

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas; Camila Barreto Pinto Silva; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-582-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, sobre o Tema Direito, Cidade Sustentável e diversidade Cultural, realizado nos dias 13, 14 e 15 junho de 2018, promovido em parceria com o curso de Direito da Universidade Federal da Bahia. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais e internacionais, que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos ao direito constitucional, nos objetos de pesquisa de Teoria da Constituição e Democracia, que trazem dos mais diversos temas e que foram enriquecidos pelas exposições e debates subsequentes entre todos os pesquisadores.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 22 ao todo, com a presença de todos os pesquisadores e com abordagens muito inovadoras e pertinentes ao enfrentamento dos temas em relações dialéticas com a realidade diante dos desafios que se apresentam às principais teorias que circundam as propostas do Grupo de Trabalho.

Todos foram permeados de intensos debates, desde as questões relativas ao ensino do direito constitucional e ao alcance da autonomia educacional a partir dos ditames do Estado Democrático de Direito, para também abordar em diversas exposições o núcleo central das críticas à jurisdição constitucional, qual seja, os reflexos acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, questionando também a sua função social.

A partir deste bloco inicial de discussões, igualmente inseriu-se no contexto das comunicações acadêmicas de pesquisas, as conclusões sobre direitos humanos, perpassando estudos sobre a comissão da verdade, sobre a ideia de deveres fundamentais e as funções dos partidos políticos como pilares da democracia brasileira.

Dada a pluralidade dos assuntos constitucionais em análise tratou-se ainda da doutrina sobre as formulações conceituais sobre a justiça, sobre os limites e possibilidades do

individualismo em marco teórico de John Elster e, para finalizar, com uma produção sobre colidência de direitos fundamentais e a possibilidade de solução dos conflitos pelo método da cedência recíproca.

No contexto das exposições, houve cinco comunicações previamente recomendadas para a plataforma index laws journals.

A leitura indicará a preocupação científica com os déficits democráticos na efetividade dos institutos fundamentais constitucionais que integram o objeto do grupo de trabalho, a demonstrar a contribuição acadêmica que o encontro promovido pelo CONPEDI proporcionou.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo – ITE

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CLÁUSULA DA IGUAL PROTEÇÃO (EQUAL PROTECTION): ABORDAGEM TRADICIONAL PELA SUPREMA CORTE AMERICANA

EQUAL PROTECTION: TRADITIONAL APPROACH BY THE AMERICAN SUPREME COURT

Sérgio Augusto Veloso Brasil ¹

Resumo

Apresenta-se breve estudo da jurisprudência constitucional norte-americana. A abordagem tradicional é objeto de estudo e descrevem-se alguns casos decididos pela Suprema Corte americana sob a Cláusula da Igual Proteção. A metodologia adotada foi a teórico dogmática. A abordagem tradicional sob a Cláusula da Igual Proteção permite questionar se ocorreria interferência federal no poder regulatório econômico e social dos Estados em determinadas matérias, em caso de aplicação igualitária da 14^a Emenda. Conclui-se que, sob a Cláusula da Igual Proteção, há garantia constitucional apenas contra as discriminações totalmente arbitrárias.

Palavras-chave: Suprema corte americana, Cláusula da igual proteção, Abordagem tradicional, Décima quarta emenda, Quinta emenda

Abstract/Resumen/Résumé

A brief study of US constitutional jurisprudence is presented. The traditional approach is the object of study and describes some cases decided by the American Supreme Court under the Equal Protection Clause. The methodology adopted was the dogmatic theorist. The traditional approach under the Equal Protection Clause allows us to question whether there would be federal interference in the economic and social regulatory power of the states in certain matters, in case of equal application of the 14th Amendment. It is concluded that, under the Equal Protection Clause, there is a constitutional guarantee only against totally arbitrary discrimination.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: American supreme court, Equal protection clause, Traditional approach, Fourteenth amendment, Fifth amendment

¹ Mestre em Direito; Destaque Acadêmico 7º período de Direito PUC/MINAS; Especialista pela Fundação João Pinheiro/MG 2000 (1º lugar) ; ex aluno da Escola Superior de Guerra/2010.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta um breve estudo de alguns casos decididos pela Suprema Corte americana, com fundamento na Cláusula da Igual Proteção, em uma abordagem tradicional, especificamente: *FCC v. Beach Communications Inc.* e *Railway Express Agência v. Nova York*, apresentados por Lockhart et al. (1996).

Apresentam-se casos em que as decisões da Suprema Corte americana tiveram lastro na Cláusula da Igual Proteção, seja em relação ao texto da 14^a ou da 5^a Emendas. Além dos casos já citados, também se apresenta, sinteticamente, os *Slaughter-House Cases*, de Lousiana, cuja cláusula da Igual Proteção desempenhou papel fundamental em seu desfecho, em períodos distintos, antes e depois das dez primeiras *amendments* (BARACHO, 1999).

A metodologia adotada foi a pesquisa teórico dogmática, com tradução livre do material selecionado. Assim, utilizou-se doutrina, legislação e jurisprudência adequadas à matéria. Essa conduta permitiu o entrelaçamento dos resultados obtidos para se concluir que a Suprema Corte americana, em casos que envolvam questões de bem-estar econômico e social, procura implementar uma garantia constitucional apenas contra as discriminações totalmente arbitrárias, sem interferir no poder de regulamentação dos entes federativos¹.

O artigo é uma proposta que poderá fomentar outros estudos correlacionados com a Teoria da Igual Proteção, remontando a própria história norte-americana, esculpida em princípios revolucionários. Em seu desenvolvimento também foram trazidos a lume pensamentos correlacionados ao tema, apresentados por autores como: Baracho (1999), Dworkin (2007, 2009), Freire (2016), Jordão (2016) e Kriele (2009), entre outros.

Nesse sentido, poder-se-ia citar também a teoria política de Locke, por exemplo, que tem um ingrediente do direito da revolução, ou rever a Teoria da Tolerância, ambas citadas por Baracho (1999, p. 10), sendo que nesta última, o autor frisa que a “Teoria normativa da igual proteção possui argumentos sobre a tolerância no abolicionismo moral, político e no pensamento constitucional americano, da qual surge questões do direito e a livre consciência”.

Há tanto uma proteção dos direitos fundamentais quanto a preocupação em impedir a repressão por parte do Estado. Assim, “[...] a definição dos direitos iguais na comunidade política americana é entendida sobre o aspecto da liberdade e da igualdade entre os cidadãos”

¹ Jordão (2016, p. 49) descreve que os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e do Canadá tem a tendência mais deferente de controle judicial aplicado a uma autoridade administrativa e, em outro giro, países como Itália e França são relativamente pouco deferentes. Para Jordão (2016, p. 50): “Há deferência judicial quando os tribunais se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a *razoabilidade* da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial. Nesta hipótese, os tribunais evitam oferecer *sua própria solução* para a questão controvertida”.

(BARACHO, 1999, p. 10). Note-se que a história americana tem uma nuance correlacionada com dominação. A hierarquia de dominação do Estado americano é uma tônica que causou inúmeros conflitos, interna como externamente. Assim, vem ao encontro dessa assertiva a observação de Baracho (1999, p. 10), que afirma que na amplitude da Teoria da Igual Proteção, que vai além da expressão de poder contido na teoria política abolicionista para uma dimensão maior em que “[...] o poder político deve ser racionalmente justificável”.

