

DIREITOS DUPLAMENTE PROTEGIDOS: A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS E SUAS IMPLICAÇÕES*

GEORGE ALAN TARR

Diretor do Center for State Constitutional Studies. Chefe do Departamento de Ciência Política Rutgers University – Camden, NJ, USA 08102

Texto traduzido pela Lex English.

Recebido para publicação em outubro de 2003.

Em *Federalist*, n. 51, James Madison observou que existe, nos Estados Unidos, uma duplicidade na proteção dos direitos. As declarações de direitos que restringem o governo constam das Constituições estaduais e federal, o que equivale a uma dupla segurança que se efetiva por meio do Judiciário federal e dos Judiciários estaduais, ambos responsáveis pelo cumprimento dos direitos constitucionais. Existe, portanto, nos Estados Unidos, uma duplicação de garantias e de garantidores. Este artigo resume os fundamentos legais deste sistema, descreve sua formação e funcionamento e indaga se existem lições, e quais seriam, que a experiência dos Estados Unidos poderia oferecer a outros sistemas federais.

De início, vamos esboçar os três princípios legais que fundamentam o sistema de dupla proteção. Em primeiro lugar, nos dias de hoje, as declarações de direitos federal e estadual protegem contra a violação de direitos por parte dos governos estaduais. Mas não foi sempre assim. Quando a Declaração de Direitos Federal foi adotada, os autores do projeto queriam controlar o que temiam pudesse vir a ser

um governo federal indevidamente poderoso e, por isso, os limites consagrados pela Declaração de Direitos se aplicavam apenas contra este nível de governo. Então, o primeiro sistema de proteção de direitos contemplava uma proteção paralela e não dupla, que incluía leis ou declarações de direitos estaduais para proteger contra violações nos Estados e a Declaração de Direitos Federal, protegendo contra violações do governo nacional. A inclusão da 14.^a Emenda na Constituição dos EUA de 1868 tinha o objetivo de aumentar os poderes do governo federal para sanar infrações de direitos pelos Estados. A Suprema Corte dos Estados Unidos, baseando-se na Cláusula do Processo Justo da 14.^a Emenda, começou, nos primórdios do século XX, a ampliar gradualmente a proteção contida na Declaração de Direitos Federal que proibia a violação de direitos pelos Estados, utilizando-se de um processo conhecido como incorporação seletiva.

Como resultado deste processo de incorporação, o que foi no começo um sistema de responsabilidade dividida – a Declaração de Direitos Federal protegendo contra violações federais e as Constituições

* Conferência proferida na Escola Superior de Direito Constitucional no dia 21.08.2003.

estaduais protegendo contra as violações estaduais – transformou-se num sistema de responsabilidade concomitante, um sistema de dupla proteção. A Constituição Federal e as estaduais, os tribunais federais e os estaduais poderiam ser acionados, caso houvesse violação de direitos pelos Estados.

O segundo princípio jurídico essencial é que, interpretando leis federais e estaduais, a Corte Suprema federal assume o papel de intérprete principal da legislação federal, inclusive da Constituição. No entanto, as Cortes Supremas estaduais são as intérpretes principais das leis de seus respectivos Estados, inclusive da Constituição Estadual. A Corte Suprema dos Estados Unidos pode rever as decisões das Cortes Supremas estaduais, caso leis federais estejam envolvidas. Por exemplo, um indivíduo que foi preso e acusado de posse de entorpecentes pela lei penal estadual poderia argüir, no tribunal estadual, que as provas não são válidas porque foram recolhidas com violação dos direitos mencionados na 4.^a Emenda. Fundamentalmente, a Corte Suprema dos Estados Unidos poderia rever a decisão do tribunal estadual por tratar-se de processo envolvendo a Constitucional Federal. Esta revisão da Corte Suprema contribui para garantir uma interpretação da Constituição Federal pelas Cortes estaduais coerente com os respeitáveis precedentes judiciais da Corte Suprema – os tribunais estaduais não podem fazer interpretações de direitos constitucionais federais de forma mais ampla ou mais restrita do que o faz a Corte Suprema dos EUA.

