

FEDERALISMO E ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Professor da Universidade de Brasília (1965-1985), Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União, Master of Comparative Law — Estados Unidos (1963-1964), Doutor em Direito pela Universidade de MG (1982), Enseignant de Droits de l'Homme — Strasbourg (1976), Visiting Professor da ONU (1976), Honorary District Attorney of Philadelphia (1976), Curso na Universidade de Roma (1981), Ex-membro do Ministério Público de MG e do DF.

"A Suprema Corte realizou através de suas decisões aquele ideal de uniformidade nacional pelo qual tanto batalharam o inglês Jeremy Bentham e os americanos Story e Kenty, através de sonho de codificação que afinal não veio."

GILMORE — As 3 Eras do Direito Americano.

1ª PARTE

ASPECTOS DO FEDERALISMO AMERICANO

A evolução do Federalismo Americano se confunde com a própria história da formação do poder nacional daquela grande Nação.

A Declaração da Independência, de 4 de julho de 1776, anunciava o nascimento de uma nova Nação, mas as contestações bélicas da Inglaterra estavam a exigir a união das 13 colônias em torno de um ideal maior de nacionalidade.

O primeiro grande passo nesse sentido foi dado em 1780, quando as colônias, seguindo o exemplo de Nova York, cederam milhões de hectares de terra ao governo central, numa inequívoca demonstração de unidade e nacionalidade que tanto se fazia mister, naqueles conturbados anos.

A luta contra a Inglaterra contribuiu, de maneira decisiva, para mudança de filosofia individualista e de nítida feição local das colônias para uma abertura em prol da união dos estados.

Além disso, a posição desigual entre as grandes colônias como Massachusetts, New York e Pensilvânia prejudicava as pequenas como New Jersey, a ponto de as pessoas não poderem cruzar o rio Hudson para vir vender suas hortaliças sem pagar pesadas taxas a New York.

Outras situações anômalas também se constituíam em matéria de relações internacionais e internas, como a da variedade e da multiplicidade de moedas.

As dificuldades econômicas, geradas pela guerra contra a Inglaterra, descontentavam a poderosa classe dos fazendeiros e agricultores que assim se viam compelidos às barras dos tribunais em processos executivos de dívidas.

Nessa ocasião, George Washington escreveu que os estados se encontravam unidos apenas por “uma corda de areia” e o prestígio do Congresso havia chegado a um ponto muito baixo.

Foi quando Alexandre Hamilton conseguiu convencer seus colegas da necessidade de se regular o comércio interestadual que era a espinha dorsal do relacionamento entre os estados.

E realmente um conclave se realizou em 1787, em Philadelphia, onde os mais brilhantes líderes representavam seus estados.

Lá estavam entre outros, George Washington, Benjamim Franklin, Morris, James Wilson, James Madison, Hamilton, etc. Ausente, Thomas Jefferson, em missão oficial na França.

A tônica da reunião foi a necessidade de se criar um governo novo, através da reconciliação dos governos locais com o governo central.

Adotaram o princípio de que as funções e poderes do governo nacional deveriam ser cuidadosamente definidos e estabelecidos, ficando aos estados os demais remanescentes poderes.

Entre os principais poderes do governo central estavam os de cunhar moedas, regular o comércio, declarar guerra e assinar paz.

Um dos primeiros problemas a surgir foi o da representatividade dos estados no governo central.

Os grandes batiam-se pela representação proporcional à sua população, ao passo que os pequenos não queriam que sua influência fosse diluída, em função do número de seus representantes.

O debate se prolongou quase que indefinidamente, até que o representante de Connecticut encontrou a fórmula do consenso: representação proporcional na Câmara dos Deputados e representação igual no Senado.

A reunião de Philadelphia resultou no mais perfeito e duradouro documento público da história política da humanidade.