Baracho (1999) sintetiza o tema desenvolvido, afirmando que novas interpretações acerca da teoria da tolerância permitiram maior evidência à temática da Igual Proteção, uma vez que o constitucionalismo assumiu o direito de consciência como valor preponderante.

2 BREVE HISTÓRICO DA SUPREMA CORTE AMERICANA

Sobre a história da Suprema Corte Americana, em 1781, nos artigos da Confederação norte-americana ratificados pelos novos Estados Unidos, ainda não existia uma previsão de um sistema judicial nacional. Previa-se, tão somente, uma Corte de Apelações em Casos de Captura, com jurisdição limitada e disputas envolvendo navios capturados. Cada Estado tinha seu próprio sistema judicial e suas Cortes, como ainda hoje os têm (FREIRE, 2017).

Havia uma preocupação que este sistema de tribunais federais com jurisdição geral poderia ameaçar a soberania dos Estados Unidos e, somente na Convenção da Filadélfia, no ano de 1787, é que se inseriu um sistema judicial nacional. Por iniciativa do então Governador da Virgínia, Edmund Randolph, foram criados três ramos para a organização federal: legislativo, executivo e judiciário. E, durante a Convenção de Filadélfia, James Madison, um nacionalista, propôs a criação de um judiciário nacional e também de uma Corte Suprema para que se fizesse cumprir as leis nacionais e supervisionasse os judiciários estaduais.

Havia uma corrente contrária que entendia que a Suprema Corte poderia limitar a autonomia dos Estados, todavia, a corrente vitoriosa culminou em traduzir seu intento no artigo III da Constituição dos Estados Unidos e estabeleceu-se que “[o] Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido de uma Suprema Corte”, e assim, poder-se-ia decidir acerca de casos envolvendo a Constituição nacional e as leis do país, todavia, ainda não foram definidos, ali, o papel e o número de juizes da Suprema Corte, embora tivesse sido exposta a existência de jurisdições recursal e originária (FREIRE, 2017, p. 306).

Após a aprovação da Constituição, em 1787, somente em 1789 buscou-se regulamentar o art. III da Constituição dos EUA e, dessa feita, com a aprovação do *Judiciary Act* estabeleceu-se dois níveis de tribunais inferiores e foi fixado em seis o número de juizes,

atualmente elevado para nove, escolhidos pelo Presidente dos Estados Unidos e confirmados com um voto de maioria pelo Senado. Um desses nove juízes serve como Juiz Chefe, os membros restantes são designados Juízes Associados.

Como em todos os tribunais federais, a jurisdição do tribunal é limitada e grande parte do trabalho consiste na revisão de apelações de casos procedentes de supremas cortes estaduais ou de tribunais federais inferiores, normalmente solucionam em um ano, aproximadamente, uma centena de processos.

A Suprema Corte americana, especialmente por ter seus juízes com um mandato regulado pela Constituição, que estipula que permaneçam enquanto tiverem boa conduta, podendo, inclusive, continuar a exercer seu mandato por toda a vida ou até se aposentar ou sair voluntariamente, tem uma grande influência das suas decisões, não somente em solo americano, mas em todo o mundo. Quando a Suprema Corte Americana reconhece o direito de minorias, por exemplo, causa um grande impacto não somente em âmbito nacional, mas mundialmente. Enfim, note-se, por derradeiro, que todos os juízes participam de todos os casos, “[...] exceto quando algum deles se declara impedido” (FREIRE, 2017, p. 309).

3 A TEORIA DA IGUAL PROTEÇÃO

Dworkin (2007, p. 425), mediante uma reflexão instigante em que pergunta: “O direito constitucional estaria baseado em um erro?”, descreve que há um debate popular sobre como os juízes devem decidir seus casos, considerando que a discussão aumenta ainda mais quando se trata da Corte Suprema. Assim,

Nos Estados Unidos, o debate é mais acalorado e mais confuso quando os juízes em questão pertencem à Suprema Corte, e os casos em pauta são eventos constitucionais que questionam se o Congresso, algum estado ou o presidente têm o poder legal de fazer algo que um ou outro tentou fazer. A Constituição confere poderes limitados a essas instituições e estabelece importantes vedações a cada uma delas. Recusa ao Senado o poder de propor leis envolvendo matéria financeira e nega ao comandante-em-chefe o poder de alojar soldados em residências particulares em tempo de paz. Outras restrições são notoriamente abstratas. A Quinta Emenda insiste em que o Congresso não tome ‘a vida, a liberdade ou a propriedade’ sem o ‘devido processo legal’, a Oitava Emenda, prescreve as penas ‘cruéis e iníquas’, e a Décima Quarta Emenda, que dominou o nosso exemplo do caso *Brow*, exige que nenhum estado negue a qualquer pessoa ‘a igualdade perante a lei’ (DWORKIN, 2007, p. 425).

A literatura base para este estudo foi uma coletânea de decisões da Suprema Corte Americana, sendo que se delimitou para o presente estudo a *Section I. Traditional Approach, Chapter 10 – Equal Protection* (LOCKHART et al., 1996).

No texto de referência da Suprema Corte americana, a respeito da *Equal Protection*, verificam-se considerações contundentes de que praticamente nenhuma legislação aplica-se universalmente e trata igualmente todas as pessoas; todas as leis, de certa forma, discriminam seus destinatários, auferindo determinados encargos, isenção de encargos ou benefícios especiais a algumas pessoas e não a outras.

No texto em estudo vem a lume o seguinte questionamento: em que circunstâncias essas leis violam o Comando da 14ª Emenda de que nenhum Estado deve “[...] negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”? (LOCKHART, 1996, p. 1147).

Antes de se prosseguir é de bom alvitre que se compreenda que as *amendments* de maior relevância aqui estudadas, foram a 14ª e a 5ª Emendas da Constituição norte-americana, embora haja alusão a outras. Dessa maneira, assim dispõe a Emenda XIV norte-americana:

Emenda XIV (Ratificada em 9 de julho de 1868)

Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência (EMENDAS..., [2017?]).

E, sobre a 5ª Emenda da Constituição dos EUA, pode-se dizer que:

A Quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América assegura aos norte-americanos o direito de permanecer calado e evitar assim a auto-incriminação, assim como a proteção contra buscas e apreensões descabidas. É comum os americanos invocarem a Quinta emenda quando se encontram perante agentes da administração que estão cometendo arbitrariedades ou abuso de poder. Ela não é válida quando se trata de esfera militar em tempos de guerra ou em casos de risco à segurança da população (QUINTA... [2013?]).

Deve-se ressaltar que as Emendas Constitucionais americanas vieram lentamente até surgir e sedimentar a ‘Igual proteção da lei’. Nesse sentido,

A Constituição americana, por ser bem antiga e sem a técnica modernamente exigida, não contempla, como suas congêneres deste século, em um só dispositivo a igualdade perante a lei. Lentamente, emendas constitucionais foram sendo elaboradas, com a extensão do voto ao negro e à mulher. A principal emenda a respeito é a de número XIV (1868), que repete, em parte, a proibição já contida na Emenda V (1791) de se fazer leis capazes de privar o cidadão de sua vida liberdade e bens sem o devido processo legal. Essa Emenda XIV contém a cláusula da ‘igual proteção da lei’ (equal protection of the law) (MACIEL, [2011?], p. 3).