No entanto, mudando um pouco a situação, vamos supor que o indiciado nada tenha reivindicado nos termos da Constituição Federal, mas apenas argumenta que a investigação policial viola a Constituição

do Estado ou a lei estadual escrita. Num caso assim, onde a decisão do tribunal estadual se baseia exclusivamente na lei estadual, que os juízes geralmente chamam de “fundamentos estaduais independentes e suficientes”, não caberia revisão pela Corte Suprema dos EUA. Se não houver implicação da legislação federal, a decisão da Corte Suprema estadual em matéria de leis estaduais, inclusive a declaração estadual de direitos, é final, não cabendo apelação. O fato de decisões fundadas exclusivamente nas declarações de direitos dos Estados serem protegidas contra a revisão por parte da Corte Suprema dos EUA tornou-se uma consideração tática essencial para os grupos de defesa das liberdades civis, nas estratégias que adotam nos processos judiciais.

O princípio jurídico máximo estabelece que a legislação federal é suprema no seu âmbito, de modo que se houver conflito entre lei federal e estadual, a federal prevalece. Portanto, os Estados e tribunais estaduais, em matéria de direitos dos seus residentes, não podem reconhecer menos do que a legislação federal exige. As leis federais estabelecem um nível mínimo de direitos para o país todo, ou, nas palavras de um juiz estadual, “um mínimo denominador comum” de proteção de direitos. Mas no sistema federativo dos EUA, os Estados e as Cortes estaduais podem exercer uma proteção de direitos mais ampla do que a exigida pela legislação federal.

Os Estados vêm fazendo exatamente isso desde o começo da década de 1970. Entre 1950 e 1969, não foram mais de dez os casos em que juízes estaduais se basearam nas garantias de direitos estaduais para exercer uma proteção maior do que a contida na Constituição Federal. No entanto, de 1970 a 2000, isto ocorreu em mais de mil casos. Os estudiosos se referem a

este ressurgimento da legislação estadual de direitos civis, a esta nova disposição dos tribunais estaduais a proteger em maior medida do que as leis constitucionais federais, como o novo federalismo judicial. As leis constitucionais federais continuam sendo a principal proteção de direitos nos EUA e a fonte primária da doutrina constitucional. Mas a legislação constitucional estadual hoje funciona como um complemento – e ocasionalmente como um antídoto – com respeito às decisões federais. Porém, o desenvolvimento deste novo federalismo judicial levanta uma dúvida. Se o tempo não mudou os princípios legais vigentes que acabamos de ver, por que mudaram o papel dos tribunais estaduais e as declarações de direitos dos Estados? Por que surgiu o novo federalismo judicial?

Muitos consideram que o novo federalismo judicial surgiu no começo da década de 1970 e está intimamente ligado à mudança nos integrantes da Suprema Corte dos EUA, simbolizada pela nomeação de Warren Burger como sucessor de Earl Warren na presidência. A mudança nas pessoas assustou os defensores das liberdades civis que temiam que as alterações da Corte Suprema pudessem corroer o progresso obtido pela Corte nos tempos de Warren, sobretudo quanto aos direitos do réu em processos penais. Olhando para trás, estes temores parecem exagerados, pois a Corte da época de Burger não atacou furiosamente as decisões *Mapp v. Ohio*, *Miranda v. Arizona*, ou qualquer outra das que fizeram história sob a presidência de Warren. Mas se estes temores foram ou não justificados não é a questão mais importante, ao menos para os propósitos de agora. O essencial foi a reação destes grupos pró-liberdades civis, que procuraram meios alternativos para salvaguardar os direitos, numa busca que finalmente os levou a

acolher as declarações de direitos dos Estados.

À primeira vista, pode parecer uma escolha estranha. As declarações de direito estaduais protegem os mesmos direitos fundamentais – liberdade de expressão, de imprensa, liberdade religiosa e proteção ao réu – que fazem parte da Declaração de Direitos Federal e os tribunais estaduais não pareciam agressivos (para dizer o mínimo) ao exigir o respeito destas garantias. No entanto, vários fatores fizeram as declarações de direitos estaduais parecer interessantes aos olhos dos defensores dos direitos. Primeiro, os juízes estaduais que interpretam as respectivas declarações de direitos não são obrigados a adequar sua interpretação às decisões dos tribunais federais quando estes interpretam dispositivos federais análogos. Mesmo usando linguagem idêntica, ou quase, os juízes estaduais estão interpretando um documento singular, com uma história singular, e isto pode justificar uma interpretação diferente. Além disso, mesmo que juízes federais tenham interpretado um dispositivo idêntico, num caso praticamente idêntico, a decisão federal não cria uma obrigação, pois os Estados são os intérpretes finais das suas próprias Constituições e eles podem simplesmente discordar; eles não precisam aceitar a interpretação federal como a melhor.

