

# A GARANTIA PATRIMONIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO: DE *LOCHNER* À 5ª EMENDA E *BACK AGAIN*?

Marta Vicente\*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.15>

## 1. Introdução

O presente texto versa sobre a garantia patrimonial no direito constitucional norte-americano. Por garantia patrimonial entendemos, genericamente, o conjunto de normas e princípios constitucionais que protegem o património do indivíduo, ou seja, o conjunto de posições jurídicas que integram a esfera patrimonial de uma pessoa (física ou jurídica), independentemente de se reconduzirem ao conceito de direitos reais.

No direito constitucional norte-americano, essa proteção ocorre por meio de várias disposições (e emendas) da Constituição federal de 1787, entre

---

\* Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (mvicente@ucp.pt); Investigadora do CEID (Centro de Estudos e Investigação em Direito). Da Benedita guardo a gentileza e a simpatia com que sempre me tratou. Agradeço, por isso, sentidamente às Professoras Andreia Sofia Oliveira e Patrícia Jerónimo a possibilidade de participar neste *Liber Amicorum* em sua homenagem.

elas a 5ª emenda, que consagra a cláusula expropriatória (*takings clause*),<sup>1</sup> a 14ª emenda, que integra, no § 1, a cláusula de *due process of law*<sup>2</sup>, e a cláusula de não afetação dos contratos (*contract clause*), constante do artigo 1º, secção 10ª, § 1<sup>3</sup>.

Neste trabalho, o ponto central da nossa análise recairá sobre a cláusula de *due process of law*, uma cláusula de teor *prima facie* processual, mas que o Supremo Tribunal norte-americano mobilizou como parâmetro *substantivo* de validade da legislação económica com impacto negativo sobre a liberdade e a propriedade dos indivíduos, aquilo a que se vulgarizou chamar *due process* substantivo (*infra* secções 1 e 2).

Analisaremos, de seguida, a crítica violenta a que tal doutrina foi sujeita e as razões do seu declínio a partir dos anos trinta do século passado. Na verdade, a decisão mais emblemática do Supremo Tribunal durante esse período – o célebre acórdão *Lochner v. New York*<sup>4</sup> – é ainda hoje considerado o “anti cânone” do direito constitucional norte-americano, isto é, um exemplo de como *não se deve decidir*, do que a Constituição *não significa* e do que os cidadãos *não defendem*. Dir-se-ia até que a melhor forma de insultar uma decisão em matéria constitucional é acusá-la de *neo-Lochnerism*<sup>5</sup> (*infra* secção 3).

Acresce que a expansão e queda da doutrina do *due process* substantivo acompanha de perto um tema muito caro ao constitucionalismo

---

<sup>1</sup> “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; *nor shall private property be taken for public use, without just compensation*” (o itálico é nosso).

<sup>2</sup> “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (o itálico é nosso).

<sup>3</sup> “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, *ex post facto* Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility” (o itálico é nosso). Esta traduz-se numa proibição, dirigida ao nível infrafederal, de aprovação de leis que afetem retroativa ou retrospectivamente contratos concluídos entre privados ou entre o Governo e os privados.

<sup>4</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S 45 (1905).

<sup>5</sup> Sobre este ponto, cf. K. Sabeel RAHMAN, “Domination, democracy, and constitutional political economy in the new gilded age: towards a fourth wave of legal realism”, *Texas Law Review*, vol. 94, 2015-2016, pp. 1229-1359. O conceito também é conhecido fora dos Estados-Unidos, como testemunha o texto de Michael R. ANTINORI, “Does Lochner live in Luxembourg?: an analysis of the property rights jurisprudence of the European Court of Justice”, *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1994-1995, pp. 1778-1851.

norte-americano – na verdade, a qualquer sistema constitucional que contemple mecanismos de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review of legislation*) – que é o tema da relação entre o poder judicial e o poder legislativo. Com efeito, como se verá, uma das críticas dirigidas à jurisprudência da era *Lochner* assentou em argumentos institucionais, ou seja, no ativismo judiciário subjacente à proteção de direitos não consagrados na Constituição federal – os *unenumerated rights*, como é o caso da liberdade económica ou da liberdade de empresa – e de que com isso os juízes teriam inadvertidamente colocado os seus valores e preferências políticas à frente do texto e do significado histórico da Constituição<sup>6</sup>. Esta era a crítica que interessava, politicamente, aos progressistas do *New Deal* e que correspondia, do ponto de vista da filosofia do direito, ao movimento do *legal realism*<sup>7</sup>.

Interessantemente, foi com recurso aos mesmos argumentos que, já no corrente século, o Juiz Antonin Scalia rejeitou a posição da maioria no acórdão *Lawrence v. Texas*, que declarou inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, acusando-a, precisamente, de *neo-Lochnerism* – o que é o mesmo que dizer, de ativismo judicial. Lê-se no seu voto de vencido: “It is clear from this that the Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed”. Uma apreciação diacrónica da jurisprudência norte-americana permitirá evidenciar que ali – tal como na verdade *em todo o lado* – as injunções à contenção judicial (*judicial self-restraint*) e as acusações de ativismo judiciário são *mais uma questão de oportunidade do que de princípio*.

É conhecido o “excepcionalismo” norte-americano no domínio das restrições a direitos fundamentais<sup>8</sup>, designadamente o facto de a Constituição federal não contar com uma cláusula geral de restrição e de a jurisprudência

<sup>6</sup> Cf. Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner – Defending individual rights against progressive reform*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, p. 111.

<sup>7</sup> Stephen HUMPHREYS, *Theatre of the Rule of law – Transnational legal intervention in theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 57-88.

<sup>8</sup> Neste aspecto, cf. a síntese de Vicki C. JACKSON, “Constitutional law in an age of proportionality”, *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, pp. 3094-3196 (p. 3124): “Over time, moreover, the US Supreme Court has developed distinctive discourses around rights. US law does not generally discuss rights as being subject to external limitation; when US jurists, lawyers or scholars say a right has been infringed this is typically the end of the analysis”.

não contemplar um verdadeiro equivalente ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo (de estrutura tripartida), preferindo oscilar entre três “testes” ou marcadores de intensidade: o *rational basis test*, o *intermediate scrutiny* e *strict scrutiny*.<sup>9</sup> Usar um teste em vez do outro, tal como sugerido pelo Juiz Stone no acórdão *United States v. Carolene Products*, é algo que só pode ser compreendido atenta a necessidade imperiosa de não confinar a fiscalização judicial das leis – sobretudo de leis discriminatórias – ao teste que, finda a era *Lochner*, se convencionou ser o mais adequado para o controlo da legislação – a saber, o *rational basis test* (infra secções 5 e 6).

Por outra banda, só a análise da cláusula de *due process of law* e da jurisprudência *Lochner* – vamos abreviadamente tratá-la desta forma – é capaz de explicar o conceito amplo de expropriação (*taking*) que hoje está subjacente à 5ª emenda. Não é errado, inclusivamente, surpreender entre aquelas duas normas (a cláusula de *due process* e a cláusula expropriatória) uma certa *fungibilidade*, e de que através do alargamento do conceito de expropriação o Supremo Tribunal pretendeu contornar a impossibilidade superveniente de utilização da cláusula de *due process* no escrutínio da legislação económica e do poder de regular.