Dworkin (2009, p. 231) também auxilia na compreensão das cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, além das próprias cláusulas trazidas na *Bill of Rights*:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Por seus termos, a Cláusula de Igual Proteção não se aplica ao governo federal. Uma série de decisões, no entanto, considerou que a Cláusula do Devido Processo da 5ª Emenda, embora não contenha a redação de Igual Proteção, proíbe a discriminação *'injustificável'* e que - exceto sob circunstâncias especiais (*Alienage*)² - a "[...] abordagem das reivindicações de Igual Proteção da 5ª Emenda sempre foi precisamente a mesma coisa que as reivindicações da Igual Proteção sob a 14ª Emenda" (LOCKHART, 1996, p. 1147).

Em 1976, *Hampton v. Wong* avançou com uma abordagem diferente³. Declarou que "[...] quando uma regra federal é aplicável para somente um limitado território, como o Distrito de Columbia, ou uma posse insular, e quando não há interesse nacional especial envolvido, a Cláusula do Devido Processo tem sido interpretada como tendo o mesmo significado da Cláusula de Igual Proteção, mas sugeriu um padrão diferente para [...] uma regra federal que tem um impacto em todo o país" (LOCKHART, 1996, p. 1147).

Decisões subsequentes têm continuado a tratar as reivindicações de Igual Proteção contra o governo federal sob a 5ª Emenda, da mesma forma que as reivindicações de Igual Proteção contra os Estados sob a 14ª Emenda, mesmo que a regra federal contestada tivesse "[...] impacto em todo o país" (LOCKHART, 1996, p. 1147).

É cediço que a redação da Emenda XIV dos EUA não comporta tão somente os casos de discriminação racial, o *Slaughter-House Cases* deixa muita dúvida se qualquer ação de um

² A seção 4, I, trata de regras especiais para classificações que merecem atenção especial da Suprema Corte Americana, como os cidadãos estrangeiros que não são norte-americanos - os *alienage* (extraterrestres). Até o final da década de 1940, a Suprema Corte Americana fundamentou-se em um "Interesse público especial" ao rejeitar quase todos os recursos à discriminação dos Estados contra estrangeiros em relação a atividades como propriedade de terra; trabalho em projetos de construção pública, entre outros. Posteriormente, raciocinando que "[...] os extraterrestres como uma classe são um excelente exemplo de uma minoria discreta e insular, o Tribunal decidiu que fossem sujeitos a um rigoroso escrutínio judicial" e considerou que as leis estaduais que negam os benefícios do bem-estar a estrangeiros violam a Igual Proteção (LOCKHART, 1996, p. 1299).

³ A tradução livre de *different approach* e *different standart* na originalidade do texto, incitou, de início, que pudesse ter uma compreensão do termo inglês *deference* em que Jordão (2016, p. 50) esclarece que se trata da "[...] adoção pelos tribunais de uma postura autorrestritiva no controle do que operam sobre as decisões administrativas [...]. Há deferência judicial quando os tribunais se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a razoabilidade da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial". Todavia, melhor entendimento, ao que nos parece, de fato é de uma abordagem diferente; de um padrão diferente do que foi colocado quanto a não incidência da Cláusula da Igual Proteção, contida na 14ª Emenda, em âmbito federal, surgindo a alternativa de se aplicar a 5ª Emenda em sentido semelhante às reivindicações da Igual Proteção contra o governo federal.

Estado não dirigido por meio de discriminação contra os negros como uma classe, ou por conta de sua raça, será sempre considerada dentro do âmbito desta previsão.

Em pesquisa sobre o *Slaughter-House* e a Cláusula da Igual Proteção, retirou-se um pequeno trecho de interesse (*CORNELL LAW SCHOOL*, [1992?]):

A cláusula que proíbe a um Estado negar a qualquer pessoa a proteção igual das leis foi claramente destinada a impedir a discriminação hostil contra a raça negra tão familiar nos Estados onde ele tinha sido um escravo e, para esse fim, a cláusula confere amplo poder ao Congresso para garantir seus direitos e sua igualdade perante a lei.

No caso tratado há muita dúvida se as ações realizadas pelos Estados em desfavor da classe ou da raça negra seriam, de fato, enquadradas na previsão da Cláusula da Igual Proteção. Para que se possa entender melhor esse monopólio das *Slaughter-House*, na Louisiana, antes da 14ª Quarta Emenda da Constituição dos EUA deve-se observar que

A legislatura da Louisiana, em 8 de março de 1869, aprovou um ato que concede a uma corporação, criada por ela, o direito exclusivo, por vinte e cinco anos, de ter e manter matadouros, desembarques para gado e estaleiros para o gado destinado a venda ou abate nas paróquias de Orleans, Jefferson e St. Bernard, nesse Estado (um território que, segundo dizia [...] continha 1154 milhas quadradas, incluindo a cidade de Nova Orleans e uma população de entre dois mil e trezentas pessoas) e proibindo todas as outras pessoas de construir, manter ou ter matadouros, desembarques de gado e jardas para bovinos destinados a venda ou abate, dentro desses limites e exigindo que todos os bovinos e outros animais destinados a venda ou abate nesse distrito devem ser trazidos para os estaleiros e matadouros da corporação e autorizar a corporação a exigir certas taxas prescritas pelo uso de seus cais e por cada animal desembarcado e certas taxas prescritas para cada animal abatido, além da cabeça, pés, gore e entranhas, exceto de suínos. Considerou que esta concessão de direito ou privilégio exclusivo, protegida pela limitação adequada dos preços a cobrar e impondo o dever de fornecer amplas conveniências, com permissão para todos os proprietários de estoque para pousar e de todos os [...] açougueiros para abate nesses lugares, era um regulamento policial para a saúde e o conforto das pessoas (o estatuto localizando-os onde a saúde e o conforto são necessários), dentro do poder das legislaturas estaduais, não afetadas pela Constituição dos Estados Unidos antes da adoção do décimo terceiro e décimo quarto artigos de alteração (*CORNELL LAW SCHOOL*, [1992?]).

Enfim, *Slaughter-House* é um caso interessante que traz em sua essência questões afetas à Teoria da Igual Proteção. Baracho (1999, p. 12) descreve que: “O tratamento judicial dos direitos fundamentais, ratificando a *Reconstruction Amendments*, surge no *Slaughter-House Cases*”. Esse caso, ocorrido na Louisiana, foi decidido pela Suprema Corte Americana, em 14 de abril de 1873, e, pode ser assim sintetizado:

Fatos do caso: Louisiana criou um monopólio parcial do negócio de abate e deu-o a uma empresa. Os concorrentes argumentaram que isso criou "servidão involuntária,

privilégios e imunidades abreviados", "negou proteção igual das leis" e privou-os de "liberdade e propriedade sem o devido processo legal".