Em segundo lugar, mesmo que as garantias estaduais sejam análogas às federais – por exemplo, a liberdade de expressão e de religião – elas estão muitas vezes envolvidas numa linguagem distinta, podendo ser mais específicas do que as equivalentes no âmbito federal. Por exemplo, além de proibir que o governo se decida por uma religião, dezoito Estados proíbem especificamente as provas religiosas para testemunhas e jurados e trinta e cinco deles proíbem gastos

com “qualquer finalidade sectária”. Estas diferenças de texto podem prover as bases para interpretações divergentes das emanadas da Corte Suprema dos EUA.

Terceiro, muitas declarações estaduais de direitos contêm proteções adicionais, sem analogia no âmbito federal. Por exemplo, trinta e nove Estados garantem o acesso à assistência jurídica para vítimas de injúria, onze protegem expressamente o direito à privacidade e dezessete deles, a igualdade entre os gêneros. Portanto, estas Constituições oferecem a possibilidade de estender a proteção de direitos para além do que foi feito pela Corte de Warren.

Quarto – e mais importante – as decisões baseadas apenas em lei estadual não estão sujeitas à revisão federal, pela doutrina dos “fundamentos independentes e competentes do Estado”. Isto significa que a Corte Suprema não pode reverter uma decisão estadual que faz uma ampliação, se esta se fundar em garantias estaduais. Então, a interpretação mais aceita do novo federalismo judicial ressalta que, para as declarações estaduais de direitos, a mudança representou uma manobra tática de alguns grupos, desejosos de escapar do que percebiam como leis constitucionais federais menos acolhedoras.

Isto é válido até certo ponto, mas ao focalizar o incentivo dos litigantes para contar com as Constituições estaduais, esta interpretação ignora uma dúvida importante: quando os litigantes começaram a apresentar argumentos constitucionais estaduais, por que as Cortes Supremas dos Estados os receberam tão bem? Afinal, ao longo da história, juízes estaduais têm sido muito menos atuantes do que seus homólogos federais para mudar as leis, e até o advento do novo federalismo judicial, suas contribuições às leis de liberdades civis foram mínimas. O que os levou a adotar, na

década de 1970 e posteriormente, uma postura mais protetora dos direitos, ajudando com isso o surgimento do novo federalismo judicial?

A resposta a estas perguntas parece estar no reconhecimento de que a interpretação da Constituição elaborada nos Estados ocorre num contexto e com uma tradição jurídica mais amplos. Parte desta tradição envolve os padrões usados para definir o que é uma prática judicial adequada, entendida mais como a recomendação de uma série de estratégias de interpretação válidas do que a imposição de normas rígidas a esta prática. Estes padrões também mudam com o tempo e os juízes das Cortes Supremas estaduais, assim como seus homólogos federais, tanto participam na criação destes padrões como reagem a eles. Estes padrões predominantes afetam o modo como os juízes abordam o seu trabalho, à medida em que os assimilam. Portanto, parece-me que a maior parte dos juízes das Cortes Supremas estaduais aprendeu a interpretar suas próprias Constituições observando como os outros juízes (federais e estaduais) interpretam as deles. Aqueles que impetram ações também tiveram um papel nestes eventos, sem dúvida, porque deram oportunidade às interpretações constitucionais estaduais, ao insistir em apresentar, diante das Cortes Supremas de seus Estados, demandas e argumentos que tinham inovado em outras arenas judiciais.

Vejamos agora como isto se relaciona com o aparecimento de um novo federalismo judicial. Quando, na década de 1970, as Cortes Supremas estaduais deram início a uma leitura mais aberta das garantias nos seus Estados, elas o fizeram por acreditar que isto era legítimo. Isto porque, nas suas interpretações da Declaração de Direitos Federal, a Corte Suprema dos EUA, na presidência de Earl Warren, tinha propor-

cionado um modelo de abordagem para as outras Cortes. De fato, como disse um juiz de uma Corte Suprema estadual, “quando eu estava na faculdade de direito, (os juízes) Warren e Brennan eram meus heróis”. Isto também contribui para explicar porque as Cortes Supremas estaduais não desenvolveram as leis das liberdades civis no século XIX e no começo do XX. Apesar de existirem garantias constitucionais estaduais e do espaço aberto às iniciativas dos Estados por falta de envolvimento federal, na época havia condições necessárias, mas não suficientes. Faltava um modelo para as Cortes estaduais desenvolverem uma jurisprudência sobre as liberdades civis.

