

# FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO- INSTRUMENTAL\*

---

MICHAEL C. DORF<sup>†</sup>

## I.

Embora aparências iniciais sugiram que a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) possa ser bipartida no que se refere a questões relativas à soberania dos Estados, há nela pelo menos 3 (três) possíveis divisões. De um lado há os Nacionalistas. Eles adotam a máxima de que o Judiciário não possui nenhum papel na proteção dos Estados *vis-à-vis* intervenções do Governo Federal. Proteção para os Estados, se porventura necessária, deve, na perspectiva dos Nacionalistas, decorrer dos Poderes políticos, sobretudo do Senado, onde o poder dos Estados maiores e menores se iguala.<sup>1</sup> Do outro lado, há os Anti-Federalistas modernos. Eles sustentam que os Estados merecem e necessitam de proteção judicial *vis-à-vis* intervenções Federais. Embora os Anti-Federalistas hesitantemente aceitem os dois últimos séculos de ampliação dos poderes do Governo Federal às custas dos Estados,<sup>2</sup> pelo menos de modo simbólico,<sup>3</sup> recusam-se a aceitar a onipotência do Congresso quanto à soberania Estadual. Em acréscimo às posições designadas “Nacionalista” e “Anti-Federalista”, há uma outra perspectiva, aqui nominada de “Federalista”; Federalistas reconhecem a utilidade dos Estados por se oporem ao poder do Governo Federal, mas são mais suspeitos quanto aos Estados. Federalistas desconfiam do poder do

---

\* Instrumental and Non-Instrumental Federalism. Publicado originalmente na Rutgers Law Journal, vol. 28:825, no ano de 1997. Traduzido por Igor De Lazari, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pesquisador do Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI) e Técnico Judiciário da Justiça Federal da 2ª Região. Revisado por Antônio Guimarães Sepúlveda, Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pesquisador do Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI) e Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

<sup>†</sup> Professor de Direito na *Cornell Law School*.

<sup>1</sup> Cf. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528, 550-51 (1985).

<sup>2</sup> Cf. *United States v. Lopez*, 514, U.S. 549, 115 S. Ct. 1624, 1642-51 (1995) (Thomas, J., opinião separada)

<sup>3</sup> Cf. Henry Paul Monaghan, comentário: *The Sovereign Immunity “Exception”*, 110, Harv. L. Rev. 102, 132 (1996).

Governo nos níveis Nacional e Estadual (e, nesse sentido, em todos os níveis).<sup>4</sup>

Essas posições são, naturalmente, aproximações, mas descrevem relativamente bem determinados *Justices*<sup>5NT</sup>. Normalmente o *bloco* Nacionalista inclui os *Justices* Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer; e, recentemente, incluiu os *Justices* Brennan, White, Marshall e Blackmun.<sup>6</sup> Por outro lado, o *bloco* Anti-Federalista inclui o *Chief Justice* Rehnquist e os *Justices* O'Connor, Scalia e Thomas; recentemente incluiu o *Chief Justice* Burger e o *Justice* Powell. Isso reserva ao *Justice* Kennedy a qualificação de único Federalista. Embora usualmente o *Justice* Kennedy acompanhe nos seus votos os Anti-Federalistas, isso não é uma regra e sua recente divergência ilustra as diferenças de suas perspectivas.

Em *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*<sup>7</sup>, *Justice* Kennedy acompanhou os Nacionalistas para invalidar a Emenda 73 à Constituição de Arkansas que impunha limites de mandatos para legisladores. Para a maioria e para a minoria da SCOTUS, o precedente serviu para definir se a o Governo Federal é uma invenção do Povo dos Estados Unidos (argumento da maioria) ou do Povo dos Estados do País (argumento dos *Justices* derrotados). Na sua *concurrency*<sup>8NT</sup>, *Justice* Kennedy apresentou as razões pelas quais não poderia acompanhar os Anti-Federalistas:

Federalismo é uma descoberta de nossa Nação. Os *Framers* dividiram o átomo da soberania. É da genialidade deles que os indivíduos possuiriam duas representações políticas – Estadual e Federal –, ambas protegidas de intervenção mútua. A Constituição resultante de suas ideias introduziu um sistema jurídico

---

<sup>4</sup> Cf. Kathleen M. Sullivan, *Dueling Sovereignties: U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 109 Harv. L. Rev. 78, 80 n. 18 (1995) (identificando “Federalistas” modernos e “Anti-Federalistas”)

<sup>5</sup> (N.T.) Na data do artigo, integram a SCOTUS os *Justices* William Rehnquist, Anthony Kennedy, Stephen Breyer, David Souter, John Paul Stevens, Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg, Sandra Day O'Connor & Antonin Scalia.

<sup>6</sup> *Justice* Blackmun começou como um Anti-Federalista, mas no intervalo das decisões da SCOTUS nos precedentes *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976) e *Garcia v. San Antonio Metro. Trans. Auth.*, 469 U.S. 528 (1984), migrou para o lado Nacionalista.

<sup>7</sup> 514 U.S. 528, 115 S. Ct. 1842 (1995)

<sup>8</sup> (N.T.) No Direito americano, a *concurring opinion* se refere à decisão de um ou mais juízes que não se opõe à decisão da maioria do Tribunal, mas que apresenta algumas razões diferentes ou adicionais.

## FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO- INSTRUMENTAL

---

sem precedentes, na forma e na concepção, que implantou duas ordens de Governo, dotadas de suas próprias relações, sua própria privacidade, seus próprios direitos e obrigações perante o povo que as sustenta e que governam<sup>9</sup>.

Pode-se questionar por que *Justice Kennedy* identifica no mecanismo revolucionário da dupla soberania um reflexo de genialidade dos *Framers* ao invés de um mero acordo político. Esta resposta pode ser identificada na sua *concurrency* em outro precedente relevante sobre Federalismo, do Termo 1994-1995, *United States v. Lopez*<sup>10</sup>, no qual a SCOTUS decidiu que uma lei Federal que imponha penas à posse de armas nas proximidades de uma escola ultrapassa a autoridade do Congresso de regular o *comércio interestadual*<sup>11NT</sup>. Embora numa posição delicada pela possibilidade de a decisão do *Chief Justice Rehnquist* levar a uma regressão generalizada do papel federal de regular a economia nacional, *Justice Kennedy* ainda assim acompanhou a decisão porque achou necessário reafirmar o princípio do *governo limitado*. Afirmou que: “Embora, a princípio, a ideia pareça *contraintuitiva*, a noção de que a liberdade aumentaria pela instituição de duas administrações, e não de apenas uma, é um *insight* dos *Framers*”<sup>12</sup>. *Justice Kennedy* ainda mencionou James Madison na seguinte passagem:

Na *república composta* da América, o poder abdicado pelo povo é inicialmente dividido por dois distintos governos, e, então, a porção atribuída a um e outro é

---

<sup>9</sup> Id., p. 1872

<sup>10</sup> 514 U.S. 549, 115 S. Ct. 1624 (1995)

<sup>11</sup> Nesta decisão, a SCOTUS afirmou que a posse de arma numa área Escolar não é uma atividade Econômica que possa, através de repetição alhures, possuir algum impacto substancial no *comércio interestadual*, de modo que a lei é um instituto Penal, que se situa além da autoridade do Congresso. Em seu argumento, rejeitado pela SCOTUS, o Governo Federal afirmou que a posse de uma arma num ambiente acadêmico provavelmente levaria a alguma infração violenta, que, por sua vez, afetaria a Economia de duas maneiras: (i) provocaria danos e despesas e majoraria preços de seguros; e (ii) limitaria o desejo de se dirigir às áreas reputadas inseguras. Disse ainda que a presença de armas dentro de uma Escola perturbaria alunos, de modo a inibir o aprendizado; isso, por sua vez, levaria a uma Economia nacional mais debilitada, pois que a Educação seria basilar para a saúde Financeira da nação.