A ideia de que seria possível (e desejável) mobilizar a 5ª emenda em situações em que não há exercício formal do poder expropriatório – e em que, por conseguinte, não há transferência de título para o público ou para terceiros – data de 1922, no caso *Pennsylvania Coal*<sup>10</sup>. A 5ª Emenda e o dever de indemnizar a ela associado devem ser acionados sempre que uma medida regulatória vai “demasiado longe” (*goes too far*, usando a formulação do Juiz

---

<sup>9</sup> Sobre este ponto, os textos de Vicki C. JACKSON, “Constitutional law ...”, *op. cit.*, pp. 3094-3196; Richard H. FALLON, “Strict judicial scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2006-2007, pp. 1267-1337; Bernhard SCHLINK, “Proportionality in constitutional law: why everyone but here?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2011-2012, pp. 291-302; ou Moshe COHEN-ELYA e Iddo PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>10</sup> *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, 260 US 393 (1922). Esta asserção, por vezes repetida na doutrina – v., por ex., P. C. MCGINLEY, “Bundled rights and reasonable expectations: applying the Lucas Categorical Taking rule to severed mineral property interests”, *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11, 2009, pp. 525-578 (p. 527); J. STANLEY, “Keeping big brother out of backyard: regulatory takings as defined in international law and compared to American Fifth amendment jurisprudence”, *Emory International Law Review*, vol. 15, 2001, pp. 349-389 (p. 366) – não é inteiramente verdadeira, pois já antes, no caso *Pumpelly v. Green Bay Company*, 80 U.S. 166 (1871), o Supremo Tribunal admitira usar a cláusula expropriatória para avaliar uma situação em que não houvera transferência formal de título.

Holmes)<sup>11</sup>. O léxico em torno do conceito de expropriação regulatória (*regulatory taking*) é de enorme valia no direito internacional público e, em especial, no direito internacional do investimento estrangeiro (infra secção 7)<sup>12</sup>.

As últimas décadas dão conta de várias tentativas doutrinárias de reabilitação da cláusula de *due process* substantivo na fiscalização da constitucionalidade de legislação económica<sup>13</sup>. Alguns desses trabalhos coincidem com a emergência do movimento *Tea Party* e com as críticas e litigância em torno do *Affordable care act* (vulgo *Obama Care*)<sup>14</sup>. Daí que valha a pena abordar, mesmo que brevemente e mais em jeito de interrogação do que de afirmação, os fundamentos teóricos e as manifestações práticas deste alegado recrudescimento (infra secção 8).

## 2. *Due process of law* e *due process of law* substantivo

Nada de muito relevante se extrai da circunstância de a cláusula de *due process of law*, introduzida em 1864 depois da guerra da secessão, ser dirigida aos Estados e não à federação. Com efeito, tanto a disposição de que ninguém pode ser privado da sua vida, da sua liberdade e da sua propriedade sem um processo justo, como a obrigação de indemnizar em caso de expropriação valem para os dois níveis de governação, facto que permite ao Supremo Tribunal controlar a validade das expropriações regulatórias

<sup>11</sup> *Pennsylvania Coal v. Mahon*, 260 U.S 393 (1922).

<sup>12</sup> É preciso ter presente que a teoria da suficiência dos efeitos (*sole-effects doctrine*) ou o conceito de expectativas geradas pelo investimento (*investment-backed expectations*, na formulação original), hoje reiterados *ad nauseum* na jurisprudência da arbitragem dos tratados de investimento estrangeiro (vulgo BIT ou *bilateral investment treaties*) nada mais são do que “transplantes legais” vindos da jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano. Não há forma de compreender aquelas doutrinas sem passar pelo direito constitucional norte-americano, pelo *due process* substantivo, pelo poder de regular (*police powers*) e pela expropriação regulatória. Cf., em sentido crítico, Anthony B. SANDERS, “Of all things made in America why are we exporting the Penn Central test”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 30, 2010, pp. 339-381. O Protocolo de Cooperação e de Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (2017), através do qual o Brasil estendeu o seu modelo de acordos de cooperação e de facilitação de investimento aos países do MERCOSUL, contém uma cláusula que expressamente restringe a proteção contra expropriação “às desapropriações diretas” (artigo 6.6).

<sup>13</sup> Daniel BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, op. cit.; Howard GILLMAN, *The Constitution besieged – The Rise & Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, Duke University Press, 1995.

<sup>14</sup> Thomas B. COLBY e Peter J. SMITH, “The return of Lochner”, *Cornell Law Review*, vol. 100, 2014-2015, pp. 527-602 (p. 571).

operadas por leis do Congresso norte-americano, por leis dos Estados que compõem a federação, ou por leis municipais<sup>15</sup>.

Conforme referido *supra*, a cláusula de *due process*, apesar da sua conotação marcadamente processual/procedimental, comporta também uma dimensão substantiva, isto é, de garantia da liberdade económica independentemente de a situação jurídica de um particular ser objeto de tratamento jurisdicional<sup>16</sup>. Nessa vertente substantiva, o *due process* surge associado aos conceitos de direitos adquiridos (*vested rights*) e de poder de regular (*police powers*).

Ao primeiro na medida em que existe um precedente de acordo com o qual quando a intenção do legislador (quanto à eficácia temporal da lei) seja ambígua, vale uma presunção de prospectividade, isto é, de não produção de efeitos para o passado e de não frustração de direitos adquiridos. Essa presunção justifica-se em nome de elementares razões de justiça (*fairness*), no pressuposto de que “individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly”<sup>17</sup>.

O segundo é um conceito que permite ao legislador atuar sobre “usos nocivos” (*nuisance*) da liberdade e da propriedade, através de medidas destinadas a salvaguardar a saúde pública, a moral e a vida dos cidadãos<sup>18,19</sup>.

<sup>15</sup> *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

<sup>16</sup> Cf., sobre a aquisição gradual desta dimensão, Ryan C. WILLIAMS, “The one and only substantive due process”, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, pp. 408-512 (p. 120), Lawrence TRIBE, *American constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1978, p. 1334; e Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional Law: principles and policies*, New York, Aspen Publishers, 2011, p. 638. Uma das primeiras decisões a confirmar expressamente a dimensão substantiva da cláusula foi, ironicamente, o caso *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1856), em que o Justice Taney, proferindo a opinião da maioria, concluiu que proibição da escravatura existente em alguns Estados do norte dos Estados-Unidos – e consequentemente “libertação” dos escravos trazidos, ainda que temporariamente, para esses Estados – constituía uma expropriação para efeitos da 5ª emenda.

<sup>17</sup> *Landgraf v. USI Film Products*, 511 US 244 (1994).

<sup>18</sup> *Beer Company v. Massachusetts*, 97 U.S. 25 (1877).

<sup>19</sup> É propositadamente que não traduzimos *police powers* por “poderes de polícia”. Em sentido amplo, fala-se em medidas de polícia para designar a atividade da administração pública destinada a assegurar e preservar o *status quo* ordenado, para prevenir (evitar ou impedir) a ocorrência de factos perturbadores que possam causar danos na segurança coletiva e individual na tranquilidade e ordem públicas, bem como para agir perante a ameaça ou a iminência de ocorrência de tais factos. A definição é de Pedro GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 1044. Ora, afigura-se-nos que os *police powers* do direito norte-americano não só não se reconduzem necessariamente à função administrativa, porquanto podem também consubstanciar a prática de atos legislativos, como também não têm de obviar à concretização de um perigo iminente. Daí que preferamos a formulação “poder de regular”, a qual está, aliás, mais próxima daquilo que no direito internacional do investimento estrangeiro, onde os *police powers* são constantemente convocados, se convencionou chamar “right to regulate”. Cf. Catharine TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos/Hart, 2014.

Importante, vê-lo-emos *infra*, é que o legislador tenha efetivamente em mente a reação contra um uso nocivo, conceito restrito e na definição do qual não se reconhecia ao legislador, pelo menos durante o período liberal, capacidade de inovação relativamente ao que resultava da *common law*.