Pergunta: A criação do monopólio violou a decimal terceira e décima quarta emendas?

Conclusão: Não. A reivindicação de servidão involuntária não proibiu os limites do direito de usar a própria propriedade. A reivindicação de proteção igual foi extraviada desde que foi estabelecida para anular leis que discriminam os negros. A reivindicação do devido processo simplesmente impõe requisitos idênticos aos estados, conforme a quinta alteração impõe ao governo nacional. A Corte dedicou a maior parte de sua opinião a uma estreita construção da cláusula de privilégios e imunidades, que foi interpretada para se candidatar a cidadania nacional, não a cidadania estadual (grifo nosso) (*SLAUGHTER-HOUSE CASES*, 1873).

Neste sentido, os ensinamentos do professor Baracho Júnior (2017):

[...] a 14ª Emenda assegura os direitos civis aos negros, pois a Constituição Americana ainda não tinha uma declaração de direitos, pois eram apenas sete artigos. Alguns Estados da federação à época, para ratificar a Constituição dos EUA estipularam emendas. Em 1889 existiam dez emendas, que continha a Declaração de Direitos. Essas dez primeiras emendas não asseguravam o direito do indivíduo frente aos Estados e, sim, somente frente ao Governo Central. Cada Constituição estadual trazia a Cláusula da *Equal Protection*, mas não o Estado da Carolina do Norte. A Cláusula da Igual Proteção que está inserida nas dez primeiras emendas não se aplica aos Estados e com a 14ª Emenda, as dez primeiras são oponíveis aos Estados. O *Bill of Rights* ganha um caráter nacional, em que não somente os direitos individuais previstos antes, mas os direitos políticos, serão universalizados para os homens.

A Guerra Civil durou de 1861 a 1865 e ocorreu quase um século depois da independência das colônias e da formação do Estado federal. Nesse período se pode verificar as grandes divergências existentes na sociedade norte-americana sobre aspectos ligados a federação, escravidão e discriminação racial. Ao término do conflito, em 1866, o congresso agiu para garantir a todo indivíduo os direitos expressos no *Bill of Rights* e promulgou a 14ª Emenda à Constituição, uniformizando o tratamento a ser garantido pelos estados-membros.

Paulo Fernando Silveira *apud* Pereira (2006, p. 45) traduziu a 14ª Emenda, na sua Seção I, com várias cláusulas:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

A 14ª Emenda divide a vida jurídico-política norte-americana em períodos distintos, como descreve Pereira (2006, p. 47):

Antes da emenda, importantes discussões definirão os limites e a força do *Due Process of Law (Law of the Land)*, contido na 5ª emenda e aplicado pela Suprema Corte nas questões que lhe eram submetidas. Cabia à Corte agasalhar e harmonizar a convivência de uma constituição escrita e rígida com o *Common Law* - imaneamente respeitado pela sociedade e tido como uma herança que se julgava importante demais para ser esquecida - e com a idéia de supremacia do *Law of the Land*. A Doutrina do Devido Processo Substantivo, nesse período, é dita tradicional ou de inspiração jusnaturalista, porque não havia instrumento formal para impor aos estados-membros a uniformização do tratamento dos cidadãos.

Depois da emenda, a cicatrização dos ferimentos do conflito civil e o esforço para transformar todos os norte-americanos em efetivos cidadãos nacionais, protegidos pelas mesmas leis e gozando dos mesmos direitos, fez transformar-se e crescer vertiginosamente a Doutrina do Devido Processo Substantivo, que ganhou sistematização e fins e transformou-se em inestimável instrumento jurídico de promoção da cidadania nacional norte-americana e de releitura atualizante do texto constitucional. A submissão dos estados-membros ao Devido Processo permitiu o abandono das pautas jusnaturalistas e o recurso direto ao texto constitucional para a tutela dos indivíduos. A Doutrina só passará por um declínio no período coincidente com o do predomínio das idéias do positivismo jurídico formal-estruturalista, de matriz kelseniana, nas décadas de 30 e 40.

Enfim, pode-se esclarecer um pouco mais sobre o tema por intermédio do artigo “Arquivo da tag: 14ª emenda: *So Far So Good...*”, que descreve o crescimento das corporações americanas que, em uma brecha da Lei, requer a Igual Proteção, enquanto pessoa - jurídica - para ter tratamento semelhante com o Devido Processo Legal. Assim,

O jogo começou a mudar com a necessidade de aumentar a produtividade e a enorme demanda por ferrovias, infra-estrutura e indústria pesada, surgidas com a guerra civil americana e a revolução industrial. Como houve a necessidade do surgimento de novas corporações subsidiadas pelo Governo Federal, estas, muito bem representadas pelos seus respectivos advogados, lutaram por uma maior autonomia, um maior poder. Ao final da guerra civil americana, a 14ª emenda da constituição dos EUA foi aprovada. Nela estava escrito que nenhum Estado poderia tirar a vida, a liberdade, ou a propriedade sem estar amparada a um processo legal. Dando assim, direitos iguais às pessoas negras e protegendo os escravos recém liberados. Ocorreu que, as corporações se aproveitando desta brecha na lei, foram até os tribunais e exigiram os mesmos direitos, por se tratarem também de uma pessoa. Uma pessoa jurídica. Começava aí, na metade do século XIX, a mudança no papel das corporações, que passaram de insignificantes, para onipresentes como a igreja, a monarquia e o partido comunista foram em outros tempos (CHEERS, 2009).

Na Seção 2, do Capítulo X, do livro de referência, o conteúdo ali desenvolvido refere-se ao ‘controle estrito’ (*strict scrutiny*) dado às classificações raciais (e étnicas) que a Corte tem considerado como ‘suspeitas’. Sobre igualdade racial, por exemplo, há decisões históricas que no decorrer dos seus mais de 200 anos de funcionamento a Suprema Corte Americana tem um grande leque de variedade.

Freire (2017, p. 322), no que atine à igualdade racial, cita, por exemplo, *Scott v. Stanford*, caso no qual “[...] a Corte, em 1857, declarou que, embora fossem os negros

cidadãos dos Estados-membros da federação, não o eram dos Estados Unidos, o que lhes impossibilitava acionar a justiça federal”.

Em outro trecho da história da Suprema Corte Americana, Freire (2017, p. 322) cita outro caso paradigmático - o caso *Loving*:

Ainda no que diz respeito à igualdade racial, no caso *Loving*, a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional lei estadual que proibia a união entre ‘brancos e negros’, por entender que ela estabelecia uma classificação racial proibida pela Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda. ‘Sob a nossa Constituição, afirmou o presidente Earl Warren, ‘contrair ou não contrair matrimônio com uma pessoa de outra raça é uma liberdade do indivíduo e não pode ser infringida pelo Estado’.

Em remissão a outras seções da coletânea de decisões da Suprema Corte americana é interessante dizer que a Seção 3 considerou a extensão de um padrão não deferente⁴ de controle para ação de governo que prejudica seriamente outros grupos discretos.