Na concessão de poderes, a convenção de 1787 delegou ao governo federal todos os poderes para lançar e arrecadar impostos, direitos, tributos e taxas, pagar as dívidas e prover à defesa comum e ao bem-estar geral dos Estados Unidos, todos os direitos, tributos e taxas deveriam ser uniformes em todos os Estados Unidos:

contrair empréstimos, sob o crédito dos Estados Unidos;

regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos Estados e com as tribos de índios;

estabelecer uma regra uniforme de naturalização e leis uniformes de falência, em todos os Estados Unidos;

cunhar moeda, regular o valor desta e da moeda estrangeira e fixar o padrão dos pesos e medidas;

estatuir penas para a falsificação de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos;

estabelecer agências e estradas para o serviço postal;

promover o progresso da ciência e das artes úteis, assegurando por tempo limitado, aos autores e inventores direitos exclusivos aos seus respectivos escritos e descobertas;

criar tribunais inferiores à Corte Suprema;

definir e punir os atos de pirataria, os delitos cometidos em alto mar e as violações ao direito das gentes;

declarar guerra, conceder cartas de corso e de represálias e ditar regulamentos relativos às presas feitas em terra e no mar;

organizar e manter exércitos, não podendo qualquer crédito para tal fim exceder o prazo de dois anos;

organizar e manter uma marinha de guerra;

ditar regras para a administração e disciplina das forças de terra e mar;

regular a convocação da milícia, a fim de garantir a execução das leis da União, reprimir insurreições e repelir invasões;

promover a organização, armamento e treinamento da milícia, bem como a administração das partes desta empregada no serviço dos Estados Unidos, reservando-se aos estados a nomeação dos oficiais e a obrigação do treinamento, de acordo com a disciplina prescrita pelo Congresso;

exercer a competência legislativa exclusiva no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que se possa tornar, mediante cessão dos estados e aceitação do Congresso, a sede do governo dos Estados Unidos e exercer igual poder, em todas as áreas adquiridas, com o consentimento da legislatura do Estado, em que as mesmas estiverem situadas, para a construção de fortes, armazéns, arsenais, estaleiros e outros edifícios necessários; e

elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais poderes conferidos por esta Constituição ao Governo dos Estados ou aos seus departamentos ou funcionários.

Como se vê, como corolário dessa enumeração de poderes está a notável “necessary and proper clause”, através da qual a constituição atribua ao governo central o poder de fazer todas as leis que se tornassem necessárias e convenientes para por em execução os poderes enumerados e todos os outros de que se encontrassem investidos o governo e seus agentes.

A convenção havia decidido que a Constituição entraria em vigor logo que fosse aprovada por 9 dos 13 Estados.

O forte medo de um poder central forte fez com que se exarcebassem as divergências entre o grupo dos Federalistas e dos Antifederalistas.

Lucrou a ciência política com a publicação dos *Federalist Papers* que foram de autoria de Hamilton, Madison e John Jay e que hoje constituem um notável patrimônio da literatura jus política.

Não obstante a perfeição do documento constitucional o interregno de 3 anos de sua elaboração iria mostrar a conveniência da elaboração de um *bill of*

rights que desse a garantia aos Estados e a força ao governo central para fazer cumprir os seus poderes.

A decisão a que chegaram foi a de que a União não agiria contra os Estados mas sim contra os indivíduos, pois a lei era dirigida a todos os habitantes do país.

E assim foram elaboradas as 10 primeiras emendas das quais a décima está assim redigida: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição nem por ela proibidos aos Estados, são reservados respectivamente aos Estados e ao povo.”

A experiência de 2 séculos permite à doutrina apontar como principais feições do federalismo americano os seguintes elementos:

1. União de Estados autônomos.
2. Divisão de poderes entre a União e os Estados, cabendo àquela os poderes enumerados e aos segundos os residuais ou reservados.
3. Supremacia da Constituição federal e das leis e tratados que se fizerem em decorrência desse poder.
4. Plenitude de poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como o poder de criar impostos a todos os Estados e ao governo central.
5. A supremacia da Constituição cujo controle é exercido através da *judicial review*, especialmente pela Suprema Corte.

O Federalismo americano tem passado por diversas fases, sendo a primeira delas a própria confederação que funcionou até o estabelecimento do 1º governo federal, em 1789.

Veio, em seguida, o Federalismo *gendarme* em que a União se comportava como a guardiã da defesa externa, da política externa, do comércio interestadual e desbravava o oeste.

Depois, chegou a fase do Federalismo cooperativo, com o advento da 1ª Grande Guerra e a eleição de Woodrow Wilson e que durou até 1950.

Pertence a essa época o “New Deal” de Franklin Delano Roosevelt, onde os anseios dos Estados eram acolhidos e partilhados pela União.

Nessa terceira fase, adotou-se avançada política dos Direitos Civis, em que a verdadeira identidade nacional e a cidadania ficaram mais palpáveis, através da liderança da União.

