinois*, 386 US 300 (1967).

(72) *Cooper v. California*, 386 US 58, 59-60 (1967).

(73) *Benanti v. U.S.*, 335 US 96, 99 (1957).

(74) *Rathbun v. U.S.*, 355 US 107 (1957).

a fiscal de tributos, o qual, instruído por seus superiores, fingiu aceitar, e, no escritório de Lopez, gravou a conversa sem conhecimento do réu; no segundo, *Hoffa*, o réu foi condenado por tentativa de suborno de membros do júri em processo que respondia, e a prova foi obtida por um informante da polícia que, fazendo-se passar por integrante do grupo do réu, tinha acesso à suíte do hotel em que se hospedava Hoffa (75).

Em *Berger v. New York*, em 1967, a maioria declarou inconstitucional lei de New York sobre escuta eletrônica clandestina, porquanto a linguagem da lei era “muito abrangente resultando numa intrusão de direito constitucionalmente protegido” (76), e, portanto, “violadora das Quarta e Quinta Emendas” (77). Apontando para a decisão do Ministério da Justiça de proibir tal prática para fins de processo judicial, *Justice CLARK* declarou: “No nosso regime um homem se cala se quiser, ou fala se quiser. A questão está em se ele o faz voluntariamente... Em resumo, não vejo como qualquer escuta eletrônica que obtém provas ou leva a sua busca é ou pode ser constitucional em face da Quarta e Quinta Emendas” (78).

## 2 — Direito à assistência de advogado

Toda esta linha de pensamento levou ao clímax das decisões dramatizadas em *Gideon v. Wainwright* (79), e abriu o caminho para um processo criminal mais humanitário, condicionado por direitos constitucionais. A preocupação da Corte com o grau de coação nas confissões estava essencialmente relacionada à sua determinação de que nenhum réu tivesse sua defesa diminuída pela falta de assistência jurídica profissional. Assim, os anos 60 assistiram, por um lado, a uma série de decisões que progressiva e continuamente expandiram as garantias do réu; por outro, a críticas crescentes de que a tendência de tais decisões era a demolição do sistema de execução das leis.

A admissibilidade das confissões em processo penal fora tópico de debate áspero por décadas. Ainda em 1953 a Corte decidira que a única preocupação da Emenda XIV com o tema era admoestar os tribunais a não admitirem confissões obtidas em circunstâncias “inerentemente desnecessárias de crédito” (80). Seis anos mais tarde, porém, a Corte, aplicando o “teste da credibilidade” a seu próprio alvitre, invalidou con-

(75) *Lopez v. U.S.*, 373 US 427 (1963); *Hoffa v. U.S.*, 385 US 293 (1966); LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, pp. 618-19; KAUPER, *op. cit.*, p. 939.

(76) LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 621.

(77) KAUPER, *op. cit.*, p. 937.

(78) *Berger v. New York*, 388 US 41, 55 *et seq.* (1967).

(79) 372 US 335; 83 S. Ct. 792; 9 L. Ed. 2d. 799 (1963).

(80) *Stein v. New York*, 346 US 156 (1953).



fissões obtidas em maratona de interrogatórios ou mediante ameaça ou molestamento da família ou de amigos do réu. O teste doravante, disse WARREN em 1961, era se quaisquer circunstâncias envolvendo uma confissão eram "tais que subjogavam a vontade do réu de resistir e não admitir confissões involuntárias" (81).

Mesmo o novo teste da "voluntariedade" tinha seus pontos fracos; era, disse CLARK, "um padrão indefinível e incomensurável de coação psicológica" que apenas encorajava os interrogadores a usarem maior inventividade nos seus métodos.

A raiz do problema, apontou DOUGLAS em 1962, era a ausência de advogado durante o inquérito policial, quando os "prejuízos potenciais" para o réu atingiam o ponto máximo. "Um advogado imaginativo", prosseguiu DOUGLAS, "pode prontamente identificar aspectos na vida pregressa do réu que devidamente questionados levantam suspeita quanto à validade de alguma prova da acusação" (82).

Com este voto de DOUGLAS, o palco estava pronto, uma vez mais, para a refutação da amaldiçoada regra de *Betts v. Brady*, e a petição manuscrita de Clarence Gideon, para revisão de sua condenação na Flórida, trouxe a oportunidade no ano seguinte.

