

"TEST CASE": UMA VÁLVULA DO DIREITO NORTE-AMERICANO?

Adhemar Ferreira Maciel

Consultor jurídico e Ministro aposentado do STJ
Professor da Faculdade de Direito Milton Campos e da UnB.

Parodiando Aristóteles, pode-se dizer que o homem é um animal litigans. Se o denominado "animal irracional" briga, é para alimentar-se ou acasalar. Normalmente, o furor bestiae morre por aí. O homem é diferente: se não pode resolver "seu direito" pelas suas próprias mãos, costuma consumir seu patrimônio para sustentar uma demanda judicial. Nem todos têm igual "sentimento jurídico" (Rechtsgefühl)(1). Para muitos, a "sua justiça" é que deve prevalecer. Por outro lado, a engenhosidade humana não tem limites. Se a lei dificulta o acesso ao Judiciário, se impõe barreiras processuais, o animal litigans costuma dar seu jeito. Usa sua imaginação e astúcia.

Nossa Constituição federal diz no inciso XXXV do art. 5.º que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O CPC, por sua vez, fala que "(n)enhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos termos e forma legais (art. 2.º), complementando que "(p)ara propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade" (art. 3.º). Em resumo, todos têm - ou deveriam ter... - o direito ao acesso a um órgão judicante para resolver seu conflito de interesses.

A Constituição americana, a seu turno, dispõe na Seção 2 do Art. III que a "competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicações da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade". A seguir, enumera a competência originária da Corte para julgar os "Cases" e "Controversies".(2) Em torno dessas expressões chaves -"Cases" e "Controversies"-, foi construída pela Suprema Corte doutrina limitativa da jurisdição dos tribunais federais,(3) que se funda na Justiciability. Isso se fez necessário, pois o sistema político americano, como de resto o brasileiro, tem por base a separação de poderes. Se não houvesse limitação constitucional e mesmo auto-restrição,(4) o Judiciário tenderia a agigantar-se, invadindo searas próprias do Legislativo e do Executivo. Daí se dizer que os tribunais federais só exercem jurisdição naqueles casos que "apresentam uma controvérsia real e substancial, a qual clama por um julgamento de direitos" (deduzidos na ação) (Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 (1961)). A isso se dá o nome técnico de "Justiciability".

Em decorrência dessa regra, os tribunais criados com base na Constituição (constitutional courts) só podem julgar casos concretos, reais (justiciable cases) que lhes são submetidos.(5) Não podem julgar casos hipotéticos, simulados (moot cases).

Logo no início da vida do judiciário americano, o Presidente George Washington oficiou à Suprema Corte pedindo esclarecimento e definição quanto à sua atribuição para decidir questões que envolvessem política de neutralidade dos Estados Unidos em relação à Inglaterra e à França, que se achavam em guerra. O Chief Justice John Jay respondeu, então, que à Corte não cabia responder a consultas, estando confinada a decidir os casos concretos que surgissem em razão da boa-fé dos litigantes (ABRAHAM, Henry J. *The judicial process - an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*. 5th ed. New York: Oxford University Press, 1986, p. 375. CHEMERINSKY, op. cit., p. 51).

Em muitos Estados-Membros dos Estados Unidos, há leis que vedam ou mesmo que incriminam o "litígio induzido", ou seja, a barataria (barratry).(6) Normalmente, é difícil apurar-se se as partes forjaram uma demanda para que o Judiciário se pronuncie. Surge, então, o instituto do "Test Case", que foi - e ainda é - utilizado por minorias raciais, religiosas e até políticas. O caso mais notável é de um certo Lloyd Gaines que, por ser negro, teria tido sua matrícula recusada pela Faculdade de Direito da Universidade do Missouri. A Universidade, ao contestar a ação proposta perante tribunal estadual, alegou que existia a Lincoln University, uma excelente universidade, onde a maioria de estudantes era de cor (7). Assim, Gaines poderia perfeitamente fazer o curso ali. Não precisava ir para a Universidade estadual. A Suprema Corte estadual deu ganho de causa à ré. A Suprema Corte dos Estados Unidos, com o Justice Charles Evans Hughes falando pela Corte, reverteu o julgamento. Por maioria expressiva(8), a Corte reconheceu que a negativa da matrícula feria a cláusula da "equal protection of law", mesmo se o Estado oferecesse para custear os estudos em outra unidade da Federação (Pennsylvania) (Missouri ex rel. Gaines v. Canada, registrar of University of Missouri, et 305, U.S.