Esse federalismo cooperativo durou até 1950.

Surgiram então os primeiros choques quando o “clientelismo político” — consistente na força dos líderes locais do partido junto aos que controlavam a Casa Branca — passou a dominar.

É também deste tempo a Presidência Imperial, em que o Executivo Federal passou a ter uma força maior e a suplantar o Legislativo.

Isso foi possível, sobretudo, graças aos *grants-in aids* que eram volumosos auxílios e verbas federais que a clientela política postulava ao governo central.

Essa ação intergovernamental era dirigida por um *Advisory Comission* e por um *Joint Committee* em busca de uma *big society*.

O poder central cresceu assustadoramente.

Nixon e Carter acenaram para uma participação maior de estados e municípios no processo decisório.

Tudo sem relegar ao oblívio o papel preponderante da União na condução do problema dos direitos civis e humanos.

A mesma tendência se nota em Reagan em cuja administração já se tem falado nos “direitos dos Estados”.

Eis aí o federalismo.

O Federalismo, tal qual o indica o seu étimo latino — *Foedus-foederis* — significa aliança.

Consiste numa aliança ou união de vários poderes que se diversificam na unidade e se unificam em sua diversidade.

Essa dispersão estrutural do poder — de que fala o cientista político Daniel J. Elazar — é fruto da concepção original do sistema que foi visualizado como uma matriz e não hierarquia, um sistema em áreas e não em níveis.

Mas ao mesmo tempo, não se pode afirmar que não haja linhas de autoridade neste sistema piramidal: em algum lugar e momento, as decisões têm de ser tomadas, mas o problema não é haver uma só ou nenhuma decisão, mas várias ou muitas, cabendo a alguma delas tomar a precedência em diferentes situações.

2ª PARTE

FEDERALISMO JUDICIAL

I

INTRODUÇÃO

O Federalismo, pela sua magna importância no sistema de governo americano, do mesmo modo que comporta um enfoque de natureza política, pode ser visto sob o ângulo do controle jurisdicional.

É o que os autores costumam chamar “Judicial Federalismo”.

Já se afirmou, algures, que a existência de bons juízes tem o condão de transformar as más leis em boas.

Se fizermos um retrospecto da história política dos Estados Unidos, veremos que, nos grandes momentos, surge a figura de um grande magistrado.

Marshall, Holmes, Brandeis, Hughes, Cardoso, Warren são apenas alguns dos grandes nomes que engrandeceram a judicatura dos Estados Unidos.

O êxito (extraordinário) do federalismo norte-americano é ao mesmo tempo um atestado de perenidade da teoria política de Montesquieu que através do mecanismo dos **checks and balances** (dos freios e contrapesos) realiza o equilíbrio do poder.

Aqui também, no Federalismo, a dispersão estrutural do poder faz com que se alcance o equilíbrio entre o poder central, os Estados e as municipalidades.

Mas em um como em outro, esse equilíbrio é realizado em grande parte através do poder judiciário, em tese, o mais fraco e desarmado dos três.

É que a ele cabe a função de interpretar a constituição e as leis do país.

GERALD JOHNSON, escrevendo sobre homens que marcaram época como os Presidentes da Suprema Corte Marshall e seu sucessor, mostra como a liderança de homens daquela têmpera elevou a Suprema Corte de uma mera repartição ao segundo poder efetivo da República.

Diz o festejado autor:

“Poderão alegar que a modificação se realizaria de qualquer forma, se não através de Marshall, pelas mãos de algum outro homem, portanto, por que chamá-lo de importante pelo simples fato de se achar presente? Tal alegação não é verdadeira; a modificação não se processaria de qualquer forma. O Supremo Tribunal poderia ter sido de opinião que era forçado a aceitar todas as leis passadas pelo Congresso. Se assim fosse, jamais teríamos tido o equilíbrio de poderes que muitos julgam indispensáveis à subsistência da República. Sem esse equilíbrio os Estados Unidos provavelmente ter-se-iam destruído logo após a Guerra de 1812, e é quase certo que também o mesmo tivesse acontecido por ocasião da Guerra Civil. Talvez algum outro homem agisse como Marshall, e talvez não; é quase certo que ninguém mais o faria com tanta serenidade e inteligência. Seja como for, John Marshall foi um grande homem, apesar de muito orgulhoso e obstinado.”