Em *Betts* a Corte havia decidido que o Estado, ao indeferir pedido de advogado dativo, não negava o *due process of law* ao réu indigente acusado de roubo, porquanto fora ele informado pelo juiz que o direito só lhe seria assegurado em casos de homicídio ou estupro, ou caso as circunstâncias recomendassem a nomeação como meio de se garantir um julgamento justo, o que, na hipótese, não era necessário. *Justice ROBERTS* assim termina seu voto: "... a Emenda XIV proíbe a condenação e o encarceramento de alguém cujo julgamento não esteja de acordo com as idéias fundamentais e comuns", i.e., do *common law*, "de justiça e direito, e embora a ausência de advogado em seu caso particular possa resultar em uma condenação carente de tais valores fundamentais, não podemos dizer que a Emenda contenha um mandamento inexorável de que nenhum julgamento por qualquer crime, ou em qualquer corte, possa ser conduzido com correção, e que justiça não possa ser feita ao réu, porque não é ele defendido por advogado" (83).

Em janeiro de 1962, em papel timbrado da Divisão de Correções da Flórida, um preso dirigiu-se à Suprema Corte nestes termos: "Eu, Clarence Earl Gideon, informo este Tribunal que sou pobre, sem recursos,

---

(81) *Spano v. New York*, 360 US 315 (1959); *Culombe v. Connecticut*, 357 US 358, 635 (1961).

(82) *Chewning v. Cunningham*, 368 US 443, 446 (1962).

(83) 316 US 455; 62 S. Ct. 1252; 86 L. Ed. 1595 (1942); KAUPER, *op. cit.*, pp. 895-896; LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *op. cit.*, p. 638.

e sem possibilidade de obter ajuda financeira, e eu imploro a este Tribunal que ouça e delibere sobre meu pedido" (84). A Corte de primeira instância, alegou Gideon, recusara-lhe advogado, contrariamente ao direito da Constituição.

Abe Fortas, defensor nomeado pela Suprema Corte, e um dos mais hábeis advogados de Washington então, iniciou dizendo que a questão não era a da necessidade ou não de advogado em um julgamento "justo e decente". "A necessidade de advogado é muito clara para se discutir. Nenhum indivíduo que não seja advogado treinado e experiente tem chance de conhecer ou diligenciar as elaboradas e sofisticadas medidas técnicas que são necessárias para ordenar e avaliar os fatos, analisar o direito, determinar a linha de argumentação, barganhar a acusação, dominar e apresentar todas as considerações de fato e de direito relevantes para sua defesa. Mesmo um advogado criminalista treinado e experiente não deve — e nem o fará, se tiver sensibilidade — promover sua própria defesa".

"As leis sobre confissões involuntárias e buscas e apreensões aplicáveis aos Estados" — prosseguiu Fortas — "são posteriores quase todas a *Betts v. Brady*" (85). Leigos inexperientes, ignorantes das regras do processo criminal, marchavam firmes para armadilhas. Em tais circunstâncias, a distinção entre crimes punidos com penas de reclusão e de detenção, aqueles exigindo advogado dativo, este não, era inválida; se negar advogado a qualquer réu indigente implica em negar o *due process* e a igual proteção das leis, então o impedimento constitucional estendia-se a todos, a despeito da magnitude da acusação.

Portanto, concluiu Fortas, se a decisão em *Mapp* (86) se mostrara necessária para eliminar disparidade inconstitucional entre os tribunais, em matéria de admissibilidade de prova obtida mediante busca ilegal, decisão semelhante, reformando *Betts* na questão de direito a assistência de advogado, tornara-se igualmente imperiosa. E a Corte não poderia se deixar intimidar em razão do efeito retroativo de tal decisão. Em um mundo livre, declarou Fortas, o direito a advogado para os pobres tanto quanto para os ricos "é uma garantia indispensável... da justiça e do direito" (87).

Acatando os argumentos de Fortas, BLACK, por uma corte unânime, concordou que *Betts* devia ser rejeitado. Onde Constituições nacional e estaduais uniformemente buscam proteger os direitos dos réus de modo que todos sejam iguais perante os tribunais, a réu pobre, forçado a exer-

(84) SWINDLER, *op. cit.*, pp. 301-302.

(85) *Id.*, p. 302.

(86) *Supra* nota 61.