Por volta de 1897, a Corte invocou a Cláusula de Igual Proteção para invalidar uma regulação econômica comum que obrigou uma ferrovia a pagar os honorários dos advogados dos queixosos bem sucedidos. A Corte reconhece que “[...] como uma proposição geral, isto é inegavelmente verdade que não está dentro do objetivo da 14ª Emenda retirar dos Estados o poder de classificação”. Mas “[...] é preciso aparentar que é uma classificação [...] baseada em algum fundamento razoável - algum diferencial que tenha uma relação justa e adequada com a classificação tentada - e não uma mera seleção arbitrária” (LOCKHART, 1996, p. 1147-8).

O que se percebe é que a Suprema Corte americana quer evitar intervir nos Estados a não ser que a arbitrariedade por parte dos governos ocorra, seja por um interesse político ou por um interesse em atender determinados grupos de influência na política. Na sequência, na Seção 1 - Abordagem Tradicional, logo no primeiro caso apresentado, *FCC v. Beach Communications. Inc.*, o juiz Thomas, ao emitir o Parecer da Corte, já faz este questionamento, que será apresentado em seguida.

3.1 Abordagem Tradicional

Preliminarmente, ao entrar na Seção 1 - Abordagem Tradicional deve-se entender o que vem a ser o *Traditional Approach* utilizado pela Suprema Corte americana, para depois apresentar, sinteticamente os dois casos pretendidos.

⁴ Aqui sim, a expressão *non deferential standart* refere-se ao padrão não deferente de controle do governo e que acaba por prejudicar alguns grupos minoritários em meio a esta discriminação arbitrária (LOCKHART, 1996).

Assim, reportando-se ao *site LawTeacher* (2013) pode-se, cristalinamente, com os dois primeiros parágrafos do artigo *Justifying The Traditional Consideration Approach*, que explica que a Abordagem Tradicional utilizada nos tribunais americanos tem por finalidade verificar se os termos de um caso apresentado fornecem pontos e informações consideráveis para reivindicar a promessa feita pelo promissor e também como este foi impactado por promessas feitas, bem como se os aludidos termos podem ser aplicados depois que o contrato já foi formado pelo promissor e com uma promessa. Assim,

Justificando a abordagem da consideração tradicional

Este ensaio justificará a abordagem tradicional que é frequentemente usada nos tribunais para indicar se os termos de um caso apresentado fornecem pontos e informações consideráveis para reivindicar a promessa feita pelo promissor, também como foi impactado por promessas feitas e se eles podem ser aplicados depois que o contrato já foi formado pelo promissor e uma promessa. Também deve discutir e investigar uma série de tópicos relacionados ao tema e justificar as decisões em todos e cada um deles.

Um contrato pode ser definido como um acordo que a lei aplicará.¹ abaixo [1] Quando as pessoas fazem uma promessa e concordam com essa promessa, eles produziram um contrato, os contratos relativos à consideração estão apreensivos com a negociação do contrato, um contrato deve basear-se em uma troca de promessas, cada parte em um contrato deve ser tanto um promissor quanto uma promessa, eles também devem obter um benefício e cada um deles suporta um prejuízo, como danos, danos e desvantagens. Este benefício ou detrimento é conhecido. [2] A consideração difere de um caso para outro, a consideração deve ser avaliada no tribunal, por exemplo, *Thomas v Thomas* (1842) [3], esse caso não inclui promessas de amor e gostos, ter uma aposta e jogar jogos, ele é "Uma promessa unilateral que não é suportada por consideração é um presente" (Sir John, 2007). A lei não faz cumprir quaisquer presentes, exceto se eles são feitos por escritura ou o direito foi concedido (LAWTEACHER, 2013).

A Cláusula do Devido Processo Legal foi a disposição usual utilizada pela Corte no primeiro terço do século XX para revogar um grande número de regulamentações de economia e previdência social. Mas, apesar do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. ter sido referência durante este período para a Cláusula de Igual Proteção como "[...] o último recurso habitual de argumentos constitucionais", a Corte considerou que aproximadamente vinte dessas leis estaduais e locais violaram a proteção igualitária (LOCKHART, 1996, p. 1148).

Ao fazê-la, a Corte empregou o padrão deferente de controle de constitucionalidade, pela 'abordagem tradicional', que concedeu ao estado "[...] um amplo critério na classificação no exercício do seu poder de regulamentação" e interpôs uma "[...] garantia constitucional de igual proteção 'apenas' contra as discriminações que são inteiramente arbitrarias" (LOCKHART, 1996, p. 1148).

Os casos a seguir abordam a utilização pela Corte da 'Abordagem Tradicional', sob igual proteção à regulamentação de bem-estar econômico e social desde o final dos anos

1930, quando foi abandonada a revisão ativa do devido processo substantivo⁵ dessa legislação.

3.1.1 FCC v. *Beach Communications, INC.*

Inicialmente, procura-se compreender o que é a *Federal Communications Commission* (FCC) e a *Beach Communications*. A FCC é uma agência independente do governo dos Estados Unidos criada por estatuto (FEDERAL..., [201-]). A *Beach Communications* [201-] é uma empresa de marketing de engajamento, ou, melhor explicando, um *resort* na praia.

A seguir, é apresentado o caso, em tradução livre, que se inicia com o Parecer da Corte, emitido pelo juiz Thomas, que termina com um Acórdão revertendo a decisão da Corte de Apelação, que entendeu que o *Act Cable* viola a Igual Proteção da Quinta Emenda.

No caso em espécie, o juiz Thomas emitiu o parecer da Corte.

Ao providenciar a regulação das instalações de televisão a cabo, o Congresso tem estabelecido uma distinção entre as instalações que serão propriedades de edifícios próprios e administrados separadamente e aqueles que servem a um ou mais edifícios sob propriedade ou administração comum. Nos termos do *Cable Act*, as instalações da última categoria estão isentas de regulamentação, desde que prestem serviços sem usar os direitos de passagem públicos.

Este caso surge de um processo de FCC esclarecendo interpretação da Agência do termo *cable system* (sistema a cabo), como ele é usado na *Cable Act*. Nesse processo, a Comissão abordou a aplicação da isenção à codificação prevista no § 602 (7) (B) para instalações de antena de televisão mestre satélite (SMATV).

Ao contrário de um tradicional sistema de televisão a cabo, que oferece programação de vídeo a uma grande comunidade de assinantes através de cabos coaxiais, colocados sob as ruas da cidade ou ao longo das linhas utilitárias, o sistema SMATV normalmente recebe um sinal de um satélite através de uma pequena parabólica localizada num telhado e, em seguida, retransmite o sinal pelo fio para unidades dentro de um edifício ou complexo de edifícios.

A Comissão regulamentou que o sistema SMATV que serve vários edifícios através de uma rede de transmissão de linhas interligadas fisicamente é um sistema a cabo, a menos

⁵*Substantive Due Process*: “Refere-se, na Quinta e na Décima-quarta Emendas, à doutrina que requer que os juízes examinem se a negação do direito ou a obrigação sendo criada são razoáveis em vez de verificar apenas se negação ou imposição são feitas de uma maneira procedimental apropriada. A doutrina dá aos juízes amplos poderes para adaptar o direito constitucional” às Substantivo (PEREIRA, 2006 p. vii).

que se enquadre na isenção do § 602 (7) (B). Consistente com os termos simples da isenção legal, a Comissão concluiu que o sistema SMATV não está isento se suas linhas de transmissão interconectam edifícios próprios e administrados separadamente ou se suas linhas usam ou cruzam qualquer direito público de passagem.