São de sua responsabilidade dois dos maiores e mais importantes casos da história judiciária dos EE. Unidos: o caso *Marbury v. Madison*, de 1803 e o *McCulloch v. Maryland*, de 1816.

No 1º, se estabeleceu a mais importante conquista do direito: o poder da Suprema Corte de controlar os atos do Poder Legislativo e do próprio Executivo, podendo declará-los inconstitucionais.

No 2º, a supremacia do direito federal sobre o direito estadual, através da cláusula dos poderes próprios e necessários. Foi nesse caso que ele teve a oportu-

tunidade de fazer a afirmação que veio a se tornar célebre: o poder de tributar é o poder de destruir.

Nele, a Suprema Corte decidiu, através de um dos mais brilhantes votos de Marshall, que a cobrança de impostos, por parte de um Estado, em relação a um Banco Federal, é inconstitucional pois limita a União de exercer seus poderes, quer explícitos quer implícitos na Constituição.

Outros casos importantes, envolvendo a questão federal, foram decididos nesse 1º século do federalismo.

Em *Gibbons v. Ogden*, em 1824, a Corte julgou o caso da autorização legislativa que Robert Livingston havia obtido do legislativo de New York para, durante 20 anos, navegar os rios e águas do Estado, contanto que, até 1800, construísse um barco que fosse capaz de desenvolver 4 milhas, por hora, contra a corrente do rio Hudson. Transferiu esse direito a Ogden, que moveu a ação contra um concorrente, de nome Gibbons. Ogden perdeu.

Foi o 1º caso coberto pela **cláusula do comércio**. A grande questão era saber se os estados podiam exercer jurisdição sobre o comércio interestadual, quando o Congresso já houvesse legislado sobre idêntica matéria.

A decisão foi de que os atos da legislatura de New York deveriam ceder à legislação federal e a decisão anterior da corte inferior que assim não dispunha devia estar errada.

Em 1852, novo caso vem aos tribunais: *Cooley v. The Port of Philadelphia*.

Nesta hipótese, não havia lei federal regulando a atividade de pilotagem. Indagava-se se, nesta hipótese, os Estados podiam legislar. A corte considerou a lei estadual válida porque o Congresso não havia legislado sobre a matéria. Houve 2 votos vencidos que consideravam exclusivo o direito da União para legislar sobre **interstate commerce**.

II

O ATIVISMO JUDICIAL: DOIS ESTILOS

Falando a respeito de Roger B. Taney, sucessor de Marshall em 1835, disse o citado autor:

“Este Presidente do Tribunal cometeu um erro terrível na decisão **Dred Scott**, com o que esteve perto de causar a destruição do Supremo Tribunal. Em vista disso, durante muitos anos foi considerado um indivíduo insignificante, e ninguém, exceto poucos especialistas em História Jurídica, tributou-lhe qualquer estudo sério. Mais recentemente, porém, as opiniões se modificaram, a ponto de, em 1961, um historiador do Supremo Tribunal Federal haver declarado categoricamente que Taney foi o segundo Presidente do Supremo Tribunal em importância da História, sobrepujado unicamente por Marshall.

Pelo menos um fato é certo: antes de desgastá-lo, Taney elevou consideravelmente o Supremo Tribunal. Mas ele não utilizava os mesmos métodos de Marshall. Este tinha plena consciência, a maior parte do tempo, de que não dispunha de força física, soldados ou policiais, que mantivessem suas decisões, podendo contar exclusivamente com a opinião pública. Algumas de suas idéias, contudo, eram bastante mais avançadas que a opinião pública, sendo com relação a elas que se destacou sua habilidade. Era argumentador tão astuto que podia tomar um ponto obscuro da lei e torná-lo tão claro e simples que o cidadão comum, que jamais havia pensado naquilo, ficava convencido de que sempre pensara da mesma forma que Marshall.

A força de Taney era diferente. Longa experiência política, em grande parte adquirida ao trabalhar com o mestre nessa ciência, Andrew Jackson, havia-lhe granjeado uma excepcional habilidade em sondar a opinião pública. Poucos homens entendiam melhor como o homem comum reagiria a qualquer proposta que pudesse surgir, e por ter profundos conhecimentos jurídicos, ele podia geralmente interpretar as leis de maneira a irem ao encontro do pensamento do povo. Marshall conseguia fazer a opinião pública amoldar-se às leis; Taney ajustava a lei à opinião pública. Mas ambos mantinham o poder da Nação apoiando o Tribunal, e o prestígio deste elevou-se cada vez mais.