(87) Memorial do Recorrente, apud SWINDLER, *op. cit.*, p. 302.

cer sua defesa sem assistência de especialistas, se negava este “nobre ideal” (88)

DOUGLAS acrescentou que “os direitos protegidos contra a intrusão dos Estados pela cláusula do *due process* da Emenda XIV não são versões esmaecidas do que o *Bill of Rights* garante”, sugerindo, desse modo, que, melhor que incorporação, é a concepção da Emenda XIV como protetora de direitos ainda incipientes, proposição esta negada por HARLAN para quem “um direito ou imunidade, válidos contra o governo federal, está implícito no conceito de liberdade ordeira” e, pois, “é válido contra os Estados, o que não implica em interpretar os precedentes como vinculando os Estados ao inteiro sistema das leis federais” (89).

### 3 — Direito à assistência de advogado: a extensão da regra

No caso que se seguiu a *Gideon* (90), a maioria, em voto de DOUGLAS, revogou prática da Califórnia que permitia apelações por intermédio de advogado se o réu pudesse contratá-lo, porém submetia as apelações de indigentes a uma revisão do processo, antes de determinar a necessidade ou não de nomear advogado. “Submeter o indigente a este ônus” — disse DOUGLAS — “é incompatível com um processo justo... O indigente, quando o processo é nebuloso, ou os erros são escondidos, tem direito apenas a um ritual sem significado, enquanto o abastado tem uma apelação eficiente” (91).

HARLAN, dissentindo, reclamou da extensão desusada do direito a advogado em apelação. O requisito da *equal protection* (92), disse ele, não impede o Estado “de adotar lei de aplicação geral que afete o pobre mais severamente que o rico”. Requisitos processuais uniformes são uma coisa, prosseguiu HARLAN, porém “impor aos Estados ‘o dever afirmativo de compensar desvantagens decorrentes de diferenças de circunstâncias econômicas’... seria ler na Constituição filosofia de igualdade estranha a muitos dos conceitos básicos das relações próprias entre governo e sociedade”. Quanto ao *due process*, acrescentou, a Emenda XIV não exige revisão de casos já julgados, e, de qualquer modo, o procedimento de apelação não requer o mesmo tipo de conhecimento jurídico que na primeira instância (93).

Assegurado o direito a assistência de advogado na primeira instância, e presumivelmente na segunda, a questão seguinte foi saber a partir

(88) *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335, 339 (1963).

(89) *Id.*, p. 345, 349.

(90) *Supra* nota 88.

(91) *Douglas v. California*, 372 US 353, 367 (1963).

(92) Emenda XIV, seção I, *in fine*, *supra* nota 1.

(93) *Douglas*, *supra* nota 91, p. 360.

de que momento a presença de defensor tornava-se obrigatória. Mesmo se o *due process* não requeria advogado na fase do inquérito policial, era tal garantia negada se, naquele período, o réu, sem sucesso, solicitasse assistência, ou se seu advogado, sem sucesso, buscasse encontrá-lo? Dois acórdãos de 1958 responderam negativamente. Veio, então, *Escobedo v. Illinois* (94).

Na noite de 19 de janeiro de 1960 um homem foi morto a tiros em Chicago. Um cunhado da vítima, um espanhol-americano de 22 anos, Danny Escobedo, foi preso, sem ordem judicial, às 2:30 horas da manhã, levado à delegacia de polícia e interrogado até as cinco horas da tarde, quando foi solto mediante *habeas corpus* obtido por seu advogado. Em 30 de janeiro, outro suspeito acusou Escobedo de ter disparado os tiros fatais, e, naquela noite, ele e sua irmã, viúva da vítima, foram levados à delegacia.

O advogado de Escobedo chegou pouco depois; apesar dos insistentes pedidos de ambos, porém, não lhes foi permitido que se encontrassem. A uma hora da manhã, o advogado desistiu, e partiu após entregar reclamação escrita ao chefe de polícia de Chicago. Enquanto isso, interrogatório contínuo em espanhol e inglês afinal obteve de Escobedo depoimento que o implicava substancialmente. O promotor, então, anotou o depoimento, em palavras cuidadas, de modo a atender a lei de Illinois sobre apresentação e apreciação de provas. Os registros de toda esta fase inquestionavelmente comprovam que a Escobedo nunca foi dito que tinha o direito, constitucionalmente assegurado, de permanecer calado (95).