### 3. O *due process* substantivo na era *Lochner*

O *due process* substantivo da era *Lochner* passou, no fundo, por um escrutínio apertado da constitucionalidade da legislação económica e social com efeitos sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos. A legislação a que nos reportamos inclui a fixação da jornada máxima de trabalho para profissões de risco, mulheres e crianças, a fixação do salário mínimo, a limitação do acesso ao exercício de atividades económicas, medidas *antitrust*, a determinação das tarifas a cobrar pela prestação de certo tipo de serviços ou de preços pela venda de certo tipo de bens, ou a proibição dos *yellow dog contracts*<sup>20</sup>.

A jurisprudência da era *Lochner* moldou impressivamente todo o direito constitucional norte-americano e a sua influência estende-se muito para lá das liberdades fundamentais de cariz económico. *Lochner* é uma métrica inevitável na avaliação e classificação das decisões do Supremo Tribunal<sup>21</sup>. A leitura mais comum é de crítica a este estágio jurisprudencial, por acusações de incoerência, ativismo judicial e *laissez-faire* agressivo, mas também pululam leituras revisionistas que afastam essa diabolização<sup>22</sup>.

Da nossa parte, resumimos os postulados da era *Lochner* da seguinte forma: uma compreensão restritiva do poder de regular (*police powers*) (3.1), acoplada a uma desconfiança relativamente ao legislador (3.2), e a uma leitura liberal dos direitos inerentes à *common law* (3.3), que colocava as liberdades

<sup>20</sup> Contratos em que se estipulava a proibição de os trabalhadores integrarem associações sindicais.

<sup>21</sup> Tenha-se em conta o receio de “Lochnerização” de que falava o Justice Breyer no acórdão *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998).

<sup>22</sup> Cf., sobre o tema, James KAINEN, “The historical framework for reviving constitutional protection for property and contract rights”, *Cornell Law Review*, vol. 87, 1993, p. 79; e Victoria F. NOURSE, “A tale of two Lochners: the untold history of substantive due process and the idea of fundamental rights”, *California Law Review*, vol. 97, 2009, pp. 751-800.

económicas e a livre concorrência no mesmo plano das demais liberdades<sup>23</sup>. Exploremos melhor estes postulados.

### 3.1. Compreensão restritiva do poder de regular

O *police power* da era *Lochner* é uma categoria poderosa embora de escopo limitado. Poderosa porque a conclusão de que uma medida governamental era uma manifestação legítima dos poderes de regular constituía uma indicação segura da validade da legislação. Assim se explica a relativa leniência com que o Supremo Tribunal aceitou proibições totais de produção e comercialização de certos bens, tais como álcool<sup>24</sup>, tabaco<sup>25</sup> e margarinas<sup>26</sup>. No caso *Austin v. Tennessee*, o tribunal afirmou enfaticamente o seguinte: “if the legislative body come deliberately to the conclusion that a due regard for the public safety and morals requires a suppression of liquor traffic, *there is nothing* (...) in the Fourteenth Amendment [to] forbid so”<sup>27</sup>. O grau de lesão da restrição, que podia ser máximo – *maxime*, ascender à proibição de uma atividade económica – não tinha influência sobre o juízo de constitucionalidade da regulação desde que a mesma pudesse reconduzir-se, *sem atrito*, numa das finalidades associadas ao poder de regular.

Contudo, essa recondução andava muito longe de ser fácil porquanto, como explica Nourse, o poder de polícia estava imbuído de *common law*, assumindo-se, por conseguinte, como uma espécie de legítima defesa em benefício da comunidade<sup>28</sup>. Obviamente que este entendimento leva pressuposta uma leitura liberal dos direitos inerentes à cidadania, de que trataremos *infra*:

---

<sup>23</sup> Sara PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, Maggioli Editore, 2012, p. 74.

<sup>24</sup> *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887); *Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1 (1888), *Foster v. Kansas ex. Rel. Johnston*, 112 U.S. 205 (1884).

<sup>25</sup> *Gundling v. Chicago*, 177 U.S. 183 (1900) e *Austin v. Tennessee*, 179 U.S. 343 (1900).

<sup>26</sup> *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888) e *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461 (1894).

<sup>27</sup> *Austin v. Tennessee*, 179 U.S. 343 (1900) – o itálico é nosso.

<sup>28</sup> Victoria F. NOURSE, “A tale of two Lochners...”, *op. cit.*, p. 762: “If a regulation were within the police powers, the case ended[.] This understanding reflects an important but forgotten aspect of the police power: its association with “public right”. Today this seems odd because we associate rights with individuals, not communities; indeed, we associate rights with claims against – rather than by – the polity. This notion of public right was analogized specifically to the right of self-defense: just like an individual the state could, on behalf of the community, defend its interests against the harms caused by the abuse of individual rights[.] This was clearly a form of common law constitutionalism, since constitutional law was quite literally formed out of common law analogies”.

o esvaziamento funcional do poder de regular é a outra face de uma teoria da propriedade e da liberdade contratual como “trunfos” contra o legislador.

A ideia era, pois, a de que um exercício válido do poder de polícia era aquele que, *sem atrito*<sup>29</sup>, pudesse ligar-se a um de três propósitos: garantir a saúde e a segurança dos cidadãos – esta última englobando, também, a proteção dos consumidores *per se*, isto é, independentemente de qualquer risco para a saúde pública<sup>30</sup> - assegurar a moral e os bons costumes, eliminar usos nocivos para o público<sup>31</sup>.

Abertamente incluídos no poder de regular estavam, para além das medidas destinadas a proibir a comercialização de bens considerados “nocivos”, tais como o álcool, o tabaco ou os jogos de fortuna e azar<sup>32</sup>, estavam as disposições laborais destinadas a proteger os trabalhadores débeis (mulheres e crianças) e aqueles que se dedicassem a profissões de risco (ex. trabalhadores do sector do carvão)<sup>33</sup>.

Exemplar nesta matéria é o caso *Holden v. Hardy*<sup>34</sup>, a propósito de uma lei do Estado do Utah que fixava em oito horas a duração máxima de jornada de trabalho dos trabalhadores do sector mineiro. Decisivo no juízo de não inconstitucionalidade proferido pelo tribunal foi a ligação evidente

<sup>29</sup> Repetimos a expressão “sem atrito” no sentido de evidenciar que a subsunção no *police power* estadual tem de ser límpida, resolvendo-se a dúvida em desfavor do legislador, aspeto que trataremos ao abordar a segunda característica da era *Lochner*, a saber, a desconfiança relativamente ao legislador.

<sup>30</sup> *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461 (1894): “the suggestion that oleomargarine is artificially colored so as to render it more palatable and attractive can only mean that customers are deluded by such coloration into believing that they are getting real butter. [The] statute seeks to suppress false pretenses and to promote fair dealing in the sale of an article of food. It compels the sale of oleomargarine for what it really is, by preventing its sale for what it is not”.

<sup>31</sup> São sábias as palavras do Tribunal em *Stone v. Mississippi*, 101 U.S. 814 (1879), ao explicar que “[I]t is always easier to determine whether a particular case comes within the general scope of the power, than to give an abstract definition of the power itself”. Cf., também, *Beer Company v. Massachusetts*, 97 U.S. 25 (1877): “whatever differences of opinion may exist as to the extent and boundaries of the police power, and however difficult it may be to render a satisfactory definition of it, there seems to be no doubt that it does extend to the protection of the lives, health and property of the citizens, and to the preservation of good order and public morals”; *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898). Existem, porém, definições mais expansivas, como, por ex., a do acórdão *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885): “But neither the amendment [nor] any other amendment, was designed to interfere with the power of the state, sometimes termed its police power, to prescribe regulations to promote the health, peace, morals, education, and good order of the people, and to legislate so as to increase the industries of the state, develop its resources, and add to its wealth and prosperity”.