A grande deficiência dos dois juízes era uma tendência a esquecer um fato de suma importância, qual seja, que o governo não consiste unicamente em direito. É formado em parte de política e só ocasionalmente pode a política ser determinada por lei. Quando surge um problema, caso se trate de uma questão de justiça, o Legislativo e o Judiciário, o Congresso e o Supremo Tribunal, poderão dele encarregar-se em conjunto. Mas quando se trata de aspectos políticos, o Legislativo e o Executivo, o Congresso e o Presidente, deverão tomar a si a incumbência. O Judiciário não se envolve.

O Supremo Tribunal pode declarar o que é constitucional, e o que está de acordo com as leis e costumes das nações civilizadas. Mas não pode dizer, ao surgirem novas circunstâncias, o que é aconselhável para o caso, o que lhe é mais conveniente.

Embora o Supremo Tribunal não disponha de uma única baioneta ou de um cassete policial com que possa obrigar o cumprimento de seus mandados, contará com poder suficiente enquanto estiver apoiado pela opinião pública. Além do mais, como se constatou que sucessivas importantes decisões foram justas e esclarecidas, a confiança do povo no Tribunal sempre esteve em ascensão. Somente quando foi ele incumbido de decidir quais eram as questões verdadei-

ramente políticas, por exemplo, lidar com os índios era uma questão em grande parte política — aquela confiança ficou abalada. Mas Marshall sempre se inclinava a levar o poder do Tribunal o mais longe possível, e por ocasião de sua morte alguns homens mais cordatos já começavam a preocupar-se, pois parecia-lhes que o Tribunal estava tentando tomar a seu cargo todas as funções do governo.”

E mais adiante:

“Durante vinte anos o Tribunal, sob a autoridade do Presidente do Supremo Tribunal. Taney seguiu a mesma orientação, não tanto procurando estender seu poder, mas usando esse poder com mais rigor ao tornar a legislatura mais clara e mais definida. Ao fazê-lo, o prestígio do Tribunal elevou-se extremamente, e o povo foi ficando cada vez menos disposto a permitir que alguém afrontasse suas decisões.

Todo esse tempo, há quem diga, houve uma questão fundamental apoiando praticamente todos os casos que foram submetidos ao Supremo Tribunal. O ponto imediato poderia ser qualquer coisa — contratos, comércio interestadual, o Banco dos Estados Unidos, impostos, etc., — mas por detrás do ponto imediato existia sempre a questão da relação entre os vários Estados e a União.

Seja como for, quase todas as grandes decisões do Tribunal dirigido por Marshall e Taney referiam-se às relações dos Estados com a União. Marshall, de um modo geral, estabelecia os limites além dos quais os Estados não podiam avançar; Taney, geralmente, estabelecia os limites além dos quais a União não podia avançar. Com a reunião dos dois, a lei se tornava maravilhosamente clara, e eles o conseguiam com tal habilidade que, para a maioria das pessoas parecia justo e próprio que a relação legal entre o Estado e a União devesse ser com eles, afirmavam. E assim o Tribunal tornou-se altamente respeitado e seu poder aumentou em larga escala.

Mas governo não é apenas jurisdição, e durante todo esse tempo a tensão no campo político formava-se gradualmente até atingir o ponto de explosão. A questão era a escravidão negra, consistindo, na verdade, mais num caso de polícia que de jurisdição. A lei era suficientemente clara. A Constituição tolerava a instituição da escravidão e as várias leis relacionadas com o assunto eram baseadas nessa tolerância. Mas aumentava cada vez mais o número de pessoas que julgavam errada a própria tolerância. A solução seria a emenda da Constituição, mas emenda é questão política e não legal.

O erro de Taney foi esquecer ou desprezar esse fato quando o caso de Dred Scott chegou à sua presença.”

Com essa decisão o Tribunal entrou em crise de desprestígio a ponto de, no caso Merryman, em 1861, um civil ser preso por um oficial do Exército por suspeita e atirado numa cela de Fort McHenry e, tendo o Presidente Taney expedido uma ordem de *habeas corpus*, o comandante do forte se recusou a acatá-la, alegando cumprir ordens do Presidente da República.

Foi a suprema humilhação da Corte, não igualada nem no caso dos índios da Geórgia, em que Marshall também viu descumprida uma decisão sua, a respeito do problema político dos índios.