A condenação de Escobedo foi revogada por cinco votos a quatro na Suprema Corte. GOLDBERG, pela maioria, declarou que as circunstâncias do que se passou na delegacia, antes da denúncia formal, implicaram na negação do direito a assistência de advogado assegurado pela Sexta Emenda (96) e vinculado aos Estados pela Emenda XIV. Embora o interrogatório tivesse o aspecto superficial de “uma investigação genérica de um ‘crime sem solução’, disse GOLDBERG, na realidade Escobedo “havia se tornado réu, e o propósito do interrogatório era ‘forçá-lo’ a confessar, a despeito do seu direito constitucional de não fazê-lo”.

Qualquer que fosse a percepção de Escobedo do seu direito constitucional, em razão de eventual conselho anterior de seu advogado, enfa-

(94) 378 US 478; 84 S. Ct. 1758; 12 L. Ed. 2d. 977 (1964).

(95) *Id.*, *ibid.*

(96) *Sexta Emenda*: Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime for cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e do motivo da acusação; a ser acareado com as testemunhas de acusação; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

tizou GOLDBERG, como leigo ele estava “indubitavelmente despercebido de que, sob a lei de Illinois, uma admissão de ‘mera’ cumplicidade na conspiração era tão prejudicial quanto a admissão de ter disparado o tiro fatal. Tal era o momento em que a assistência era mais crítica”.

Antecipando a imediata torrente de críticas à nova regra, de que “se o direito à assistência é garantido antes da denúncia, o número de confissões obtidas pela polícia diminuirá significativamente, porquanto a maioria delas é obtida entre a prisão e a denúncia”, GOLDBERG acentuou que “o fato de muitas confissões serem obtidas durante tal período destaca sua natureza crítica como o estágio em que a ajuda e o conselho de advogado são certamente necessários”. A maioria rejeitou a idéia de que o sistema de justiça criminal não poderia sobreviver se não pudesse depender “da abdicação dos cidadãos, em razão do desconhecimento de seus direitos constitucionais”. “Nenhum sistema que valha a pena ser preservado” — asseverou o Tribunal — “deve ter *medo* que o réu consulte seu advogado, aperceba-se de seus direitos, e os exerça” (97).

STEWART, divergindo, disse que assegurar ao cidadão o direito de permanecer calado quando a polícia investiga crime implica em exagerar o significado da garantia constitucional (98).

O extremo lógico, e “o objetivo que a Corte aparentemente tem em vista” — afirmou WHITE, também divergindo — “seria excluir da prova qualquer confissão de um indivíduo suspeito de crime, involuntariamente obtida ou não”.

“O direito a advogado” — prosseguiu — “não somente intitula o indivíduo ao conselho e à ajuda do defensor na preparação do julgamento, como se antepõe como barreira impenetrável a qualquer interrogatório, uma vez que se torne ele suspeito. A partir desse exato instante, o seu direito opera, princípio impraticável e impossível de administrar, salvo se os carros de polícia forem equipados com defensores públicos, e se os agentes secretos e os informantes da polícia tiverem advogados de defesa a seu lado”. Sarcasticamente, WHITE declarou que, em última instância, a decisão da maioria implicava em prover advogado para o criminoso em perspectiva antes que ele cometesse o crime (99).

#### 4 — Os limites da investigação policial

Diante das críticas continuadas de que *Escobedo* havia desmoronado o sistema de execução do direito, a Corte, em 1966, tomou a inicia-

(97) *Escobedo*, supra nota 94, p. 488, 492.

(98) *Id.*, p. 492.

(99) *Id.*, p. 495.

tiva desusada de detalhar o que era e o que não era permitido, na fase de investigação policial, sob o princípio *Escobedo*.

Julgando em conjunto quatro processos sob o título do primeiro deles, *Miranda v. Arizona* (100), WARREN dedicou a maior parte de seu voto à discussão dos detalhes de um inquérito policial. A questão fundamental, disse o *Chief Justice*, era a natureza “das restrições que a sociedade deve observar para ser consistente com a Constituição federal quando processa seus cidadãos por crime”. Descreveu ele, explicitamente, os requisitos constitucionais: antes de qualquer interrogatório, as autoridades devem tornar claro para o acusado seu direito de permanecer calado, bem como sua responsabilidade por qualquer palavra que proferisse e que pudesse ser usada como prova contrária a ele. E mais, o acusado devia ser advertido, de pronto, que tinha o direito “à presença de um advogado, próprio ou dativo”. O interrogado poderia invocar qualquer dos seus direitos a todo momento durante o inquérito, e ainda que tais direitos fossem abdicados, poderiam, à discrição do interrogado, serem invocados novamente a qualquer instante (101).