Como os estadunidenses não confiavam nas Cortes dos Estados para reivindicar liberdades civis, durante todo o século XIX e começo do XX, elas foram incapazes de reunir muita experiência de interpretação, pois eram poucos os casos que recebiam. E também não podiam orientar-se pelas decisões das Cortes federais, pois os julgamentos de casos deste tipo também eram escassos e muitas de suas decisões não revelavam a menor simpatia pelos que demandavam os direitos. Foi só quando as circunstâncias propiciaram uma combinação de argumentos constitucionais estaduais, somados a um exemplo de desenvolvimento de garantias constitucionais nos Estados, que uma jurisprudência estadual nesta matéria começou a existir. Então, quando a nomeação do Presidente Warren Burger incentivou os defensores das liberdades a buscar soluções novas em outras fontes, a experiência de décadas anteriores já tinha sentado as bases para o desenvolvimento de leis estaduais regulando as liberdades civis.

Algumas conclusões, de certa forma irônicas, podem ser tiradas deste argumento. Primeiro, embora o ativismo da Corte no tempo de Warren tivesse sido conside-

rado como prejudicial ao federalismo, meus argumentos sugerem que este ativismo foi uma condição necessária para as Cortes Supremas estaduais se envolverem muito com a proteção das liberdades civis. A proteção das liberdades civis não é um jogo cuja soma é zero, onde o aumento das atividades de uma série de Cortes implica no decréscimo das atividades das outras. Ao contrário, nos EUA o relacionamento dos Judiciários estaduais com o federal envolve uma divisão de responsabilidades e um processo de aprendizagem mútua, de forma que a mudança de orientação em certas Cortes tende a refletir-se, com o tempo, nas outras.

Isto leva a uma segunda conclusão. Embora o novo federalismo judicial se apóie na doutrina de fundamentos estaduais competentes e independentes, estamos longe de ter uma verdadeira independência das Cortes estaduais com respeito à legislação federal. Isto se reflete na migração em massa de categorias doutrinárias como “interesse estadual coercivo” e “classificações de suspeitos” do direito constitucional federal para o estadual. Além disso, mesmo com as decisões estaduais baseando-se nas suas próprias Constituições e em fundamentos estaduais competentes e independentes, seu jeito de abordar a interpretação destes fundamentos era profundamente influenciado pelo modo como a Suprema Corte dos EUA abordava a interpretação da Declaração de Direitos em âmbito federal. Insisto em que isto não é uma crítica aos tribunais estaduais, mas trata-se apenas de fazer uma descrição capaz de expressar o fato de que nos EUA existe uma cultura jurídica em comum que serve de fonte para todos os tribunais.

Mudando o foco da formação do novo federalismo judicial para as suas condições atuais, dois aspectos se destacam. Primeiro,

o novo federalismo judicial deixou de ser novo ou polêmico. Não se trata de negar que algumas decisões específicas baseadas nas declarações estaduais de direitos continuam levantando polêmica e às vezes são mesmo revogadas por emendas constitucionais estaduais. Ainda assim é importante reconhecer o que está – e o que não está – em jogo nestas situações. Normalmente o que se discute é se a Corte Suprema estadual interpretou bem a Constituição Estadual, e não se fez bem ao consultar a Constituição Estadual ou ao fazer respeitar suas garantias. Já não se duvida, nos Estados americanos, de que a interpretação independente de uma Constituição Estadual é legítima – isto é um dado da realidade – mas questiona-se se algumas interpretações em particular são defensáveis do ponto de vista jurídico.