<sup>32</sup> *Stone v. Mississippi*, 101 U.S. 814 (1879), sobre uma lei do Estado do Mississippi que proibia a organização de lotarias, aprovada um ano depois do legislador desse Estado ter concedido uma autorização, por 25 anos, a uma empresa para a organização deste tipo de atividades.

<sup>33</sup> *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908), em que o Supremo Tribunal não invalidou uma lei do Estado do Oregon fixando uma jornada máxima de trabalho de 10 horas diárias e 60 horas semanais para as mulheres.

<sup>34</sup> *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898).

entre a fixação da duração da jornada de trabalho e a saúde desses mineiros: “these employments, when too long pursued, the legislature has judged to be detrimental to the health of the employees”<sup>35</sup>.

Por outro, medidas de regulação da produção e comercialização de bens e serviços “revestidos de interesse público” (*clothed with a public interest*) também são qualificados como exercícios válidos do poder de regular, desde que tal regulação não se traduza num confisco e assegure a viabilidade produtiva dos bens em causa<sup>36</sup>. Tal categoria não se esgota nos monopólios de facto ligados ao transporte marítimo e ferroviário, mas abrange as atividades nas quais o público tenha um interesse direto<sup>37</sup>. Por esta razão, no caso *Munn v. Illinois*, o Supremo Tribunal não rejeitou uma lei que fixava o preço máximo que os armazéns de cereais poderiam cobrar pelos seus serviços<sup>38</sup>.

Fora dos *police powers* estavam, inequivocamente, leis com efeitos redistributivos sobre o rendimento<sup>39</sup>. Neste grupo encontravam-se as leis laborais em sentido estrito, isto é, leis que limitavam a liberdade contratual das partes numa relação laboral predominantemente no sentido de proteger o trabalhador

---

<sup>35</sup> Idêntico tratamento receberam as mulheres que trabalhassem em fábricas e lavandarias, mas apenas relativamente a disposições visando fixar a jornada máxima de trabalho, não o salário mínimo. Cf. *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908): “That woman’s physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious. This is especially true when the burdens of motherhood are upon her”.

<sup>36</sup> *Railroad Commission Cases*, 116 U.S. 307 (1886): “Under pretense of regulating fares and freights, the state cannot require a railroad corporation to carry persons or property without reward; neither can it do that which in law amounts to a taking of private property for public use without just compensation, or without due process of law”.

<sup>37</sup> *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876): “Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created[.] And it must also be conceded that it is a business in which the whole public has a direct and positive interest”. Cf., igualmente, as opiniões dissidentes do Juiz Field, acompanhado pelo Juiz Strong.

<sup>38</sup> Mais tarde, no caso *Charles Wolff Packing v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923), a propósito de um sistema de arbitragem compulsória para a resolução de disputas laborais em sectores de atividade ligados à produção de bens alimentares, vestuário, combustíveis e a serviços públicos, o Tribunal ofereceria uma taxonomia mais apurada destas atividades, no sentido de abranger: *i*) os serviços públicos e outras atividades exercidas em regime de concessão; *ii*) táxis, moínhos de moagem, estalagens; *iii*) atividades em cujo exercício o público tem um interesse particular – “Businesses which, though not public at their inception, may be fairly said to have risen to be such and have become subject in consequence to some government regulation. They have come to hold such a peculiar relation to the public that this is superimposed upon them. In the language of the cases, the owner, by devoting his business to the public use, in effect grants the public an interest in that use and subjects himself to public regulation to the extent of that interest although the property continues to belong to its private owner and to be entitled to protection accordingly”.

<sup>39</sup> Lawrence TRIBE, *American constitutional Law...*, *op. cit.*, p. 1349: “But equalization or redistribution of economic or social power, which takes property from A and gives it to B, was an impermissible end of legislation”.

da sua situação de desigualdade fáctica ou *natural* e sem que isso fosse justificado para proteger a sua saúde ou integridade física<sup>40</sup>.

No caso *Lochner*, o Supremo Tribunal ajuizou que uma lei que fixava a duração máxima da jornada de trabalho dos padeiros destinava-se a regular o horário de trabalho de uma das partes num negócio privado, finalidade vedada ao poder de regular. De forma ainda mais categórica, o tribunal rejeitou uma lei que proibia os *yellow dog contracts*<sup>41</sup>, por considerar que a mesma tinha como fito fortalecer a posição negocial dos sindicatos. As desigualdades entre as partes de um contrato, presentes em todas as transações contratuais e não exclusivamente no domínio laboral, resultam da natureza das coisas (*the nature of things*) perfilando-se como o resultado inevitável do exercício dos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade contratual<sup>42</sup>: “The mere restriction of liberty and property cannot of itself be denominated public welfare and treated as a legitimate object of the police power”.

Dentro da categoria das leis com efeitos redistributivos sobre o rendimento há também que contar com as disposições que restringem o exercício de atividades ou a comercialização de certos bens que não são nocivos (*nuisances*) para o público nem se revestem de interesse público<sup>43</sup>. No caso *Newstate Ice Co. v. Liebmann*, a propósito de uma lei que condicionava a produção e comercialização de gelo à obtenção de uma licença a conferir pelas autoridades da cidade de Oklahoma, o Supremo Tribunal rotulou a atividade como um “ordinary business”, sem interesse direto para o interesse público e sem

<sup>40</sup> Contrariando esta asserção, embora dando como exemplo o acórdão *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>41</sup> *Supra* nota nº 24.

<sup>42</sup> *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915). Cf. também, em sentido próximo, o caso *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), sobre uma lei que fixava um salário mínimo para as mulheres. O Tribunal rejeita que a fixação do salário mínimo, enquanto via para garantir o bem-estar do público, constitua uma finalidade inerente ao poder de polícia – “If, in face of the guarantees of the Fifth Amendment, this form of legislation shall be legally justified, the field for the operation of the police power will have widened to a great and dangerous extent”; *Ritchie v. People*, 155 Ill. 98, em que o Supremo Tribunal do Estado do Illinois invalidou uma lei que limitava a jornada máxima de trabalho das mulheres a 8 horas; *Radice v. New York*, 401 US 531 (1971), sobre uma lei de Nova Iorque proibindo o trabalho noturno para as mulheres. Cf., a propósito deste caso, as observações de Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*, p. 56, dando conta que, num primeiro momento, a invalidação de leis afetando a liberdade contractual das mulheres foi bem acolhida por certos setores do movimento feminista.

<sup>43</sup> O precedente desta jurisprudência são indiscutivelmente as opiniões dissidentes dos juízes Bradley e Field nos *Slaughterhouse cases*, 83 U.S. 36 (1873), em que esteve sob análise uma lei do Estado do Louisiana que concedia a uma empresa criada para o efeito direitos exclusivos, por um período de 25 anos, para a gestão de matadouros.

ressonância ao nível da proteção dos consumidores<sup>44</sup>. Semelhante raciocínio subjaz ao caso *Yick Wo Co. v. Hopkins*, incidente sobre uma disposição que subordinava a um regime de licença a gestão de lavandarias a operar em edifícios de madeira<sup>45</sup>.