Quanto aos padrões de interrogatório, descritos nos manuais de polícia, e citados nos memoriais dos réus, WARREN observou que seus objetivos eram claros: “Ficar só com o preso... e privá-lo de qualquer apoio exterior. A aura de certeza de que é ele o culpado mina sua força de resistência... É importante manter o preso inseguro, por exemplo, jogando com sua própria insegurança ou com a do ambiente em que se encontra. A polícia, então, o convence, o trapaceia ou o induz com lisonjas ou falsas promessas a abrir mão de seus direitos constitucionais”.

Nenhuma confissão em tais circunstâncias, afirmou a maioria, poderia ser considerada voluntária. “Um indivíduo arrancado de seu ambiente costumeiro, sob custódia policial, cercado por forças que lhe são antagônicas, e sujeito a tais técnicas de persuasão” — asseverou a Corte — “não está senão compungido a falar”. Desse raciocínio segue que “o direito de ter a assistência de advogado no interrogatório é indispensável à proteção do privilégio da Quinta Emenda” (102) porquanto, com advogado presente, “a probabilidade de que a polícia praticará coação é reduzida, e, se coação assim mesmo for praticada, o advogado poderá alegá-la no tribunal”.

“Qualquer que seja o testemunho das autoridades de que o réu renunciara a seus direitos, a prática de interrogatórios exaustivos ou de

---

(100) Um do Arizona, o segundo da Califórnia, o terceiro de New York, o último da justiça federal de Kansas City.

(101) *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 473; 86 S. Ct. 1602; 16 L. Ed. 2d. 694 (1966).

(102) *Quinta Emenda*: Nenhuma pessoa será obrigada... a depor contra si própria em processo criminal.

prisão incomunicável anterior à renúncia é prova convincente de que o réu não desistiu validamente de seus direitos”, concluiu WARREN. O fato incontestável é que a Quinta Emenda garante que o indivíduo não pode ser compelido a testemunhar contra si próprio. “Tal direito”, disse a maioria, “não pode ser restringido” (103).

HARLAN e WHITE dissentiram vigorosamente. “Acredito que a decisão da Corte” — começou HARLAN — “representa infeliz interpretação constitucional e lega ao país conseqüências danosas”. O “novo código constitucional de regras para confissões” — prosseguiu — “tende a impossibilitar qualquer pressão, a reforçar o suspeito nervoso ou ignorante, e, por último, a desencorajar qualquer confissão”. HARLAN negou enfaticamente que a força da Quinta Emenda fosse para eliminar todo e qualquer tipo de interrogatório que persuadisse o suspeito a abandonar sua resistência. “Até hoje” — disse o *Justice* — “o papel da Constituição tem sido somente o de prevenir pressão indevida, não o de assegurar confissões espontâneas”. Quando é do conhecimento comum “que alguns crimes não podem ser resolvidos sem confissões... a Corte assume grande risco com o bem-estar da sociedade ao impor seu novo regime ao país” (104).

Era necessário reconhecer de início, disse WHITE por seu turno, que o que a maioria fez em *Miranda* foi “criar direito novo e prática nova”. Prossequindo, atacou o que considerou as conseqüências lógicas da decisão: se se exigir a presença de advogado, e se o advogado presumivelmente tiver que advertir o cliente do direito de se calar, “o resultado é que o Judiciário não poderá usar contra o réu prova por ele próprio fornecida, seja voluntariamente ou não”. A falha fundamental do novo princípio, concluiu, não estava na sua filosofia, mas na sua indiscriminada aplicação ao direito penal (105).

Embora a Corte decidisse que *Escobedo* e *Miranda* retroagiam tão-somente à data da primeira decisão (106), 22 de junho de 1964, tribunais estaduais foram inundados quase instantaneamente com *habeas corpus* fundados quer nestes dois casos, quer em *Gideon*. Foi largamente previsto que uma onda de desafios aos interrogadores policiais se seguiria a decisões tão impetuosas, e os extremistas previram uma derrocada geral do sistema processual penal. O fato de que, na primavera de 1967, três dos quatro réus dos processos reformados por *Miranda*, inclusive o próprio Ernesto Miranda, foram condenados no segundo julgamento (ou, em um caso, confessou-se culpado de crime menor), sem uso de suas confissões, não mitigou as críticas.