<sup>12</sup> Id., p. 1634, 1638 (Kennedy, J., apresentando opinião separada)

subdivida por departamentos separados e distintos. Portanto, uma segurança dupla surge para os direitos das pessoas. Diferentes governos refrear-se-ão reciprocamente e, ao mesmo tempo, serão controlados por si próprios<sup>13</sup>.

Conjuntamente, as *concurrências* de Kennedy nos precedentes *U.S. Term Limits* e *Lopez* articulam uma nítida lógica Federalista: reforçar vigorosamente a divisão constitucional de poder de modo que os Governos Federal e Estadual não ameacem a liberdade. Esta máxima requer que a SCOTUS proteja os Estados das intervenções Federais (*Lopez*) e reciprocamente (*U.S. Term Limits*). *Justice* Kennedy parece ser o único *Justice* da SCOTUS que adota a referida postura. Embora a *Justice* O'Connor haja o acompanhado no precedente *Lopez*, e haja, numa de suas decisões, invocado a ideia de Madison de que a soberania dupla serve para supervisionar a adequada distribuição de poder<sup>14</sup>, sua preocupação é destinada inteiramente a proteger os Estados das intervenções Federais, e não o inverso. Kennedy é o único *Justice* que integrou a maioria nos dois precedentes mencionados.

O desacordo que identifiquei entre os Anti-Federalistas e o (Federalista) *Justice* Kennedy pode parecer largamente acadêmico. Isto porque precedentes como *U.S. Term Limits*, no qual a ação do Estado invade uma prerrogativa Federal, são muito raros<sup>15</sup>. Nos julgamentos mais usuais sobre Federalismo, alega-se, normalmente, que um ato Federal interferiu na soberania dos Estados; nestas hipóteses, *Justice*

---

<sup>13</sup> Id. (referenciado *The Federalist* no. 51, p. 323 (Clinton Rossiter ed., 1961))

<sup>14</sup> Cf. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 458 (1991) (afirmando que “quicá o principal benefício do sistema Federalista seja a limitação aos abusos de poder do governo”, do mesmo modo que a separação de Poderes preserva a liberdade) (referenciado *Atascadero State Hosp. v. Scanlon*, 473 U.S. 234, 242 (1985) e *Garcia v. San Antonio Metro. Transit. Auth.*, 469 U.S. 528, 572 (1985) (Powell, J., dissentindo))

<sup>15</sup> Eu deveria acrescentar à sentença que *cases* normalmente surgem sob doutrinas legais que preservam a supremacia Federal. Entre as principais se identificam: imunidade Federal à *tributação Estadual*, cf. *e.g.* *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); preempção da legislação estadual quando dela diverge a legislação federal, cf. *e.g.* *Gade v. National Solid Waste Management Ass'n*, 505 U.S. 88 (1992); e a *cláusula do comércio negativa* (que autoriza Estados a legislar sobre matérias não reguladas pelo Congresso), cf. *e.g.* *Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978). Porém, ao passo que referidas doutrinas servem ultimamente aos interesses federais em detrimento aos estaduais, sua aplicação raramente oferece argumentos acerca de questões primordiais identificadas nos julgamentos que desafiam os limites da atuação do Governo Federal.

## FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO- INSTRUMENTAL

---

Kennedy acompanharia os Anti-Federalistas por acreditar que os Tribunais devem impor normas constitucionais relativas à soberania dos Estados. Na prática, portanto, parece haver (agora) uma maioria lutando por um papel judicial ativista.<sup>16</sup>

Entretanto, a razão pela qual a SCOTUS ocasionalmente defende Estados nas disputas Estadual/Federal afetará *quando* e *como* o Tribunal intervirá. Por isso, na seção seguinte, analisarei mais detidamente as razões que os Anti-Federalistas normalmente apontam para as posições que assumem.