### 3.2. Desconfiança relativamente ao legislador

A desconfiança relativamente ao legislador faz-se sentir tanto ao nível do propósito da atuação legislativa como ao nível dos dados de facto que sustentam tal atuação. Significa isto que o Supremo Tribunal não só se mostra disponível para desconsiderar o propósito enunciado pelo legislador, por ausência de fundamentação adequada da ligação entre a medida e esse propósito<sup>46</sup>, como, apresentados elementos dessa ligação, não lhes dá suficiente crédito, reputando-os de não persuasivos.

O primeiro nível de “desconfiança” ficou patente no caso *Lochner*<sup>47</sup>. Aí o tribunal deixou claro que, estando em causa o estabelecimento de limites ao exercício das liberdades económicas fundamentais, a 14ª emenda não se basta com uma relação de mera adequação (aptidão) entre meio e fim. Na verdade, a ausência de uma relação evidente entre ambos leva o Tribunal a desconfiar do propósito formalmente invocado pelo legislador e de ensaiar as suas verdadeiras motivações. Nas palavras do tribunal, “it gives rise to at least a suspicion that there was some other motive dominating the legislative than the purpose to subserve the public health welfare”. Percebe-se, pois, que de uma outra perspetiva, Tribe prefira falar, não em desconfiança, mas em “excesso de confiança” (*overconfidence*) do poder judicial *vis-à-vis* o legislativo.

---

<sup>44</sup> *Charles Wolff Packing v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923).

<sup>45</sup> *Yick Wo Co. v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

<sup>46</sup> Foi o que sucedeu no caso *Liggett v. Baldridge*, 278 U.S. 105 (1928), que teve em mãos uma lei do Estado da Pennsylvania segundo a qual as farmácias só poderiam ser propriedade de farmacêuticos (no caso das farmácias sob a forma societária, todos os sócios deveriam ser farmacêuticos), excetuando as farmácias já em funcionamento. Considerou o Tribunal que a restrição assim implementada não tinha real conexão com escopo invocado pelo legislador – a proteção da saúde pública – e que este último não oferecera quaisquer “dados” que sustentassem tal conexão: “No facts are presented by the record, and, so far as appears, none was presented to the legislature which enacted the statute, that properly could give rise to a different conclusion”.

<sup>47</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Também em *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), discorrendo sobre a proibição dos *yellow dog contracts* e sobre os fundamentos invocados para tal imposição, o Supremo Tribunal argumenta que o legislador não é livre de reputar como “coerção” aquilo que é fixação, entre as partes, dos termos da relação laboral, com isto afastando que a lei pudesse enquadrar-se numa das finalidades do poder de regular.

A desconfiança relativamente a dados de facto, estudos e opiniões de peritos é outra das pedras de toque deste estágio jurisprudencial. Em *Adkins*, refletindo sobre os estudos que instruíam o procedimento legislativo relativo ao estabelecimento de um salário mínimo em benefício das mulheres, o tribunal destaca – não sem alguma ironia – que os considera “interessantes” mas apenas moderadamente persuasivos. De forma ainda mais impressionante, o tribunal explica que haverá certamente muitos estudos a favor e contra a introdução do salário mínimo, mas que estes são elementos a ter em conta pelo legislador e não pelos tribunais no exercício dos seus poderes de *judicial review*<sup>48</sup>.

### 3.3. Leitura (ultra)liberal dos direitos inerentes à *common law*<sup>49</sup>

Num texto citado supra, Nourse sugere que uma das críticas dirigida à jurisprudência *Lochner* – a de absolutizar a liberdade contratual e o direito de propriedade – é mal captada porquanto nenhum dos casos associados àquela fase jurisprudencial rejeita a ideia de que o poder de regular deveria prevalecer sobre as liberdades económicas fundamentais. O problema reside no escopo atribuído aos *police powers* e não na extensão da liberdade de contratar, segundo a Autora.

Trata-se, contudo, de uma contracrítica desfocada. Como sugerimos anteriormente, os limites funcionais do poder de polícia e a sua desconexão relativamente ao *input* democrático do legislador não podem ler-se separadamente de uma compreensão das liberdades económicas fundamentais – concretamente, da liberdade contratual como expressão da capacidade de adquirir propriedade – como algo pré-político, inerente à natureza das coisas. Aqueles limites são consequência do facto de se considerar que o exercício pleno daquelas liberdades não é compatível com a absorção, pelo poder de

<sup>48</sup> *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923): “We have also been furnished with a large number of printed opinions approving the policy of the minimum wage, and our own reading has disclosed a large number to the contrary. These are all proper enough for the consideration of the lawmaking bodies, since their tendency is to establish the desirability or undesirability of the legislation; but they reflect no legitimate light upon the question of its validity, and that is what we are called upon to decide”.

<sup>49</sup> A leitura ultraliberal dos direitos inerentes à cidadania distingue-se, em nosso entender, da promoção da concorrência e do controlo de práticas *antitrust*, também comuns nesta fase jurisprudencial, como evidenciam os casos *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898) e *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

legislar, de finalidades redistributivas associadas à correção de desigualdades fáticas. É exatamente isso que se lê em *Coppage*: “it is from the nature of things impossible to uphold freedom of contract and the right of private property without at the same time recognizing as legitimate those inequalities of fortune that are a necessary result of the exercise of these rights”<sup>50</sup>.

O direito não serve, de acordo com a jurisprudência *Lochner*, para corrigir as desigualdades fáticas nem pode, acrescentamos agora, perturbar a igualdade jurídica das partes, a menos que isso se justifique por razões de saúde pública, segurança ou moral. A convicção de que a liberdade de contratar e de adquirir propriedade através do contrato é tão importante para o empregador como para o trabalhador e de que ambos podem exercê-la em iguais circunstâncias é outro dos postulados de uma leitura ultraliberal dos direitos fundamentais.

Contudo, a verdade é que nem todos os casos envolvendo o tratamento constitucional da liberdade contratual tiveram como pano de fundo a oposição entre trabalhadores e capital. A proteção da liberdade contratual ajudou, em alguns casos, aqueles que pretendiam o fim da política “separate but equal” (discriminação racial). Foi o que sucedeu a propósito de leis que proibiam os casamentos inter-raciais ou de leis que obrigavam os operadores de transportes públicos a aplicar as leis de segregação racial nas respetivas carruagens<sup>51</sup>.

#### 4. O dissenso na era *Lochner*

Nem todos criticam a jurisprudência *Lochner* pelas mesmas razões. A crítica dita *institucional* corresponde, essencialmente, às opiniões dissidentes dos juízes Holmes, Brandeis, Harlam ou Taft, nos casos *Lochner*, *Adam*, *Adkins* ou *Newstate Ice Co*. Aqui, não sem alguns matizes, são os predicados do poder legislativo na recolha de elementos de facto e na capacidade exprimir

---

<sup>50</sup> *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

<sup>51</sup> Neste sentido, Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*, p. 123. Cf., entre outros, os acórdãos *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), e *State v. Gibson*, 36 Ind. 389 (1871).

preferências democráticas que justificam uma posição de deferência<sup>52</sup> e, conseqüentemente, de afastamento da inconstitucionalidade.

Uma primeira linha de deferência institucional é a sustentada pelo Juiz Harlan na opinião dissidente proferida no caso *Lochner*. O fundamento do dissenso não é a convicção de que inexitem limites internos ao poder de polícia, mas antes a convicção de que a relação meio/fim, em face da credencial democrática do legislador, não tem de ser irrefutavelmente demonstrada. Por outras palavras, mesmo que a lei assuma (indevida e paralelamente) finalidades redistributivas, o não afastamento de uma relação de causalidade entre o meio selecionado e uma das finalidades associadas ao poder de polícia (*in casu*, a saúde dos padeiros) é suficiente para atestar a não inconstitucionalidade da medida.