(103) *Miranda*, 384 US 488 et seq.

(104) *Id.*, p. 504 et seq.

(105) *Id.*, p. 526.

(106) *Johnson v. New Jersey*, 384 US 719 (1966).

A realidade é que, em *Gideon*, *Escobedo* e *Miranda*, uma maioria liberal e ativista da Suprema Corte assegurou um absolutismo das garantias da Quarta, Quinta e Sexta Emendas pelo menos igual àquele assegurado à Primeira Emenda nos casos de liberdade de imprensa e nos de obscenidade, ou antes mesmo, nos processos de liberdade de associação. O tema dominante do direito constitucional que emerge da década de 60 é a importância dos direitos individuais sobre os direitos da sociedade organizada. Pode haver, como a Corte seguidamente advertiu, “um balanceamento de tais direitos, porém o fato é que o direito de um cidadão que a Corte reconheça e garanta só poderá ser limitado por direitos institucionais que pesem no outro prato da balança” (107).

## VI — O LEGADO DE WARREN

ARTHUR GOLDBERG certa feita declarou que as principais realizações da Corte nos quinze anos da presidência de WARREN foram, primeiro, dar cunho de realidade garantida por lei à proclamada crença na igualdade racial; segundo, iniciar mudança profunda no processo político democrático e, terceiro, promover verdadeira revolução na justiça criminal federal e estadual (108).

No tocante a justiça criminal, a Corte asseverou sua fé na contínua atualidade do *Bill of Rights*. “Embora nosso sistema criminal” — afirmou GOLDBERG — “esteja longe da perfeição, hoje, pelo menos, marchamos por um caminho de justiça igualitária para todos, pobres ou ricos, sejam eles julgados pelo governo estadual ou federal” (109).

As decisões da Corte WARREN, quer as que discutiram direitos políticos, seja as que versaram direito penal, foram fundamentais precisamente por não serem mera extensão de direitos preexistentes. Elas representaram uma promessa inteiramente nova: o princípio novo de que onde quer que exista um direito, este direito não deixará de ser garantido em consequência da pobreza ou ignorância do réu, ou da falta de remédio processual. “Tais decisões repousam próximo à essência mesma de nossas grandes liberdades constitucionais”, asseverou uma vez mais GOLDBERG (110). As mudanças feitas tiveram por fim adaptar o direito às novas circunstâncias, garantir que ele não perdesse seu significado na nova sociedade, permitir seu exercício efetivo e contínuo dentro de um espírito de igualdade, e possibilitar que ele fizesse frente aos novos males e obstáculos que os constituintes do século XVIII não conheceram. Em resumo, tais transformações objetivaram dar efeito

(107) SWINDLER, *op. cit.*, p. 308.

(108) ARTHUR GOLDBERG, *Equal Justice — The Warren Era of the Supreme Court*; pp. 5-6, Farrar, Strauss & Giroux; New York, 1971.

(109) *Id.*, pp. 6-7.

(110) *Id.*, p. 21.



prático às proteções do *Bill of Rights* e a lidar com as realidades de situações as mais diversas que a Corte teve de enfrentar.

Aspecto importante desta fase da história da Corte, talvez que o mais relevante e o que mais próximo esteja de explicar a sua atuação, sem dúvida seu grande legado à nação, é a visão que teve da sua função na estrutura de poder de uma sociedade democrática.

Rejeitaram WARREN e seus pares a postura tradicional de passividade do Poder Judiciário, para muitos “uma de suas mais proeminentes características” (111). Se, por um lado, continuaram a não controlar a seqüência dos processos que lhes chegavam às mãos, o que dificultava ordenar a transformação do direito que, segundo seu entendimento, se fazia necessária, por outro, ousaram correr o risco de discernir, a despeito de todas as críticas, dentre os fatos que os litigantes lhes traziam, aqueles que ilustravam a situação que julgavam ser a de incontáveis cidadãos impedidos de peticionarem perante a Corte. Por conseguinte, lançaram suas decisões em termos universais, tornando realidade a promessa de que todos os que se achavam em situação semelhante estariam vinculados de igual modo.

Rejeitaram, ainda, a interpretação tradicional do *judicial restraint*, segundo a qual os juízes, porque não prestam contas ao eleitorado e porque são vitalícios, devem sempre dar preferência ao julgamento popular, valorado como mais democrático. Assim, não devem os magistrados, de acordo com esta linha de pensamento, imporem suas opiniões à sociedade; ao contrário, devem submeter-se ao julgamento do Poder Legislativo.