Segundo, o projeto de novo federalismo judicial nas Cortes Supremas estaduais já não se impulsiona basicamente pelas decisões da Corte Suprema dos EUA. Como dissemos antes, o novo federalismo judicial originou-se como reação às decisões – ou decisões esperadas – que a Corte tomou na época de Burger, sobretudo em direito penal, e as primeiras decisões no novo federalismo judicial envolviam, em sua maioria, os direitos do acusado. Outras das primeiras decisões constitucionais dos Estados envolviam a reforma financeira no sistema público de ensino, o que acabou sendo uma questão constitucional estadual depois que a Corte Suprema dos EUA, no caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* impediu que a questão fosse considerada nos termos da Constituição Federal. Então, as leis estaduais sobre as liberdades civis começaram com muita desvantagem, como uma abordagem de segunda linha, nos casos em que não era possível contar com a abordagem preferi-

da, a da proteção constitucional federal. E as decisões desfavoráveis da Corte Suprema dos EUA, por estranho que pareça, determinaram em grande parte o projeto constitucional dos Estados.

Nos últimos anos, porém, surgiram nos Estados importantes questões constitucionais que não mostravam decepção com as decisões emanadas da capital do país. Vamos destacar duas destas questões. A primeira envolve os direitos dos homossexuais – mais especificamente o direito de casais homossexuais masculinos e femininos a contrair matrimônio. Esta questão específica não tinha sido tratada pela Corte Suprema dos EUA, que, aliás, nada tinha a dizer sobre os direitos dos homossexuais até recentemente. Mas as Cortes estaduais, com base nas suas próprias Constituições, abordaram esta questão. Em 1993, a Corte Suprema do Havaí decidiu que recusar licença de casamento a um casal de homossexuais de qualquer gênero infringia a Constituição Estadual. Cinco anos depois, uma Corte no Alaska decidiu que o matrimônio é um direito fundamental e que impedir casamentos de pessoas do mesmo sexo equivale a discriminação sexual, sendo uma infração à Constituição do Alaska. E em 1999 a Corte Suprema de Vermont sentenciou que a Constituição Estadual garante aos casais homossexuais os mesmos direitos e privilégios do matrimônio que os casais heterossexuais usufruem e ordenou o legislativo de Vermont a elaborar uma lei para satisfazer esta decisão, legalizando matrimônios homossexuais ou criando uma forma equivalente de associação. Atualmente, nos tribunais de Massachusetts, está tramitando uma contestação frontal à proibição do casamento homossexual.

Um novo setor que está surgindo no direito constitucional dos Estados, no qual

as Cortes federais também tiveram um papel muito pequeno, envolve a intersecção da lei constitucional com a lei dos delitos civis (*tort law*). Nos EUA, o comércio, companhias de seguro e profissionais da medicina reclamam há tempos de que a doutrina jurídica dos delitos civis (*tort law*) favorece demasiadamente os demandantes, e os jurados destes casos, sobretudo quando um cidadão comum se confronta com grandes empresas, tendem a conceder indenizações compensatórias e punitivas arbitrárias e excessivas. Independentemente da validade destas acusações, elas foram ouvidas com simpatia por legisladores de alguns Estados que converteram em lei a chamada reforma dos delitos civis que tinha o propósito de mudar a correlação de forças entre demandantes e acusados. Entre os dispositivos destas leis constam os limites para as obrigações em conjunto e as individuais, imposição de teto às indenizações punitivas e prazos para alegação de responsabilidade do fabricante por danos causados por defeitos em seus produtos. Advogados de demandantes contestaram várias destas leis, alegando que elas infringem garantias constitucionais estaduais, inclusive o direito a ser julgado por um jurado e o direito a indenização.

Em vários Estados – inclusive Illinois, Ohio e Oregon – estes desafios constitucionais tiveram êxito. No entanto, a questão está longe de ser resolvida – provavelmente as alterações da lei vão levantar outras demandas. É provável que advogados de ambas as partes contestem a reforma da lei de delitos civis (*tort law*) em todo o país, Estado após Estado, tanto nas causas levadas à Cortes Supremas estaduais como nas eleições judiciais para determinar a composição das Cortes que irão decidir estes litígios constitucionais. Parece que esta vai ser a questão de maior destaque na primeira

década do século XXI, uma questão que de um modo geral surgiu independentemente das decisões da Corte Suprema dos EUA.