A Corte de Apelação considerou que: o *Act Cable* viola a Igual Proteção componente da 5ª Emenda (LOCKHART, 1996).

Seja incorporado na 14ª Emenda ou inferido a partir da 5ª Emenda, a Igual Proteção não é uma licença para os tribunais julgarem a sabedoria, justiça ou lógica das escolhas legislativas. Nas áreas da política econômica e social, uma classificação regulamentar que sequer perpassa ao longo de linhas suspeitas (como, por exemplo, raça, nacionalidade, religião ou *alienage*), e, nem infringe direitos constitucionais fundamentais deve ser mantida contra a contestação da Igual Proteção se houver alguma consideração razoável dos fatos que sejam razoavelmente concebíveis e que possam fornecer uma base racional para a classificação. Onde há "[...] razões plausíveis" para a ação do Congresso, "[...] nosso inquérito chegou ao fim".

Esse padrão de controle é um paradigma de limitação judicial. "A Constituição presume que, ausente algum motivo para inferir a discordância até mesmo as imprevidentes decisões serão eventualmente retificadas pelo processo democrático e que a intervenção judicial é geralmente injustificada, não importa o quão imprudente possamos pensar que um ramo político atuou".

No controle racional-básico, uma classificação em um regulamento como o *Cable Act* apresenta-se com forte presunção de validade, e os que atacam a racionalidade da classificação legislativa têm o fardo de "[...] negar toda racionalidade básica concebível que possa apoiá-lo". Além disso, porque nunca se exigiu de uma legislação motivar suas razões para decretar um estatuto, isto é inteiramente irrelevante para fins constitucionais, se a razão concebida para a distinção contestada realmente motivou a legislação. A ausência de "fatos legislativos" explicando a distinção "no registro", não tem importância na análise de base racional. Em outras palavras, uma escolha legislativa não está sujeita a julgamento da Corte e pode ser baseada em especulação racional não suportada por evidências ou dados empíricos.

Essas restrições no controle de constitucionalidade adicionaram força "[...] onde o legislador deve, necessariamente, envolver-se em um processo de desenho de linha (definição de fronteira)". Definindo a classe de pessoas sujeitas à obrigação de regulamentar - bem como classificando os beneficiários oficiais

[...] inevitavelmente requer que algumas pessoas que tenham uma reivindicação quase igualmente forte reivindique tratamento para serem colocadas em diferentes lados da linha, e o fato de [que] a linha pode ter sido desenhada de forma diferente em alguns pontos é uma matéria para apreciação do legislativo, ao invés de judicial (LOCKHART, 1996, p. 1149).

A distinção aqui representa tal linha: excluindo da definição de ‘sistema a cabo’ aquelas instalações que servem geralmente de propriedade ou gerenciados de edifícios sem usar servidão pública, o § 602(7) (B) delinea os limites do campo regulamentar. Tais disposições de âmbito de cobertura são componentes inevitáveis da maioria da legislação econômica ou social. Essa necessidade torna as coordenadas precisas da decisão legislativa praticamente irrevogável, desde que a legislação permitiu a margem de manobra para abordar um problema percebido de forma incremental. Vê-se, por exemplo, *Williamson v. Lee óptica*: o problema da classificação legislativa é perenidade, não se admitindo nenhuma definição doutrinária. Males no mesmo campo que podem ser de diferentes dimensões e proporções, que exigem remédios diferentes. Ou então o legislador pode pensar. Ou a reforma pode dar um passo de cada vez, dirigindo-se à fase do problema que parece mais aguda para a mente legislativa. O legislador pode selecionar uma fase de um campo e aplicar um remédio lá, negligenciando os outros. A proibição da Cláusula de Igual Proteção não vai além da discriminação injusta (LOCKHART, 1996, p. 1150).

Aplicando esses princípios, pode-se concluir que a distinção da propriedade comum é constitucional. Existem pelo menos duas bases possíveis para a distinção; qualquer uma é suficiente. Primeiro, o Congresso tomou emprestado do esboço da regulação do *Cable Act*, e embora a existência de um regime administrativo prévio, certamente não é necessária para a racionalidade do estatuto, é plausível que Congresso também adote a lógica anterior da FCC. Sob essa lógica, propriedade comum foi pensada para ser indicativa desses sistemas para os quais os custos de regulação compensariam os benefícios aos consumidores. Porque o número de assinantes foi um indicador similar, a Comissão também isentou as instalações de cabo que serviram menos de 50 assinantes.

Entrevistados argumentam que o Congresso não pretendia que a propriedade comum fosse um substituto para pequenas dimensões, uma vez que o Congresso rejeitou simultaneamente a isenção de 50 assinantes do FCC ao omiti-la da *Act Cable*. Se a razão postulada para a distinção feita pelo Congresso é constitucionalmente irrelevante, e, em qualquer caso, a explicação do FCC indica que ambos, propriedade comum (condomínio) e número de assinantes, foram considerados indícios de sistemas de cabo "muito pequeno".

Além disso, pequeno tamanho é apenas um fator plausível relacionado com propriedade (condomínio) para o bem-estar dos consumidores. Influência de assinante é outro. Onde um sistema SMATV serve um complexo de edifícios sob propriedade ou gestão comum, assinantes individuais poderiam concebivelmente ter maior negociação em relação ao operador de cabo de alimentação (mesmo com um número de unidades grande), uma vez que todos os assinantes poderiam negociar através do proprietário comum ou gerente.

Há um segundo fundamento concebível para a distinção legal. Suponha que os operadores concorrentes de SMATV desejam vender uma programação de televisão (vídeo) para assinantes em um grupo de edifícios contíguos, como um bloco único da cidade, que pode ser interconectado por fio sem cruzar um direito de passagem público. Se todos os prédios pertencem a um proprietário ou são comumente gerenciados, este proprietário ou gerente pode livremente negociar um acordo para todos os assinantes, de forma competitiva. Mas, se os edifícios são separados, propriedades e gerenciados, o primeiro operador de SMATV que ganhar o ponto de apoio por assinar um contrato e instalar uma antena parabólica e equipamento de transmissão associado em um dos edifícios iria desfrutar de uma vantagem de custo poderosa na disputa competitiva para o restante dos assinantes: ele poderia conectar edifícios adicionais pelo custo de algumas extensões de cabo, considerando que qualquer concorrente teria que recuperar o custo de instalação de uma central de seu próprio satélite. Com isso, o primeiro operador poderia apresentar taxas bem acima do seu custo e ainda minar a concorrência. Este potencial pelo poder de monopólio efetivo teoricamente poderia justificar a regulação da última classe de sistemas SMATV e não a primeira.

O acórdão da Corte de Apelação é revertido, juiz Stevens concorda com o Acórdão.