A segunda linha de deferência é a dos juízes Brandeis e Holmes. Ambos partem de uma conceção funcionalmente irrestrita do poder de legislar. O segundo é particularmente duro nas críticas que dirige ao carácter dogmático e sacrossanto com que o tribunal perspectiva a liberdade contratual, defendendo que tal carácter assenta numa teoria económica que a Constituição não promove *nem rejêta*<sup>53</sup>. O primeiro tira as conseqüências lógicas desta premissa, assumindo que a cláusula de *due process* é um limite externo ao poder de legislar traduzido na exigência de que a atuação legislativa não se revele arbitrária ou desrazoável<sup>54</sup>.

Ou seja, a área económica esta repleta de “silêncios” constitucionais, cujo preenchimento incumbe ao legislador. O juiz limita-se a controlar a razoabilidade do *iter* de preenchimento desses silêncios, beneficiando as opções do legislador, pela sua capacidade de processamento de informação

<sup>52</sup> Raphael JANOVE, “Yielding to the confiscation of public and private property: judicial deference under the copyright and takings clause”, *Vermont Law Review*, vol. 39, p. 89-133, 2014, p. 93.

<sup>53</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), opinião dissidente do juiz Holmes: “This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If there were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law”.

<sup>54</sup> *Newstate Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), opinião dissidente do juiz Brandeis: “The source is the police power. The limitation is that set by the due process clause, which, as construed, requires that the regulation shall be not unreasonable, arbitrary, or capricious, and that the means of regulation selected shall have a real or substantial relation to the object sought to be obtained[.] It is settled that the police power commonly invoked in aid of health, safety, and morals extends equally to the promotion of the public welfare”; *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917), opinião dissidente do Juiz Brandeis.

e de exteriorização do *input* democrático<sup>55</sup>, de uma presunção de validade. Repare-se, por ex., que quando o Juiz Brandeis, em *Adams*, pugna pela não inconstitucionalidade da lei do Estado de Washington que proibia a cobrança de “taxas” aos trabalhadores desempregados por parte das empresas de agenciamento de emprego, fá-lo não por a lei ser constitucionalmente justa, mas porque o povo de Washington (o legislador) *tem o poder* de qualificar a cobrança de tais taxas como injusta e de antecipar que a eliminação das mesmas constitui um passo importante no combate ao desemprego<sup>56</sup>.

### 5. *Due process of law* e o *rational basis test*

Com o fim da era *Lochner*, o dissenso passou a consenso. Os comentadores são categóricos no sentido de que, desde 1937, o Supremo Tribunal não afastou nenhuma lei prospetiva ou retrospectiva em matéria económica e social com fundamento na cláusula de *due process*<sup>57</sup>. Decisivo nessa superação foi a autonomização dos poderes de polícia relativamente às categorias da *common law*, ou seja, à ideia de que ao poder de regular se impunha um conjunto limitado de finalidades que, quando extravasadas, constituíam inelutavelmente uma usurpação da liberdade de contratar e do direito de adquirir propriedade através do contrato.

A mudança de paradigma é evidente: a liberdade que a Constituição federal protege é a liberdade no quadro de uma comunidade organizada (*social organization*)<sup>58</sup>, e, por isso, “in the absence of other constitutional restraints,

---

<sup>55</sup> *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), opinião dissidente do Juiz Holmes: “When so many intelligent persons, who have studied the matter more than any of us can, have thought that the means are effective and are worth the price, it seems to me impossible to deny that the belief reasonably may be held by reasonable men”.

<sup>56</sup> *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917), opinião dissidente do Juiz Brandeis.

<sup>57</sup> Andrew WEILER, “Has Due Process struck out? The judicial rubberstamping of retroactive economic laws”, *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, p. 1070; Sara PENNICINO, *Contributo allo studio...*, *op. cit.*, p. 112; Matthew SCHWARTZ, “A critical analysis of retroactive legislation: a proposal for due process revitalization in the economic arena”, *Setton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 9, 1998, p. 941; Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p. 657.

<sup>58</sup> *West Coastal Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), sobre uma lei que retomava a política de um salário mínimo para mulheres e crianças: “What is this freedom? The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law[.] But the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people. Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process”. A opinião maioritária do Tribunal evidencia igualmente a superação de um outro

a state is deemed to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare”<sup>59</sup>, seja ela a fixação do salário mínimo, a limitação da duração da jornada de trabalho<sup>60</sup>, a proibição de despedimento com fundamento em filiação em sindicato<sup>61</sup>, a limitação do acesso à profissão<sup>62</sup>, a proibição de atividades não “tradicionalmente” consideradas nocivas<sup>63</sup>, a regulação do preço de certos bens<sup>64</sup>, ou quaisquer outras medidas destinadas a pôr fim a práticas injustas no domínio comercial e social<sup>65</sup>.

A desconfiança relativamente ao legislador, que vimos ser uma das notas características de *Lochner*, converteu-se num controlo leniente<sup>66</sup>, de onde decorre que o *due process* se materializa, nos domínios económico e social, num *rational basis test*, isto é, num teste que faz assentar a validade da legislação na verificação de uma relação de adequação meio-fim *minimamente credível*<sup>67</sup>.

---

“dogma” da era *Lochner* – a ficção de igualdade entre as partes de uma relação laboral: “There is an additional and compelling consideration which recent economic experience has brought into a strong light. The exploitation of a class of workers who are in an unequal position with respect to bargaining power and are thus relatively defenseless against the denial of a living wage, is not only detrimental to their health and wellbeing, but casts a direct burden for their support upon the community”.

<sup>59</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934), sobre uma lei que fixava o preço máximo e mínimo de venda a retalho do leite.

<sup>60</sup> *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), sobre o Fair Labor Standards Act of 1938, uma lei do Congresso que permitia a fixação de um salário mínimo, da duração máxima da jornada de trabalho e de compensação pelo trabalho suplementar em empresas dedicadas ao comércio interestadual (“Nor is it any longer open to question that it is within the legislative power to fix maximum hours”).

<sup>61</sup> *Lincoln Union v. Northwestern Co.*, 335 U.S. 525 (1949), lança a ideia de que a abertura teleológica do poder de polícia é, na verdade, um “retorno às origens” do constitucionalismo norte-americano.

<sup>62</sup> *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955).

<sup>63</sup> *Reinman v. City of Little Rock*, 237 U.S. 171 (1915), sobre a interdição da atividade de gestão de estábulos em certas zonas da cidade.

<sup>64</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934). O caso afasta ainda a enumeração taxativa de atividades revestidas de interesses público (*clothed with a public interest*), que o Tribunal propusera em *Charles Wolff Packing* (1923) e com base na qual várias iniciativas de regulação de preços haviam sido rejeitadas, confirmando, portanto, que “‘affected with a public interest’ is the equivalent of ‘subject to the exercise of the police power’, and it is plain that nothing more was intended by the expression” (o itálico é nosso).

<sup>65</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

<sup>66</sup> O adjetivo é de Andrew WEILER, “Has Due “Process struck out?...”, *op. cit.*, p. 1071.