Essa intromissão em assuntos políticos tirou a base e sustentáculo da Corte.

Daí a afirmação do citado autor:

“Ele devia saber que isso não seria possível, já que fora esse o pensamento de Marshall no caso dos índios da Geórgia, que também constituía matéria política. Quando Marshall tentara encaminhá-lo para o campo político, o que fizera na realidade fora arrastar o Tribunal para a política, expondo-o ao ridículo. Mas o caso dos índios era de reduzida importância e não agitara todo o país, tendo suas consequências para Marshall consistido em pouco mais que um vexame. Escravatura, ao contrário, constituía a questão de maior importância para a Nação, de forma que quanto Taney arrastou o Tribunal para a política no tocante àquele assunto, quase chegou a destruí-lo, além de ficar com seu prestígio seriamente abalado durante muitos anos.”

E Gilmore completou:

“Havia uma questão que acabou por dilacerar a União... a contribuição judicial ao debate sobre a escravidão pode ter servido para agravar a situação e precipitar a catástrofe.”

III

DUE PROCESS OF LAW, EQUAL PROTECTION

E INTERSTATE COMMERCE:

AS 3 REGRAS DE OURO DO FEDERALISMO

O fim da guerra civil marcou também o início da verdadeira indetidade nacional americana e da cidadania e a União passou a ditar uma política de direitos civis.

Através da votação da XIV Emenda em 28 de julho de 1868, os Estados se viram compelidos ao *due process of law* e à *equal protection of the law*.

Que significa o *due process of law*? As respostas tem sido dadas desde 1887 e continuarão a sê-lo.

Além do significado que na perífrase se contém, ele significa muito mais.

Em 1873, o Tribunal decidiu, no caso *Slaughter House* que o Estado pode conceder monopólio a certos ramos de negócio; em 1886 decidiu que as *corporations* são pessoas, no sentido da Emenda XVI e, como tais, amparadas pela cláusula do *due process of law*.

Da interpretação meramente procedimento ou formal, passou-se a uma concepção substantiva da cláusula.

A princípio, analisando-se a legalidade, tendo como pedra de toques a razoabilidade do fato, o teste deslocou-se para o poder de polícia que a União tem v.g., segurança geral, bons costumes ou bem-estar.

Baseado nessa cláusula, de 1890 a 1937, diz Corwin, a Suprema Corte declarou inválidas 55 leis federais e 228 estaduais.

Apenas o critério de apreciar a legalidade se deslocou do Juiz para o Legislador médio, através do teste da razoabilidade.

A cláusula do *due process* é mais antiga que a do *equal protection*, visto que esta só foi introduzida com a Emenda XIV e ambas têm sido interpretadas no sentido de proteger os direitos e dar as garantias constitucionais de liberdade, vida, propriedade e economia.

Na virada do século, nos anos 1900, o Supremo retirou-se das decisões finais das questões de direito privado e tornou-se um fórum para as controvérsias sócio-políticas provenientes do Direito Constitucional.

Tal comportamento atravessou a época da 1ª Grande Guerra e a eleição do Woodrow Wilson com o seu projeto *New Freedom*, que inicia o federalismo cooperativo e que vai durar até por volta dos anos 50, passando pelo *New Deal*.

Nessa fase do Federalismo dos anos 1900, a questão federal foi ventilada sob a cláusula do *interstate commerce*.

No caso *Hammer v. Dagenhart* — 247US.251 (1918), conhecido como *Child Labor Case*, a lei federal proibia o transporte de mercadorias de fábricas que empregassem crianças.

O que o Congresso visava era proibir o trabalho desses menores, desestimulando-o.

A Suprema Corte julgou inválido o ato do Congresso.

O que a Corte afirmava era que esse poder pertencia aos Estados e a União não poderia invadir a competência dos Estados.

Já dos anos 1930 em diante, a cláusula do *interstate commerce* já foi vista sob outra ótica.

Em *U.S v. Darby* (1941), a Suprema Corte abandonou o seu ponto de vista de *Hammer v. Dagenhart*, com aprovação generalizada. Nos 23 anos que decorreram entre uma e outra decisão, alcançou-se um entendimento mais claro e

mais seguro a cerca da responsabilidade que a cláusula do *interstate commerce* coloca nos ombros dos Congressistas.

A cláusula do comércio interestadual torna o Congresso o guardião único desse interesse vital para a Nação.