### II.

No precedente *Gregory v. Ashcroft*<sup>17</sup>, um precedente de índole interpretativa com implicações constitucionais, a relatora, *Justice O'Connor*, mapeou algumas das virtudes do modelo americano de soberania dupla. Em adição à virtude madisoniana de dividir poder para preservar liberdade, o Federalismo possuiria os seguintes benefícios:

Ele assegura maior descentralização, que será mais sensível às diversas necessidades de uma sociedade heterogênea; aumenta a oportunidade de os indivíduos participarem do processo democrático; permite mais *inovações* e *experimentações* nos processos de administração; deixa a administração mais responsiva, ao instituir uma disputa dos Estados por habitantes<sup>18</sup>.

Destarte, a lista dos benefícios do Federalismo mencionados pela SCOTUS são, basicamente: (1) divisão de poder; (2)

---

<sup>16</sup> Três decisões redigidas ou acompanhadas pelo *Justice Kennedy* proferidas no fim do Termo 1996-97 ratificam o poder do bloco que defende a soberania dos Estados. Cf. *Printz v. United States*, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 117, S. Ct. 2365 (1997); *Idaho v. Coeur d'Alene Tribe of Idaho*, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 117 S. Ct. 2028 (1997); *City of Boerne v. Flores*, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 117, S. Ct. 2157 (1997).

<sup>17</sup> 501 U.S. 452 (1991)

<sup>18</sup> *Id.*, p. 458 (referenciando Michael McConnell, *Federalism: Evaluating the Founders' Design*, 54 U. Chi. L. Rev. 1484, 1491-1511 (1987); Deborah Jones Merritt, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 Colum. L. Rev. 1, 3-10 (1988))

descentralização/especialização; (3) responsabilidade democrática; (4) inovação/experimentação; e (5) disputa/competição.

Eu devo retornar à presente relação logo, mas, por ora, note um aspecto adicional. Anti-Federalistas afirmam ocasionalmente que a soberania dos Estados é um bem inerente, um princípio primário de nosso sistema que deve ser respeitado independentemente dos ônus e dos benefícios necessários para assegurá-lo. Exemplificativamente, no seu voto vencido no precedente *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*<sup>19</sup>, Justice Powell associou os direitos dos Estados aos direitos individuais, ao afirmar que *lógicas consequencialistas* são identicamente insuficientes para subjugar quaisquer destes direitos, individuais ou dos Estados<sup>20</sup>. Identicamente, na relatoria do precedente *New York v. United States*<sup>21</sup>, Justice O'Connor declarou que "o papel judicial seria o mesmo ainda que alguém pudesse provar que o Federalismo não assegura nenhum benefício a ninguém. Ele se dedica não a instituir nosso sistema preferido, mas a apreender e aplicar o sistema definido pela Constituição"<sup>22</sup>. Talvez mais duramente, Justice Thomas, em divergência e redigindo para o bloco Anti-federalista no caso *U. S. Term Limits*, acusou a maioria de ser incapaz de honrar o que afirmou ser a diretriz histórica pela qual o Governo Federal obteve sua soberania dos Estados<sup>23</sup>.

Enquanto os 5 (cinco) benefícios indicados acima apontam justificativas instrumentais para o Federalismo, a base lógica deste último aspecto é não-instrumental. Ele aponta que a soberania dos Estados é algo ínsito à nossa dinâmica. Embora se possa imaginar que é impróprio para o Governo Federal suplantando a soberania dos Estados – *e.g.* promulgando-se uma legislação que puna a posse de armas nas proximidades de escolas –, a referida legislação se situa, simplesmente, além da sua autoridade federal. Isto porque o Governo Federal não pode invadir a soberania dos Estados, do mesmo modo que não pode legislar para o Canadá, não importa quão boa seja a qualidade da legislação. Ou, para optar por uma demonstração mais realista, pelo menos em alguns aspectos, a posição que os Estados ocupam *vis-à-vis* o Governo Federal se assemelha à posição que as nações ocupam *vis-à-vis* organizações internacionais. Tentassem os órgãos do Tratado da União Europeia impor