A antena mestre, atendendo a várias unidades em um prédio de apartamentos, é menos desagradável esteticamente do que uma floresta de antenas individuais, cada uma servindo um apartamento separado. Foi certamente sensato permitir que os proprietários façam uso de tal melhoria sem incorrer em custos de franquia e regulação econômica. Mesmo que a regulação pudesse ter sido justificada, a justificativa pela não regulamentação, no entanto, permanece: sempre que possível, os proprietários devem ser livres para usar melhorias à sua propriedade como acharem conveniente. Mas não se aplica a situação em que a melhoria - aqui, a antena de satélite - está sendo usada para distribuir sinais a assinantes na propriedade de outros. Nessa situação, o proprietário do imóvel, ou o operador SMATV, teve um alcance além do limite da propriedade e está buscando empregar a antena de satélite em um mercado mais amplo. Embora o cruzamento desta linha não precise desencadear uma intervenção regulatória e a ausência do cruzamento pode não impedir essa intervenção,

certamente não pode ser dito que o governo está incapacitado, pela Constituição, de regular no caso do primeiro e abster-se no caso do último. Em meu julgamento, é razoável presumir que o Congresso estava motivado por um interesse em permitir que os proprietários tenham liberdade no uso de suas propriedades. A legislação tão motivada certamente não viola o dever do soberano de governar imparcialmente.

3.1.2 Railway Express Agency v. New York

Juiz Douglas emitiu o parecer da Corte.

O Regulamento de Trânsito da cidade de Nova York prevê que:

Nenhuma pessoa deve transitar em qualquer rua em um veículo de publicidade; exceto se for avisos comerciais em veículos de entrega, desde que tais veículos estejam engajados no negócio habitual do proprietário e não utilizados meramente ou principalmente para publicidade.

O Apelante que gerencia cerca de 1.900 caminhões na cidade de Nova York e vende o espaço das laterais exteriores desses caminhões para publicidade, na maior parte retira os lados exteriores desses caminhões para publicidade não relacionada com de seus próprios negócios. Ele foi condenado.

A Corte concluiu que a publicidade em veículos constitui uma distração para condutores dos veículos e para os pedestres de forma semelhante e, portanto, afeta a segurança do público que utiliza as ruas. Não ‘sentamos’ para pesar a questão de devido processo legal, a fim de determinar se o regulamento é sólido ou apropriado; não é nossa função julgar seu conteúdo. Nós estaríamos invadindo uma das mais intensas e especializadas áreas de todos os problemas urbanos se considerássemos que este regulamento não tinha relação com o problema do trânsito da cidade de Nova Iorque. O julgamento é das autoridades locais que tem tal relação. E nada foi apresentado que demonstre ser uma assertiva falsa (LOCKHART, 1996).

A questão da proteção igual das leis é pressionado mais tenazmente sobre nós. Diz-se, por exemplo, que um dos caminhões do apelante que carregava o anúncio de uma casa comercial não causaria maior distração de pedestres e condutores de veículos do que se a casa comercial carregasse o mesmo anúncio em seu próprio caminhão. Mas o regulamento permite o último a fazer o que ao primeiro é proibido. Isso é uma preocupação, portanto, que a classificação que faz o regulamento não tem nenhuma relação com o problema de tráfego

desde que uma violação transforma não em que tipo de anúncios são transportados em caminhões, mas em cujos caminhões são transportados.

Isto, no entanto, é uma maneira superficial de analisar o problema. As autoridades locais podem bem concluir que aqueles que anunciam seus próprios produtos em seus caminhões não apresentam o mesmo problema causado no trânsito, tendo em vista a natureza ou extensão da publicidade que eles utilizam.

Não se pode dizer que esse julgamento não é permitido. No entanto, se for, a classificação tem relação com o propósito para o qual é feito e não contém o tipo de discriminação, contra a qual a cláusula de igual proteção proporciona proteção. É por tais considerações práticas, com base na experiência, ao invés de inconsistências teóricas que a questão da proteção igual deve ser respondida/aplicada.

E o fato de que a cidade de Nova York julga oportuno eliminar do trânsito esse tipo de distração, mas não toca o que pode ser ainda maior em uma categoria diferente, tais como as exposições vivas na *Times Square*, é irrelevante. Não é requisito da igual proteção que todos os males de alguns gêneros sejam erradicados ou nenhum deles. Afirmou.

Juiza Rutledge concorda com o parecer e julgamento da Corte e juízo, dubitante⁶ sobre a questão da Igual Proteção das leis.

Juiz Jackson, concordando.

O fardo deve cair pesadamente sobre quem iria convencer-nos de usar a Cláusula do Devido Processo Legal para derrubar um substantivo (lei). Mesmo o uso de providências contra regulamentos municipais frequentemente desabilita todos os governos – estadual, municipal e federal – de lidar com a conduta em questão porque o requisito do Devido Processo também é aplicável aos governos Estadual e Federal.

Invocação da Cláusula de Igual Proteção, por outro lado, não desativa qualquer órgão governamental de lidar com o assunto em questão. Apenas significa que a proibição ou regulamentação deve ter um impacto mais amplo. Eu considero isso como uma doutrina salutar que cidades, Estados e o Governo Federal devem exercer seus poderes para não discriminar entre seus habitantes, exceto sobre alguma razoável diferenciação bastante relacionada ao objeto de regulamento. Não existe uma garantia prática mais eficaz contra o governo arbitrário e irracional do que exigir que os princípios da lei que as autoridades impõem a uma minoria devem ser impostos de uma forma geral. Por outro lado, nada abre a

⁶ A expressão *dubitante on the question* tem significado de temerosidade quanto a real aplicação da Igual Proteção das leis, quer depreender que o juiz concorda, mas com dúvidas sobre a solidez da opinião da maioria, mas a dúvida não é tão grave a ponto de a juíza discordar do parecer.

porta para a ação arbitrária tão eficazmente a permitir que as autoridades escolham apenas uns poucos a quem vão aplicar a legislação e, assim, escapar ao retorno política que pode ser angariado em cima deles se um número maior de pessoas fosse afetado. Os tribunais não podem tomar medida melhor para assegurar que as leis sejam justas do que exigir que as leis sejam iguais na prática.

Nesse caso, se a cidade de Nova Iorque assume que a exibição de qualquer publicidade em veículos tende e tem a intenção de distrair a atenção das pessoas que utilizem as rodovias e aumentar os perigos de seu trânsito, entendo que está completamente dentro de seus poderes constitucionais proibir tudo. No entanto, a cidade procura reduzir o perigo apenas dizendo que, embora alguns possam, outros podem não apresentar tais apelos. A mesma exibição, por exemplo, de publicidade de cigarros, que o recorrente é proibido de transportar em seus caminhões, pode ser transportada nos caminhões de um comerciante de cigarros.

As Cortes de Nova Iorque declararam que a única natureza e propósito do regulamento antes de tudo é reduzir os perigos do trânsito. Não há nenhuma pretensão aqui de afirmar que o trânsito perigoso criado pela publicidade que é proibida é, em qualquer forma ou grau, mais perigoso do que o trânsito criado com a publicidade que é permitida.

Eu não entendo que as diferenças de tratamento sob a lei devem ser aprovadas na classificação por causa de diferenças não relacionadas com o propósito legislativo. A Cláusula de igual proteção deixa de garantir igualdade ou proteção, se é evitada por qualquer diferença que pode ser apontada entre os que foram vinculados e os que ficaram livres. Este tribunal frequentemente anunciou o princípio que a diferenciação deve ter uma relação adequada ao objeto da legislação.