Neste caso, tratava-se de proibir o comércio de madeira manufaturado por empregados que ganhassem menos que o salário mínimo estipulado ou que trabalhassem mais horas do que as permitidas.

Ainda no caso *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation* (1937), a Corte exigiu que as empresas que usassem trabalho de presos fizessem constar da embalagem tal fato, para que a concorrência de trabalho livre com o trabalho de preso não fosse fator de desequilíbrio de preços entre os estados.

Entretanto, o pânico da catástrofe econômica de 1929 e a depressão fizeram com que o povo americano voltasse as vistas para o governo de maneira crítica.

Essa atitude levou o Presidente Franklin Delan Roosevelt a propor uma nova política — o *New Deal* — para enfrentar aqueles tormentosos problemas econômicos que haviam causado tanta miséria e até suicídios.

A idéia central de Roosevelt era de que o povo é, e assim deve ser encarado, o principal destinatário da ação governamental. As empresas e as *corporations* devem ceder lugar ao bem-estar do povo.

Impunha-se um novo modo de operar e de trabalhar.

Quase todo mundo pensava assim, exceto 5 dos 9 Ministros que compunham a Suprema Corte.

O resultado foi uma série de percalços para a Corte e principalmente para Roosevelt.

Este pensou em aumentar para 15 o número de Ministros.

Quando o projeto se encontrava no Legislativo, o Ministro Presidente Robert E. Hughes conseguiu influenciar o Juiz Roberts e esse passou a apoiar o *New Deal*: o governo passou a contar com 5x4, a seu favor.

A sensibilidade de Hughes salvou a Corte de uma derrota perante o Executivo e a opinião pública.

IV

POSIÇÃO PREFERENCIAL DOS DIREITOS CIVIS: RESSURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Após os anos 30, passou o econômico a predominar sobre o social e a problemática passou a ter a sua tônica nas liberdades civis.

Casos envolvendo problemas de raça, sexo, idade, liberdade de opinião, de pensamento, palavra ou religião, direito a privacidade, representação política, plenitude de defesa e outros pulavam nas Cortes.

E a magistratura pouco fazia para que as leis restritivas desses direitos fossem julgadas inconstitucionais.

Os comunistas foram perseguidos e se exigia juramento de lealdade para acesso aos cargos públicos. Foi a época áurea do Macartismo.

Uma nota que tem caracterizado o Federalismo Americano é haver sido construído lenta e gradualmente.

Em *Plessy v. Ferguson* (em 1896) a Corte reconheceu a validade da cláusula *equal but separate*, consagrado na legislação de Louisiana que permitia às ferrovias fornecer acomodações separadas para brancos e negros.

Até 1954, a Corte foi aperfeiçoando este entendimento, fazendo ênfase sobre a igualdade de condições. Neste ano, em *Brown v. Board of Education*, a Corte evidenciou que a segregação, em matéria de ensino, visava a proibir aos negros o acesso às coisas da educação do branco e isso era discriminativo.

A partir daí, a dessegregação foi atingindo todas as áreas até tornar-se total, baseado na cláusula da *equal protection of the law*.

Isso se deu nos anos 50 e 60, em que a Corte começou a contribuir para o reconhecimento de uma legislação de cunho nacional.

Ocorreu sobretudo com a Corte de Warren, época em que reapareceu o denominado “judicial activism”.

O instrumento principal foi o uso da Emenda XIV para impor o Bill of Rights aos Estados.

Segundo Gilmore, o ativismo judicial existiu antes do famoso Tribunal Warren, tanto em áreas do Direito Público, como do Direito Privado e as perspectivas são de que essa onda de ativismo continuará, tanto na Suprema Corte como nos demais tribunais.

No próprio Supremo Tribunal, a formação de uma maioria ativista geralmente sólida, da qual os juízes Black e Douglas foram geralmente os porta-vozes, data de 1940, assinala o citado autor.

Gilmore, em sua descontraída obra “As 3 Eras do Direito Americano”, salienta que o espírito criativo e inovador foi uma característica notável do Direito Americano durante o período anterior à 1ª Guerra Civil, que ele chama a Era da Descoberta.

Anota ainda que, já em 1830, Alexis, de Tocqueville o salientava. Realmente, assevera ele, uma característica do Direito Americano que sempre surpreendeu e muitas vezes chocou os observadores estrangeiros é o fato de nossos tribunais rotineiramente assumirem a jurisdição sobre questão que, na maioria

dos outros países, são considerados muito além dos limites da competência judicial.