337(1938).Conf.<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/gaines.T.html>). Aí vem o espanto: Gaines, alguns dias antes do rumoroso julgamento, teria desaparecido. Nunca mais se ouviu falar dele... (ABRAHAM, op. cit., p. 247). Como se percebe, criou-se um "caso concreto" para se obter da Suprema Corte uma diretriz. Para muitos, o expediente do "Test Case" subverte o regime jurídico; para outros, diferentemente, é um modo válido de se obterem decisões judiciais sobre determinado ponto controverso, ainda que se tenha, para isso, de "criar" a demanda. O fato é que Missouri ex rel. Gaines v. Canada abriu picada para "justiciable cases" na lenta implantação da Emenda Constitucional n. 14, que traz duas cláusulas que têm servido de luzeiro para os direitos fundamentais dos povos de todo o mundo: a do "devido processo legal" e a da "igual proteção da lei".(9) Em suma, o caso de "um certo Lloyd Gaines" foi um degrau para se chegar ao patamar de uma das decisões mais notáveis da década de 1950: Brown v. Board of Education, 347 U.S. 438-495 (1954).

CITAÇÕES DO TEXTO

01 - O sentimento do justo e do injusto era tomado por Aristóteles como sendo uma faculdade, configurando um dos traços diferenciadores entre o homem e os irracionais (cf. DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. Trad. António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Suc., 1972, p. 332).

02 - Ainda que se possa usar indiferentemente "case" ou "controversy", esse último termo é menos abrangente e, comumente, usado para questões cíveis (Cf. KILLIAN, Johnny H. (Ed.). The constitution of the United States of America - analysis and interpretation. Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1987, p. 668, nota de rodapé).

03 - Algumas unidades federadas permitem que seus tribunais se manifestem em casos não concretos: Colorado, Flórida, Massachusetts, Maine, New Hampshire, Rhode Island e Dakota do Sul. Mas, mesmo assim, "os juízes que apresentam tais decisões freqüentemente mantêm a noção de que, em assim procedendo, eles estão realizando uma função extrajudicial, e que tal decisão deve, conseqüentemente, ter um efeito dramaticamente limitado como precedente" (no original: "the judges who render such opinions often maintain the notion that, in so doing, they are performing an extrajudicial function, and that such opinions should consequently have dramatically limited stare decises effect" . TRIBE, Laurence H. American constitutional law. 2nd ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 73, nota de rodapé n. 4). É oportuno registrar que o Código Eleitoral brasileiro (Lei n. 4.737/1965) permite que autoridades públicas ou partidos políticos façam "consulta em tese" aos tribunais eleitorais sobre matéria eleitoral.

04 - É o que se denomina "prudential justiciability" (cf. CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional law - principles and policies. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 47).

05 - Em 1934, o Congresso americano editou a Federal Declaratory Judgement Act, regulamentando a ação declaratória. O art. 4.º do CPC brasileiro também legitima a ação declaratória, utilizada para declarar judicialmente a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade de documento.

06 - No direito comercial marítimo, barataria designa ato fraudulento cometido pelo capitão (ou tripulação) do navio em prejuízo do navio ou de sua carga (cf. o verbete da Wikipedia - <http://www.wikipedia.com/wiki.phtml?title=barratry>. Ver, ainda, DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1973, I v., p. 224).

07 - A Lincoln University foi fundada como Ashmun Institute por John Miller Dickey em 1854. Mais tarde, em 1866, passou a ter o nome atual (cf. <http://www.lincoln.edu/about.html>).

08 - Votaram a favor Hughes, Brandeis, Stone, Roberts, Black e Reed. Divergiram: McReynolds e Butler. O Justice McReynolds, o primeiro voto dissidente, após invocar dois precedentes (Justices Harlan e Taft), argumentou que há muito o Estado do Missouri, de acordo com o interesse da maioria de seu povo, mantinha a separação escolar entre negros e brancos. A integração racial nas escolas acabaria, como a experiência indicava, por prejudicar ambas as raças.

09 - Na realidade, só em 1950, com *Sweatt v. Painter*, é que a Suprema Corte ordenou, efetivamente, a uma universidade de brancos (University of Texas Law School) que admitisse um estudante de cor. A Universidade havia alegado, em sua contestação, que desde 1947 o Estado possuía uma faculdade de direito para negros (Prarie View Law School). A Suprema Corte contra-argumentou, dizendo que só formalmente as faculdades - para brancos e negros - eram iguais. O ensino, as instalações, a biblioteca etc da segunda faculdade eram acentuadamente inferiores à faculdade dos brancos. Houve, em decorrência, violação da Emenda Constitucional n. 14 (cf. CHEMERINSKY, ob. cit., p. 560. KILLIAN, ob. cit., p. 2.02

BIBLIOGRAFIA

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/gaines.T.html>

<http://www.lincoln.edu/about.html>

<http://www.wikipedia.com/wiki.phtml?title=barratry>

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process - an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*. 5th ed. New York: Oxford University Press, 1986.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law - principles and policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.

DE PLÁCIDO E SILVA *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, I v.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Suc., 1972.

KILLIAN, Johnny H. (Ed.). *The constitution of the United States of America - analysis and interpretation*. Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1987.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2nd ed. New York: The Foundation Press, 1988.