---

<sup>19</sup> 469 U.S. 528 (1985)

<sup>20</sup> Id. p. 565 n. 8 (Powell, J., dissentindo)

<sup>21</sup> 505 U.S. 144 (1992)

<sup>22</sup> Id. p. 157

<sup>23</sup> 115 S. Ct. At. 1875 ("a última origem da autoridade da Constituição é o acordo do povo de cada Estado individualmente considerado, não o acordo de pessoas indiferenciadas da Nação")

## FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO- INSTRUMENTAL

---

uma moeda uniforme aos Estados membros, seria uma objeção suficiente à pretensa medida a afirmação de que os membros não autorizaram referida decisão – ainda que uma lógica utilitarista pudesse recomendar a adoção da moeda única.

Existem, acredito, dois meios de apreender a mencionada sorte de argumento não-instrumental. Primeiro, poder-se-ia acreditar que os Estados americanos são biocenoses políticas diferentes, nos moldes dos países; se isto significa que diferentes Estados possuem leis e organizações diferentes, ou que a Constituição Federal atribui aos Estados poderes importantes para limitar a ação nacional – e.g. papel que Estados desempenham no Senado, no Colégio Eleitoral, na ratificação de Emendas Constitucionais – a argumentação é *tautológica*: os Estados, de fato, possuem poderes políticos que nações possuem. Para que o argumento possa persuadir a SCOTUS a igualizar os Poderes Estaduais aos Federais, deve asseverar que os Estados *merecem* ser reputados biocenoses políticas autônomas. Esse é, porém, um argumento de sustentação difícil. Estados norte-americanos não possuem, na sua maioria, aspectos *culturais* ou *linguísticos* diferentes, senão, quando identificados, de natureza regional. Mais importante, a Seção Um da Décima-Quarta Emenda prevê um modo surpreendentemente simples de algum indivíduo dos Estados Unidos alterar sua *cidadania estadual* – simplesmente pela alteração de residência. Esta provisão, instituída para superar a decisão *Dred Scott v. Sandford*<sup>24</sup>, reflete uma deferência nacional profunda -- que remete à Guerra Civil – à percepção de que a *cidadania nacional* é primária. Em raras ocasiões nas quais uma decisão Federalista apresenta Estados americanos análogos a nações independentes, a associação se mostra inconvincente<sup>25</sup>.

Por outro lado, o segundo sentido pelo qual alguém poderia identificar a soberania dos Estados sob uma perspectiva não-instrumental é histórico. Identifica-se no dissenso do *Justice* Thomas no precedente *U.S. Term Limits* um modelo para aquela perspectiva, que repousa ultimamente sobre uma versão da *Teoria do Contrato Social*. Nesta perspectiva, as partes do *contrato* são, originalmente, Estados soberanos e honrar o *contrato* significaria proteger a soberania dos Estados. Por datar do século XVIII, referida razão história poderia ser preterida pela razão apontada pelos *Justices* Stevens ou Kennedy na sua decisão no precedente

---

<sup>24</sup> 60 U.S. (19 How.) 393 (1856)

<sup>25</sup> Cf. e.g. *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983) (Stevens, J., dissentindo) (realizando uma analogia da relação de Estados Unidos e Michigan à relação de Estados Unidos e Finlândia)

*Term Limits*, mas ainda que pudéssemos ser persuadidos pelo argumento secular dos Anti-Federalistas modernos, duas dificuldades (na minha opinião insuperáveis) remanescem. Primeira dificuldade é um problema que quaisquer *Teorias Históricas do Contrato Social* apresentam: primeiro, não possuímos nenhuma boa razão para acreditar que um documento jurídico remanesce inteiramente legítimo, ou, ainda, ligado a alguma premissa original<sup>26</sup>; segundo, ainda que alguém pudesse reputar o originalismo como a principal abordagem para a interpretação da Constituição, os preceitos do pacto social sofreram profundas alterações na sequência da Guerra Civil. Portanto, o argumento de que a história oferece uma base não-instrumental para uma proteção judicial robusta à soberania dos Estados é muito débil<sup>27</sup>.