Vem a pergunta em minha mente a esse respeito. Onde os indivíduos contribuem com o perigo para o trânsito da mesma maneira e no mesmo grau, poderiam aqueles que praticam esse ato de perigo em decorrência de um contrato com o dono do caminhão serem proibidos, enquanto aqueles que fazem esse mesmo ato através de comercial próprio, mas não por contrato, teriam permissão?

Acho que a resposta tem que ser que os mercenários podem ser colocados em uma classe por si mesmos e podem ser tratados de forma diferente do que aqueles que agem por conta própria. Mas não é meramente por tal discriminação que se permitirá ao legislador diminuir o mal. Isso pode ser feito por muitas classificações, que entendo totalmente insustentável. É, sim, porque há uma verdadeira diferença entre fazer em interesse próprio e fazer para contratar (de aluguel), que é uma coisa para tolerar a ação daqueles que agem por

conta própria e a outra é permitir que a mesma ação seja promovida por um preço. Em uma visão de controle eu concederia às cidades para proteger os cidadãos calmos e ordeiros utilizar diretrizes adequadas para o uso das rodovias e locais públicos, entendendo que o julgamento abaixo, deve ser confirmado.

4 CONCLUSÃO

A dimensão perspectiva da Igual Proteção, da consciência e da própria Constituição norte-americana teve uma evolução reconstrutiva proporcionada, não somente pelas Emendas, mas também, pela importância do valor jurisprudencial decorrente do *Judicial Review* – controle de constitucionalidade.

Sobretudo nos EUA, em que o aspecto de controle deferente tem uma tônica respeitosa para com os Estados nos casos trazidos à apreciação da Suprema Corte americana, demonstram a importância de aspectos ligados à teoria da tolerância e consciência norte-americanas, fruto de momentos históricos revolucionários que marcaram o país.

Na busca de uma reconstrução e união do país, após o período da Guerra Civil, a segregação racial, por exemplo, considerada como uma violação da igual proteção, com certeza está ligada aos princípios da reconstrução do país. Essa definição dos aludidos direitos iguais na comunidade política americana tem como bandeiras incontestes a liberdade e a igualdade entre os cidadãos.

Todavia, é cediço que “[...] o equilíbrio entre liberdade e igualdade deve ser reencontrado em cada geração, porque a liberdade sempre produz novas desigualdades e as tentativas de sua superação sempre põem em risco, novamente, a liberdade e a igualdade” (KRIELE, 2009, p. 303).

Nos debates sobre a Igual Proteção surge uma corrente da interpretação judicial das *Reconstruction Amendments*, nacionalizando os direitos humanos e dando destaque à Décima Quarta Emenda. A interpretação dessa Emenda deve ser feita em um contexto nacional, considerando-se o texto, a história e a teoria política (BARACHO, 1999, p. 11), valorizando-se os direitos fundamentais expressos ou não pela Constituição.

Neste artigo, há um paralelo entre a cláusula *Due Process of Law* da Décima Quarta Emenda com a cláusula proveniente da Quinta Emenda ou do *Bill of Rights* e percebe-se, nitidamente, nos casos apresentados de *FCC v. Beach Communications Inc.* e *Railway Express Agência v. Nova York*, que há uma preocupação da Suprema Corte em realizar uma deferência aos Estados.

Assim, seja na regulamentação das instalações e uso das antenas parabólicas, no primeiro caso, ou na regulamentação da circulação dos veículos com comerciais adaptados àqueles que fossem intrínsecos ao próprio negócio, no segundo caso apresentado, há um viés democrático e respeitoso nas decisões da Suprema Corte americana, naquelas regulamentações tidas como não arbitrárias, com uma posição mais respeitosa, deferente, à Administração.

Percebe-se que as decisões jurisprudenciais da Suprema Corte americana, em consonância com a Cláusula da Igual Proteção, buscam, em uma linha de controle judicial deferente, mais adequado à história dos EUA, prestigiar, respeitar, o poder de regulamentação dos Estados e somente realizando a sua intervenção enquanto Poder Judiciário naqueles casos tidos como manifestamente arbitrários.

No presente estudo pode-se perceber também que em *Slaughter-House Cases*, por exemplo, há um interesse no tratamento judicial dos direitos fundamentais procurando-se reduzir as discriminações contra os cidadãos, extirpando-se, *in casu* com os privilégios e imunidades ali verificados.

Conclui-se que, sob a luz da Cláusula da Igual Proteção, utilizada no primeiro terço do século XX, como argumento jurisprudencial, pode-se, perfeitamente, implementar uma garantia constitucional apenas contra as discriminações totalmente arbitrárias, sem interferir no poder de regulamentação dos entes federativos.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A teoria da Igual Proteção (Equal Protection). *Logos Veritas: Revista do Curso de Direito do Instituto Luterano do Ensino Superior (ULBRA)*, n. 3, p. 9-13, 1999.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Tópicos em Jurisprudência Constitucional Contemporânea*. Notas de aula, Pós-graduação em Direito, PUCMinas, Belo Horizonte, 14 set. 2017.

BEACH COMMUNICATIONS. *About*. [201-]. Disponível em: <<http://www.beachcom.net/#home>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012. 173 p.

CHEERS, Dé. *Arquivo da tag: 14ª emenda - So far so good...* Livre Iniciativa Blog, 3 mar. 2009. Disponível em: <<https://livreiniciativa.wordpress.com/tag/14ª-emenda/>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Slaughterhouse cases*. [1992?]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/83/36>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 568 p.

EMENDAS adicionais à Constituição dos Estados Unidos. [2017?]. Disponível em: <https://pt.wikisource.org/wiki/Emendas_adicionais_à_Constituição_dos_Estados_Unidos>. Acesso em: 15 jan. 2018.

FEDERAL Communications Commission. [201-]. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Communications_Commission>. Acesso em: 21 jan. 2018.

FREIRE, Alonso. Suprema Corte dos Estados Unidos. In: BRANDÃO, Rodrigo. (Org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodium, 2017. pp. 305-28.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016. 696 p.

KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Trad.: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. 495 p.

LAWTEACHER. *Justifying The Traditional Consideration Approach Contract Law Essay*. Nov. 2013. Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/justifying-the-traditional-consideration-approach-contract-law-essay.php?cref=1>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

LOCKART, William B. et al. *Constitutional Law: cases, comments, and questions*. 8th ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1996. (American Casebook Series).

MACIEL, Adhemar Ferreira. *A igual proteção da lei*. [2011?]. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22633/Igual_Proteção_Lei.doc.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

PEREIRA, Sebastião Tavares. *A doutrina norte-americana do devido processo substantivo (substantive due process)*. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2006.

QUINTA emenda da constituição dos Estados Unidos. [2013?]. Disponível em: <<http://dicionario.sensagent.com/Quinta%20emenda%20da%20constituição%20dos%20Estados%20Unidos%20da%20América/pt-pt/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SLAUGHTER-HOUSE CASES. 1873. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1850-1900/83us36>>. Acesso em: 20 jan. 2018.