<sup>67</sup> *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915), sobre a interdição de funcionamento de instalações destinadas ao fabrico de tijolos em certas zonas limítrofes da cidade, inclusivamente na parcela de que o recorrente é proprietário, cuja geologia oferece matéria-prima de qualidade para o fabrico de tijolos: “It may be that something else than prohibition would have satisfied the conditions. Of this, however, we have no means of determining, and besides, we cannot declare invalid the exertion of a power which the city undoubtedly has because of a charge that it does not exactly accommodate the conditions, or that some other exercise would have been better or less harsh. We must accord good faith to the city in the absence of a clear showing to the contrary and an honest exercise of judgment upon the circumstances which induced its action”; *Reinman v. City of Little Rock*, 237 U.S. 171 (1915): “and so long as the regulation in question is not shown to be clearly unreasonable and arbitrary, and operates uniformly

## 6. A emergência do *strict scrutiny*

Tornar-se-ia evidente, contudo, que o *rational basis test* – e os argumentos institucionais que o sustentavam – seria “curto” chegado o momento de escrutinar legislação estadual que perpetuava a política racial do “separate but equal” ou alguma legislação antiaborto mais agressiva. O problema fora, aliás, antecipado pelo Juiz Stone, na nota de rodapé nº 4 aposta ao acórdão *Carolene Products*, onde se abriu a possibilidade de um escrutínio mais exigente (e conseqüente afastamento da presunção de constitucionalidade) quando o parâmetro de controlo fosse a cláusula de igualdade e não discriminação inscrita na 14ª emenda<sup>68</sup>.

Na verdade, a bifurcação do escrutínio – isto é, o surgimento ao lado do *rational basis test* de um *strict scrutiny* – foi a construção jurídica avançada pelo Supremo Tribunal no período em que foi presidida pelo Juiz Warren (e depois) para continuar a repudiar a jurisprudência *Lochner*, sem que isso significasse abdicar de controlar leis que afetavam agressivamente a igualdade entre os cidadãos e a liberdade individual (mesmo que isso implicasse o reconhecimento de direitos não expressamente consagrados no texto constitucional – os *unenumerated rights*). Foi isso que o Supremo Tribunal fez, primeiro, no acórdão *Brown v. Board of Education*<sup>69</sup>, e depois nos acórdãos *Griswold v. Connecticut*<sup>70</sup> e *Roe v. Wade*<sup>71</sup>, e mais recentemente, por exemplo, nos acórdãos *Lawrence v. Texas* (já mencionado) e *Obergefell v. Hodges*<sup>72</sup>.

---

upon all persons similarly situated in the particular district, the district itself not appearing to have been arbitrarily selected, it cannot be judicially declared that there is a deprivation of property without due process of law”.

<sup>68</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938): “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth”. Criticando esta dualidade, cf. Matthew SCHWARTZ, “A critical analysis of retroactive legislation...”, *op. cit.*, p. 938.

<sup>69</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954), a propósito de leis de vários Estados que vedavam o acesso a escolas públicas por parte de alunos de origem afro-americana. Sobre a importância desta decisão na teoria da Constituição, especialmente no que respeita à cisão entre constituição formal e constituição material, cf. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1137.

<sup>70</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), a propósito de uma lei do Estado do Connecticut que criminalizava o aborto, considerando cúmplices desse crime os médicos que prescrevessem medicamentos ou prestassem aconselhamento médico nesse sentido.

<sup>71</sup> *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), a propósito de uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto.

<sup>72</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. (2015), a propósito de leis dos Estados do Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee, que definiam o casamento como a união entre um homem e uma mulher, inviabilizando, portanto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O *strict scrutiny*, na formulação de Fallon, pode ser definido como um teste para aferir da validade constitucional de interferências legislativas em certos direitos fundamentais – designadamente a cláusula de não discriminação, a liberdade de expressão e a liberdade de associação (aquilo a que se convencionou chamar “preferred fundamental rights”) – que se considera serem demasiado importantes para ficarem à mercê de um teste de mera razoabilidade (*rational basis test*). O teste desdobra-se em duas exigências. A primeira é a de que a legislação tenha em vista (recaindo o ónus de prova sobre o legislador) um interesse preeminente (*compelling interest*). A segunda é a de que a legislação não vá além do que é necessário para garantir a proteção desse interesse (*narrowly tailored*)<sup>73</sup>.

Ao mesmo tempo, alguma doutrina revisitava a crítica dirigida à jurisprudência *Lochner*, desviando-a do recorte institucional e atribuindo-lhe natureza *substantiva*. Para Tribe, o que estava “errado” em *Lochner* não seria tanto o *standard* de controlo, isto é, a exigência de que os meios fossem uma “cura” quase perfeita para os males detetados, mas – afinal e sobretudo – a subscrição de uma compreensão funcionalmente apertada do poder de legislar em benefício de uma teoria agressiva de *laissez-faire* económico e a proteção de direitos sem recorte jus fundamental, como agora se afigurava a liberdade de contratar. O Autor coloca, verdadeiramente, o dedo na ferida: “There is no way for courts to review legislation in terms of the constitution without repeatedly making difficult substantive choices among competing values”<sup>74</sup>.

Não nos estenderemos em demasia nestas considerações. O presente texto não versa sobre o *strict scrutiny* nem sobre os casos que o consagraram. Porém, as linhas precedentes põem a nu o carácter absolutamente nuclear da jurisprudência *Lochner* na evolução do pensamento da doutrina e

<sup>73</sup> Richard H. FALLON, “Strict judicial scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2006-2007, p. 1267-1337 (p. 1315). A par do *rational basis test* e do *strict scrutiny*, o Supremo Tribunal mobiliza ainda um *intermediate scrutiny*, para casos envolvendo discriminações baseadas em certas categorias suspeitas (eg. sexo). De acordo com este teste, a lei será válida se o interesse prosseguido pelo legislador for importante (i), se houver uma relação “substantial” entre meios e fins (ii).

<sup>74</sup> Lawrence TRIBE, *American...*, *op. cit.*, p. 1362; James L. OAKES, “Property rights in constitutional analysis today”, *Washington Law Review*, vol. 56, 1980, pp. 583-626 (p. 596) – “Can it be that what was wrong with *Lochner* was not that it examined legislation substantively but that it overtly limited the legitimate ends that government might have so as to accord with *laissez-faire* philosophy and economics of the day (including redistribution of wealth)”; Thomas B. COLBY e Peter J. SMITH, “The return of *Lochner*...”, *op. cit.*, p. 556 – “For present purposes, it suffices to note that a general theme of many of the modern liberal theories is a belief that *Lochner* did not err simply by protecting rights, or even by protecting unenumerated rights; rather it erred by protecting the wrong unenumerated rights”.

jurisprudência constitucionais, tanto através da criação de novos *standards* de controlo e da delimitação do respetivo âmbito de aplicação, como da necessidade de, sob pena de incoerência, alterar o foco da crítica que vinha sendo formulada àquela jurisprudência.

## 7. Do *due process* substantivo à 5.<sup>a</sup> emenda

Até à viragem dos anos trinta, o mesmo tipo de litígios, assente nas fronteiras do poder de regular e na validade de uma medida regulatória com efeitos sobre a liberdade contratual e/ou sobre a propriedade privada, foi analisada à luz da cláusula de *due process* substantivo, recusando-se o Supremo Tribunal a fazê-lo sob a égide dos limites ao poder de expropriação.

Atente-se, por ex., na opinião da maioria no caso *Mugler v. Kansas*<sup>75</sup>, em que estava em causa a proibição imediata de produção e comercialização de bebidas alcoólicas no Estado do Kansas. O Tribunal afirma perentoriamente que os princípios estabelecidos em *Pumpelly*<sup>76</sup> têm que ver com o exercício do poder governamental de expropriação, ao passo que a situação em presença é subsumível ao exercício do poder de regular (*police powers*) para a defesa da saúde, bons costumes e segurança do público. No caso *Transportation Co. v. Chicago*, o Tribunal esclareceu, contudo, que a principal diferença entre os dois tipos de casos não se achava na presença ou ausência do poder de regular, mas sim na circunstância de o exercício desse poder, no caso *Pumpelly*, implicar uma *invasão* da propriedade privada, aquilo que se convencionaria chamar um *physical taking*.