### III.

Já que a base não-instrumental para uma proteção judicial robusta da soberania dos Estados é debilitada, poderiam as justificações instrumentais identificadas pela *Justice O'Connor* no precedente *Gregory v. Ashcroft* se sair melhor? É assente que a SCOTUS ocasionalmente invoca muitos desses benefícios do Federalismo ao invalidar legislação Federal sob argumentos de soberania dos Estados. Exemplificativamente, no precedente *New York v. United States*<sup>28</sup>, a SCOTUS, por meio da relatoria da *Justice O'Connor*, afirmou que o Congresso não pode obrigar um Estado a promulgar uma lei, porque, *inter alia*, permitir a referida imposição reduziria a responsabilidade democrática (3º benefício de *Gregory*). Do modo dito pela SCOTUS:

onde o Governo Federal direciona os Estados a regular, podem ser os oficiais dos Estados que irão suportar o peso da reprovação pública, ao passo que os oficiais Federais que instituíram o programa regulatório podem

---

<sup>26</sup> Para uma breve análise do domínio apropriado do argumento histórico, cf. Richard H. Fallon, "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 Colum. L. Re. 1, 11-14 (1997). Para uma análise mais longa, cf. Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85, Geo. L. J. (no prelo 1997)

<sup>27</sup> Cf. Michael C. Dorf, *Truth, Justice, and the American Constitution*, 97 Colum. L. Rev. 133, 172-175 (1997)

<sup>28</sup> 505 U.S. 144 (1992)



## FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO- INSTRUMENTAL

---

permanecer isolados das ramificações eleitorais de suas decisões. Responsabilidade é, assim, diminuída quando, por razão de imposição Federal, *oficiais estaduais eleitos* não podem regular segundo os interesses dos sufragistas locais acerca das matérias não antecipadas pela regulação Federal<sup>29</sup>.

Tem-se que uma das dificuldades de invocar razões instrumentais para defender a soberania dos Estados – *e.g.* responsabilidade – é que, ocasionalmente, a razão instrumental não se aplicará, ou, pior, oferecerá a base para o argumento desfavorável à proteção da soberania dos Estados. Tome-se, *e.g.*, a decisão da SCOTUS no precedente *Seminole Tribe of Florida v. Florida*<sup>30</sup>. Nele, o Tribunal invalidou sob a Décima-Primeira Emenda uma provisão da Lei de Regulação de Jogos Indígenas (*Indian Gaming Regulatory Act*) que autorizava tribos a requererem, num Tribunal Federal, que Estados negociassem a instituição de acordos de jogos indígenas<sup>31</sup>. Nesta decisão, o Tribunal afirmou ainda que, à luz do quadro regulatório desenhado pelo Congresso, seria impreciso inferir um direito de demandar judicialmente algum oficial Estadual segundo a doutrina de *Ex parte Young*<sup>32</sup>. *Ex vi* da possibilidade de instauração de litígios nos Tribunais Estaduais e dos outros mecanismos que driblam a proibição da Décima-Primeira Emenda, o precedente *Tribo Seminole* pode provar ser mais simbólico do que parece<sup>33</sup>. Porém, no breve prazo e, quiçá, nas áreas que se situam muito além das relações Tribos/Estados, a decisão pode deixar Governos Estaduais menos responsáveis do que seriam sob uma interpretação mais restrita da Décima-Primeira Emenda. Todavia, o Tribunal do precedente *Seminole* não pressupõe a possibilidade de o prospecto de Governos Estaduais serem hábeis a driblar ilegalmente a jurisdição Federal levanta questões sobre responsabilidade que levam ao núcleo da justificação do Federalismo<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Id. p. 169

<sup>30</sup> 116 S. Ct. 1114 (1996)

<sup>31</sup> 25 U.S.C. §2710(d)(3)(A) (1994) (dever de Estados negociarem de boa-fé); id. §2710(d)(7) (direito de Tribos litigarem)

<sup>32</sup> 209 U.S. 123 (1908). Cf. *Seminole Tribe*, 116 S. Ct. pp. 1132-33.