A experiência dos Estados em termos de casamento entre pessoas do mesmo sexo e reforma da lei dos delitos civis (*tort law*) mostra outra característica básica do funcionamento do novo federalismo judicial, intimamente ligada aos processos políticos estaduais. É difícil emendar a Constituição Federal e só existem cinco casos de mudança nas decisões da Suprema Corte. Em compensação, é relativamente fácil alterar uma Constituição Estadual e os eleitores não se incomodariam com isto, podendo talvez aceitar inclusive alterações nas declarações estaduais de direitos, a fim de revogar decisões judiciais das quais discordam. Isto aconteceu no Havaí e no Alaska com respeito ao casamento de homossexuais, onde se adotaram emendas confirmando que o casamento se limita a casais heterossexuais. Os eleitores tampouco sentem qualquer inibição para remover juízes que baixem sentenças impopulares, uma possibilidade palpável nos Estados onde juízes são eleitos, ou que exigem que a população faça uma revisão periódica da atuação dos mesmos. Portanto, decisões polêmicas sobre direitos constitucionais estaduais podem significar o início, em lugar da conclusão, de debates sobre a Constituição, e seus participantes serão provavelmente legisladores, grupos de interesses e cidadãos comuns, além de magistrados. Isto é visto com pessimismo por alguns, mas eu discordo. Parece-me que o envolvimento da população nos debates sobre a Constituição é uma característica particularmente atraente no sistema de proteção dual de direitos que se formou nos EUA.

Vamos resumir o que foi dito até agora. Do ponto de vista teórico, no sistema de proteção de direitos dos EUA, o governo

federal proporciona as bases, o mínimo em termos constitucionais, a fim de garantir o respeito a estes direitos fundamentais (universais), enquanto que a proteção estadual, construída sobre esta base, proporciona todas as demais garantias que os cidadãos daquele Estado consideram como adequadas. Do ponto de vista institucional, a lógica é um pouco diferente. Primeiramente, a responsabilidade pela proteção dos direitos cabe em geral aos Estados, por meio de suas instâncias políticas e seus tribunais. A intervenção federal acontece geralmente como resultado de um litígio, quando um Estado não cumpriu com a sua responsabilidade.

A dúvida essencial continua: o sistema de dupla proteção descrito aqui seria coerente com outros sistemas federais? É preciso muito cuidado com a transposição de práticas e instituições de um contexto histórico-cultural para outro. Dito isto, vou tecer algumas considerações. Se é sensato ou não permitir aos Estados desempenhar um papel na definição e proteção dos direitos além do mínimo garantido pela esfera federal, dependeria, ao menos em parte, de como se espera que este poder seja exercido. A experiência dos EUA pode dar algumas pistas. Em primeiro lugar, é previsível que os Estados considerem como sagradas as garantias que exprimem as mudanças havidas na perspectiva política desde a época em que a declaração federal de direitos foi escrita. Por exemplo, a Constituição dos EUA não reconhece expressamente direitos positivos como o direito à moradia, assistência médica e outros, e a Corte Suprema não aceitou o argumento de que estes direitos estão implícitos no documento. Esta ausência de direitos positivos pode estar refletindo a ênfase nos “direitos negativos” (proteção contra intrusões do governo) do fim do

século XVIII, quando a Declaração de Direitos Federal foi adotada, ou talvez interesses federalistas. Qualquer que seja o motivo, a ausência de proteção dos direitos positivos deu oportunidade aos constituintes estaduais. A maior parte das Constituições estaduais são mais recentes do que a Constituição Federal e muitas delas incluem direitos positivos. No século XIX, quando o ensino público se tornou a principal responsabilidade dos Estados, a maioria das Constituições estaduais impôs ao governo estadual o dever de proporcionar uma educação de boa qualidade a todas as crianças (o que rapidamente passou a significar direito à educação de boa qualidade). Nos anos de 1930, na Grande Depressão, Nova York incluiu o direito à moradia e à assistência social (*welfare*) e nos anos de 1940, New Jersey instituiu o direito aos acordos coletivos. Ultimamente, vários Estados acrescentaram nas suas Constituições a garantia do direito a um meio ambiente não poluído.

É possível esperar também que alguns Estados incluam garantias que refletem valores ali dominantes, embora sem ser aceitos no país como um todo. Por exemplo, a Constituição Federal proíbe os castigos cruéis e fora do comum e alguns Estados proibiram também a pena de morte ou, como em Utah, exigiram que prisioneiros “não sejam tratados com rigor desnecessário”. Outros Estados agiram de outra forma, incluindo dispositivos que confirmam seu direito a impor a pena de morte. Portanto, o sistema de dupla proteção ajuda a equilibrar as diferenças nos valores fundamentais.