O notável publicista Bernard Schwartz aponta três princípios que orientaram os tribunais americanos na elaboração de sua jurisprudência, especialmente a Corte de Warren.

O primeiro deles é a doutrina da posição preferencial dos direitos civis sobre os econômicos.

Isso leva à consequência de que a Corte, ao analisar a constitucionalidade de uma lei que possa ferir os citados direitos, deverá dar uma interpretação mais restritiva ao princípio da presunção da constitucionalidade que a legislação traz insito.

O contrário acontecerá com leis que versem sobre outros direitos.

Cada geração tem sua axiologia, sua escala de valores e a atual geração encara os direitos civis como prioritários.

Essa posição preferencial está bem expressa no caso *US v. Carolene Products Co* (1938).

O segundo princípio é da substantivação do *due process of law*.

A princípio, atribuíam-se à perífrase uma interpretação meramente formal. Mas uma interpretação substantiva se faz mister para uma proteção mais efetiva e assim se fez.

A terceira alavanca foi a extensão aos Estados dos direitos assegurados no Bill of Rights.

Entre os casos mais expressivos citarei apenas 4:

1º) *Brown v. Board of Education* (1954) em que se pôs fim à doutrina do *equal but separate* e se introduziu a dessegregação.

2º) *Mapp v. Ohio* (1961) em que se estabeleceu a doutrina de que toda a prova obtida por buscas e apreensões em violação à Constituição Federal é inadmissível numa corte estadual.

3º) *Gideon v. Wainwright* (1963) em que se estabeleceu o direito de defesa pleno, especialmente a presença de um advogado durante o julgamento.

4º) *Miranda v. Arizona* (1966) de que resultou a famosa *Miranda rule* pela qual o acusado, ao ser preso, pode calar-se e exigir a presença de um advogado.

A partir de 1970, com Burger na presidência, a Suprema Corte foi ocupada por juízes mais conservadores, nomeados por Presidentes Republicanos.

Glick cita uma série de decisões recentes nesta linha conservadora:

... a que permitiu a revogação de passaporte para cidadãos cujas viagens são consideradas perigosas à segurança nacional.

... a que invalidou a cidadania de um antigo nazista.

... a que limitou o direito de aborto.

... a que julgou aplicável a lei do rapto somente às mulheres mas não aos homens.

... a que restringiu os direitos de tratamento dos deficientes mentais.

... a que permitiu a limitação das solicitações de fundos feitas pelos Hare Krishna.

Por outro lado, a Corte emitiu algumas decisões consideradas liberais:

... em que se permite o acesso de mulheres às Cortes alegando discriminação sexual por chefes e empregadores.

... em que se determinou pagamento de indenização de desemprego a uma Testemunha de Jeová que preferiu deixar o emprego, a trabalhar na indústria de guerra.

... em que se declarou inconstitucional, por violativa da livre manifestação da palavra, a proibição de cartazes.

De qualquer modo, a política de direitos civis nunca foi tão prestigiada antes de Warren, como hoje.

Ao chegarmos ao termo desta meditação talvez fosse lícito levantar o problema da legitimidade ou da propriedade de se falar em ativismo judicial e em seu antônimo a auto-restrição (*self-restraint*).

O termo é polissêmico e por isso tem-se prestado a vários usos.

Uma coisa porém é certa: sempre existiu e existirá uma filosofia, uma política, uma “frónesis” uma prudência para o tratamento das questões judiciais.

Dependendo do modo mais ou menos intenso como o judiciário abraça uma idéia ou diretriz, dir-se-á que ele é mais ativista ou menos.

Sintoma disso é a ação afirmativa que algumas organizações femininas, grupos de direitos civis e outros que têm pleiteado maior participação na escolha especialmente dos juizes federais.

E para concluir, citemos mais uma vez a Gilmore: “nós nos propusemos a criar um sistema legal racionalmente organizado. Tivemos que ajustá-lo ao ritmo vertiginoso das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas. Tivemos que enfrentar os complexos problemas que derivaram do obscuro conceito metafísico de uma união indissolúvel de estados indestrutíveis. O Congresso Federal fez muito pouco, os legisladores estaduais, menos ainda. Os juizes tornaram-se os solucionadores prediletos dos problemas”.