<sup>33</sup> Cf. Monaghan, nota 3 *supra*, pp. 125-32.

<sup>34</sup> Realmente, a única referência a responsabilidade na decisão de *Seminole Tribe* é a afirmação da SCOTUS de que desconsideraria o argumento de que a Lei de Regulação dos Jogos Indígenas seria inconstitucional porque autoriza agentes Federais a desviar-se da responsabilidade por suas decisões ao requerer ação Estadual, por violação ao

Pelo menos durante o período no qual se amparar nas razões instrumentais para proteger a soberania dos Estados, a SCOTUS poderá identificar que a proteção da soberania dos Estados não serve a uma ou mais razões para a soberania; analisar a definição de soberania dos Estados através de suas razões parece depender de uma ponderação sincera dos interesses relativos a determinada situação particular. Mas se a atividade pressupõe a ponderação de objetivos políticos opostos, por que o Tribunal, por substituição ao Congresso, deveria realizar a ponderação? Referências instrumentais do Federalismo parecem, adversamente, hostis a um papel ativista do Judiciário.

Tem-se que uma solução para o Tribunal é a adoção de uma regra-consequencialista sobre a soberania dos Estados: se o Tribunal reputar que a ponderação levará o Congresso a sistematicamente depreciar os interesses associados à soberania dos Estados, então deverá adotar um princípio relativamente imutável de soberania estadual que, por razões práticas, relembre muito proximamente algum princípio não-instrumental de soberania Estadual. E, realmente, possuímos uma razão para acreditar que o Congresso irá sistematicamente desprezar os interesses dos Estados: a preocupação Madisoniana baseia-se na presunção de que os atores governamentais, incluindo, mais particularmente, o Congresso, inclinar-se-ão à busca por alargamento de seus próprios poderes. Portanto, o *Primeiro Fator de Gregory* (divisão de poder) oferece uma razão instrumental para o Federalismo e para a afirmação judicial da soberania dos Estados.

#### IV.

Irá o Tribunal abraçar a solução proposta? Eu não acho, pelo menos no curto prazo. Percebe-se que a desconfiança Federalista pelo poder do Governo pouco provavelmente atrairá o bloco Anti-Federalista, precisamente porque os Anti-Federalistas, do mesmo modo que os Anti-Federalistas originários, normalmente defendem perspectivas simpáticas (até mesmo românticas) aos Estados, e, por isso, relutam a interferir nas administrações Estaduais. Embora as preocupações relativas à dualidade *ativismo judicial vs. ativismo Federal* possam influenciar de modo relevante a resistência da SCOTUS a interferir nos processos Estaduais, isso não haure a discussão, pois que algumas das demonstrações mais

---

princípio anti-ordenação dos Estados do caso *New York v. United States*. *Seminole Tribe*, 116 S. Ct. p. 1126, n. 10.

## FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO- INSTRUMENTAL

---

importantes de deferência da Suprema Corte aos Estados inclui deferência a Tribunais Estaduais. Boa parte das doutrinas anunciadas nos últimos 25 (vinte e cinco) anos, limitando as possibilidades de impetração de *habeas corpus* perante Tribunais Federais por prisioneiros estaduais são justificadas pela alegação de que os Tribunais Estaduais não são menos hábeis a aplicar a legislação Federal do que Tribunais Federais<sup>35</sup>.