Os Estados podem incluir outras garantias de direitos, em razão de características que distinguem a sua população. A Constituição dos EUA não trata diretamente de direitos de grupos, que são reconhecidos até certo ponto pelas Constituições estadu-

ais, especialmente em Estados com grande concentração de grupos raciais, religiosos ou étnicos. New México protege o direito dos Hispânicos a usar seu idioma, Montana, a herança cultural dos Índios Americanos e o Havaí tem um artigo completo sobre os interesses culturais de sua população nativa. Proteções como estas demonstram as vantagens de um sistema de dupla proteção dos direitos. Estes dispositivos refletem os interesses que distinguem cada Estado em particular, algo que não poderia ser reconhecido em nível nacional, mas apenas naquele Estado específico.

Finalmente, os Estados podem incluir em suas declarações de direitos algumas garantias que não constam da Constituição Federal, mas que refletem uma preocupação particular sua. Por exemplo, a Califórnia incluiu o direito à segurança nas escolas e o direito a pescar em terras públicas, e Montana, o direito de acesso às reuniões públicas e aos registros públicos.

Para decidir se a proteção dupla tem sentido, pode-se refletir sobre sua capacidade de promover os valores nacionais. Eu afirmo que esta capacidade existe. O intuito do Federalismo é incentivar o pluralismo e a diversidade, e ao permitir que os Estados definam quais valores querem proteger, além da proteção mínima em nível federal, o Federalismo estimula a diversidade.

Outro objetivo do Federalismo é incentivar os experimentos nos Estados, e a história da proteção dupla de direitos nos EUA sugere que isto ocorre. As Cortes estaduais têm mais liberdade para interpretar as suas Constituições, como provedoras de uma proteção maior do que a Constituição Federal concede, porque sabem que suas decisões valem apenas dentro das fronteiras do Estado. A Corte Suprema dos EUA se recusou a tornar sem efeito a dependência do ensino público com rela-

ção aos impostos sobre a propriedade, embora isto resulte em verbas desiguais para as escolas dos bairros pobres. Fez isto por preocupar-se com o federalismo, pois seria uma intervenção federal numa área que tradicionalmente é de responsabilidade dos governos estadual e municipal. Como as Cortes estaduais não têm este tipo de preocupação, tiveram mais liberdade para avaliar a constitucionalidade dos sistemas de financiamento do Estado e, em muitos casos, exigiram que os governos estaduais corrigissem a desigualdade.

De um modo geral, nota-se que nos EUA muitas iniciativas relacionadas aos direitos individuais partiram primeiro dos Estados e não do governo federal. Por exemplo, o Estado de Vermont foi o primeiro a proibir a escravidão e Wisconsin, o primeiro a estabelecer o seguro desemprego nos EUA. O Estado de Massachusetts instituiu primeiro o salário mínimo para mulheres e crianças e Nova York saiu na frente para estabelecer a proteção contra a discriminação racial no emprego. Só depois de outros Estados igualem estas iniciativas, foi que surgiu um consenso nacional que se expressou na Constituição e nas leis federais. Portanto, em matéria de proteção de direitos, dividir as responsabilidades incentiva os Estados e o governo federal a aprender com a experiência dos outros Estados.

Existiriam riscos ligados a um sistema de proteção dupla? Sim, existem, mas não devem ser exagerados. Quando várias instâncias de governo definem direitos, as coisas se complicam e a confusão pode aumentar, mas qualquer país deve saber que, ao adotar o federalismo, está ao mesmo tempo adotando um governo com maior complexidade. A criação de novos direitos constitucionais aumenta o poder dos juízes, dando-lhes mais oportunidades de anular leis, embora a possibilidade de

revogar pronunciamentos judiciais por intermédio de emenda constitucional funcione como um controle. Finalmente, permitir que Estados definam direitos compromete a uniformidade de direitos no país, mas como a Declaração de Direitos protege os mais fundamentais deles, pode-se perguntar se a diversidade nesta área é mais problemática do que em qualquer outra área de políticas públicas.

Por último, é claro que cada democracia federal deve elaborar as instituições que mais se adaptam à sua população, história e cultura. A duplicidade na proteção dos direitos não é desejável para todos os sistemas federais. Mas nos EUA, a dupla proteção idealizada por Madison é uma realidade, e do meu ponto de vista, é uma das características mais positivas do federalismo americano.