A Corte WARREN acatou o princípio no tocante à regulamentação da vida econômica, mas não quanto aos direitos individuais. E o fez, acredito eu, a despeito do que em contrário dizem alguns especialistas, com irresponsável justificativa: um judiciário atuante e presente na proteção dos direitos e liberdades individuais é um vigia permanente, um observador poderoso e um julgador imparcial da justiça e da igualdade do processo político da sociedade.

Garantir justiça e igualdade implicou, necessariamente, por exemplo, em verificar detalhadamente a intenção do Poder Legislativo ao passar leis limitando o direito de votos dos negros (112) e dos que eram muito pobres para pagar o imposto de alistamento eleitoral (113). E o resultado foi declarar tais práticas inconstitucionais, o que acarretou colocar o discernimento judicial acima da discricção legislativa. Implicou, também, na prevenção das restrições à expressão do pensamento

(111) DONALD L. HOROWITZ, *The Courts and Social Policy*, p. 38, The Brookings Institution; Washington, DC, 1977.

(112) Eg., *Gomillion v. Lightfoot*, 364 US 339 (1960).

(113) *Harper v. Va. Bd. of Elections*, 383 US 663 (1966).

político impopular, porquanto, preservando o livre intercâmbio de idéias, estava a Corte preservando a eficácia do regime político democrático.

Implicou, por fim, na proteção do que ARTHUR GOLDBERG denominou a “minoría permanente” (114). A teoria da democracia, explica o *Justice*, sugere que ela funciona melhor quando as maiorías são formadas por coalizões em contínua mutação, isto é, que cada cidadão que se encontre na minoría em alguns assuntos, em outros se ache na maioría. Enquanto as minorías flutuarem deste modo, as maiorías hesitarão em tratá-las injustamente, porquanto aquele que vota para explorar outro hoje, amanhã poderá se encontrar em uma minoría sujeita à exploração. Porque “minorías permanentes” diversas tinham dificuldade de se organizarem em alianças políticas eficientes, a Corte WARREN a elas se substituiu, num ativismo sem precedentes, cujas conseqüências hoje raras são aqueles que as lamentam.

Creio, pois, poder-se dizer que, além dos três pontos indicados por GOLDBERG, três outros, igualmente relevantes, podem ser destacadas no legado da Corte WARREN: primeiro, que um Poder Judiciário politicamente ativo e influente, que ocupe os espaços deixados vazios quer pela indiferença do Executivo, seja pelo jogo de interesses do Legislativo, é absolutamente possível, a despeito das limitações impostas pela teoria democrática e pelos cânones tradicionais do direito; segundo, que liberdade pessoal máxima é a pedra de toque de uma sociedade madura, cuja estabilidade não será jamais permanente se prevalecerem por longos períodos de tempo, adquirindo, pois, matizes de certeza e legitimidade, leis ou políticas de disfarçada intolerância para com grupos ou idéias em oposição à maioría do momento; terceiro, que uma sociedade verdadeiramente democrática e livre só será viável se o direito assistir a todos indistintamente, a despeito das diferenças de raça, posição social ou credo político.

Obs.: Os textos dos processos da Suprema Corte, a não ser que de outra forma indicados, baselam-se no que está publicado nas seguintes obras: LOCKHART, KAMISAR & CHOPER, *Constitutional Law — Cases, Comments, Questions*, West Pub. Co., St. Paul, Minn., 1975; PAUL G. KAUPER, *Constitutional Law — Cases and Materials*, 4ª ed., Little, Brown & Co., Boston, 1972; GERALD GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*, 9ª ed., The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1975; LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1978; PAUL C. BARTHOLOMEW, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Littlefield, Adams & Co., Totowa, N.J., 1978; BERNARD SCHWARTZ, *Constitutional Law*, Macmillan Pub. Co. Inc., New York, N.Y., 1972; BERNARD SCHWARTZ, *The Law in American — A History*, McGraw Hill Co., New York, N.Y., 1974; WILLIAM F. SWINDLER, *Court and Constitution in the 20th. Century — The New Legality*, Bobs-Merril Co., Inc., New York, N.Y., 1970.

---

(114) GOLDBERG, *op. cit.*, p. 49.