Decerto, o desacordo presente na perspectiva de que, por um lado, a soberania dos Estados deve ser assegurada para limitar os abusos Federais de poder e, por outro lado, a SCOTUS deve ser deferente ao poder Estadual sem se preocupar muito quanto a seus abusos, não significa que os *justices* que defendem a soberania Estadual não adotarão ambas as posições. Realmente, até mesmo o *Justice Kennedy*, o Federalista solitário da SCOTUS, normalmente acompanha os Anti-Federalistas nas decisões deferentes às prerrogativas Estaduais nos julgamentos relativos à aplicação da lei penal<sup>36</sup>. Mas a agregação de desconfiança do Governo Federal e de zelo dos Governos Estaduais, quando acontece, parece mais um simples Anti-Federalismo do que um novo modelo de Federalismo.

Entretanto, se os *justices* que defendem os Estados abraçassem a justificativa instrumental Madisoniana para a soberania dos Estados baseada na limitação do Poder Federal, descobririam que o principal defeito dos argumentos não-instrumentais para a soberania dos Estados – a aparente arbitrariedade dos Estados – passaria a ser uma virtude. Nesse âmbito – e nestas páginas –, pode ser adequado relembrar o que Hans Linde respondeu à alegação de que o Direito Constitucional dos Estados não possui uma *razão de ser* (*raison d'être*) porque os Estados não são distintas biocenoses *sociais, linguísticas, culturais* ou *políticas*. Em

---

<sup>35</sup> Cf. *e.g.*, *McCleskey v. Zant*, 499 U.S. 467 (1991); *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989); *Wainwright v. Sykes*, 433 U.S. 72 (1977). Para um resumo do debate sobre paridade, cf. Richard H. Fallon, Daniel J. Meltzer & David L. Shapiro, *Hart & Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* 351-54 (4th ed. 1996). Para uma inaguração acadêmica do debate, cf. Paul M. Bator, *Finally in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, 76 Harv. L. Rev. 441 (1963).

<sup>36</sup> Tipicamente, mas nem sempre. *E.g.* apesar de o *Justice Kennedy* haver redigido umas das decisões de *habeas corpus* mais restritivas, no precedente *McCleskey v. Zant* (supra), *Kennedy* e a *Justice O'Connor* não se mostraram dispostos a avançar do mesmo modo que alguns dos Anti-Federalistas. Cf. *Keeney v. Tamayo-Reyes*, 504 U.S. 1, 13-23 (1992) (*O'Connor*, J., acompanhada por *Blackmun*, *Stevens* e *Kennedy*, JJ., dissentindo); *id.* p. 24 (*Kennedy*, J., dissentindo); *Wright v. West*, 505 U.S. 277, 297-306 (*O'Connor*, J., acompanhada por *Blackmun* e *Stevens*, JJ., apresentando opiniões separadas); *id.* pp. 306-10 (*Kennedy*, J., apresentando opinião separada).

resposta, Linde observou que “variações legais entre Estados, de natureza linguística ou decisória, possuem muitas razões. Por que o Direito Constitucional autônomo dos Estados deveria depender das variações atuais “de carácter” dos Estados mais do que a independente *responsabilidade civil, a tributação ou sistemas fundiários?*”<sup>37</sup> Esta resposta pode ser útil inclusive para os defensores da soberania dos Estados na SCOTUS. Estados não precisam ser biocenoses políticas virtuosas; não precisam ser biocenoses reais; o ponto é que nossa Constituição os apresentam assim e que isso possui repercussões positivas; uma delas é o mecanismo para limitar o Poder Federal.

FEDERALISMO INSTRUMENTAL E NÃO-INSTRUMENTAL

INSTRUMENTAL AND NON-INSTRUMENTAL FEDERALISM

---

<sup>37</sup> Hans A. Linde, *State Constitutions Are Not Common Law: Comments on Gardner’s Failed Discourse*, 24 Rutgers L. J. 927, 930-31 (1993).