Contudo, a partir de 1922, o Supremo Tribunal passou a usar a cláusula expropriatória para escrutinar legislação com efeitos sobre a propriedade e a liberdade de contratar<sup>77</sup>, encetando o debate – ainda hoje vivo – sobre as

<sup>75</sup> *Mugler v. Kansas*, 123 U.S 623 (1887).

<sup>76</sup> *Pumpelly v. Green Bay Company*, 80 U.S. 166 (1871).

<sup>77</sup> Lawrence TRIBE, *American...*, *op. cit.*, p. 1355: “Eminent domain in *Mabon* thus became a kind of procedural substitute for substantive guarantees of contractual autonomy; rather than invalidating statutes in which the public character of the benefit was unclear while the private harm was both evident and focused, the Court in effect forced the public to internalize private costs in ambiguous cases by requiring government to compensate private parties for what they were being forced to lose”.

fronteiras entre regulação e expropriação<sup>78</sup>. Esta “transferência” de parâmetro revitalizou a garantia da constituição económica<sup>79</sup> que o *rational basis test* estava em vias de depauperar, remetendo a cláusula de *due process of law* para os domínios da retroatividade e da legislação fiscal. Estes são domínios onde, mesmo durante a era *Lochner*, o Supremo Tribunal sempre se mostrou deferente para com o legislador<sup>80</sup>.

Ou seja, a partir da segunda metade do século XX, a fungibilidade assinalada entre a cláusula de *due process* e a 5ª emenda penderia a favor da segunda. Ou seja, a 5ª emenda passou aplicar-se tanto às situações em que o Estado exerce o seu poder expropriatório formal (*eminent domain*) como aos casos de expropriação indireta, havendo então que determinar um critério de equivalência entre ambas.

O Supremo Tribunal optou por fazer assentar o juízo de equivalência numa avaliação casuística assente em critérios que reclamam elevada mediação judicial. A origem do teste remonta ao acórdão *Penn Central*, um caso incidente sobre desenvolvimento urbanístico e património cultural. Sinteticamente, a recorrente alegou, junto do Supremo Tribunal, que a recusa, por parte da cidade de Nova Iorque, de uma autorização de construção por cima do edifício da *Grand Central Station*, considerado um *landmarking building* (edifício histórico), tinha efeitos equivalentes aos de uma expropriação. O Tribunal, recordando que a análise depende das circunstâncias do caso, enunciou os factores mais significativos, a saber, o impacto económico das medidas governamentais, o grau de interferência com as “investment-backed expectations”<sup>81</sup> do particular e a natureza da ação governamental.

<sup>78</sup> *Goldblatt v. Town of Hempstead*, 369 U.S. 590 (1969): “There is no set formula to determine where regulation ends and taking begins”.

<sup>79</sup> Sara PENNICINO, *Contributo allo studio...*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>80</sup> Andrew WEILER, “Has Due “Process struck out?...”, *op. cit.*, p. 1082: “Even at the height of the *Lochner* era, when judicial use of the Due Process of the Fifth Amendment to scrutinize prospective legislation regulating private business was at its peak and tax measures were struck down on other grounds, the Supreme Court deprived the due process clause of virtually any effect on the federal taxing power”.

<sup>81</sup> A formulação – *investment-backed expectations* – é da autoria de Frank MICHELMAN, “Property, Utility and Fairness: comments on the ethical foundations of just compensation law”, *Harvard Law Review*, vol. 80, nº 6, 1967, pp. 1965-1258 – “whether or not the measure in question can easily be seen to have practically deprived the claimant of some distinctly perceived, sharply crystallized, investment-backed expectation”. O Juiz Brennan, autor da posição da maioria no caso *Penn Central*, 438 U.S. 104, mobilizaria a formulação como consubstanciando um dos elementos a ter em conta na questão de saber se a medida governamental foi demasiado longe ao ponto de constituir uma expropriação.

A avaliação casuística levada a cabo pelo tribunal com base nestes fatores foi no sentido de inexistência de um “taking” e, por conseguinte, pela ausência do dever de indemnização.

Os casos relacionados com a introdução de auxílios em benefício de trabalhadores do sector do carvão e respetivas famílias, a financiar mesmo por empresas sem ligação corrente ao setor, evidenciam a *fungibilidade* existente entre a cláusula de *due process* (numa dimensão substantiva) e a mobilização da 5ª emenda nos casos de expropriação regulatória<sup>82</sup>. No caso *Eastern Enterprises*,<sup>83</sup> ao contrário do que fizera anteriormente, o Tribunal admitiu escrutinar a imposição retroativa de responsabilidade financeira às empresas do sector à luz da 5ª emenda, transformando-a, segundo alguma doutrina, numa garantia genérica contra leis injustas. O melindre gerado por um tal entendimento está respaldado numa das (várias) opiniões anexas à decisão: “the Coal Act imposes a staggering financial burden on the petitioner, Eastern Enterprises, but it regulates the former mine owner *without regard to property*. *It does not operate upon or alter an identified property interest*”<sup>84</sup>.

## 8. E *back again*...

A repulsa gerada pela jurisprudência *Lochner* não impediu, nas últimas décadas, alguns ensaios de reabilitação. Essa reabilitação pressente-se

---

<sup>82</sup> Cf. os casos *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1 (1976) e *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998), e em sentido próximo, os casos em que o Tribunal avaliou alterações ao ERISA (*Employee Retirement Security Act*) no sentido de responsabilizar financeiramente os empregadores que tivessem abandonado planos de pensões instituídos em benefício dos seus trabalhadores pelo pagamento de benefícios considerados “adquiridos” nos termos desses planos, a saber *PBGC v. R. A. Gray & Co.*, 467 U.S. 717 (1984), *Connolly v. Pension Benefit Guarantee Corporation*, 475 U.S. 211 (1986), e *Concrete Pipe and Products of California v. Construction Laborers Pension Trust for Southern California*, 508 U.S. 602 (1993).

<sup>83</sup> *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998).

<sup>84</sup> O itálico é nosso. A opinião dissidente é do Juiz Kennedy, que, no entanto, concordou com a opinião da maioria ainda que com fundamento numa violação da cláusula de *due process of law*. Igualmente relevante é a opinião dissidente do Justice Breyer, que enfatiza não só o facto de a cláusula expropriatória não ser uma garantia contra leis injustas ou arbitrárias, mas também a circunstância de a recusa da maioria em escrutinar o regime ao abrigo da cláusula de *due process of law* ficar a dever-se ao receio de “ressuscitar” a doutrina subjacente ao acórdão *Lochner*.

na doutrina<sup>85</sup>, mas também, segundo alguns<sup>86</sup>, na jurisprudência, designadamente nos acórdãos *AT&T v. Concepción*<sup>87</sup> e *DirectTV, Inc. v. Imburgia*<sup>88</sup>, ou nas impugnações de que vem sendo objeto o *Affordable Care Act* (vulgo, *Obama Care*)<sup>89</sup>.

As motivações (políticas e jurídicas) que sustentam o recrudescimento da doutrina do *due process* substantivo excedem em larga medida o foco do presente trabalho. Importa referir, no entanto, que, metodologicamente, aquela reabilitação se acha ancorada no chamado “novo originalismo”. Este assume que o propósito da hermenêutica constitucional não é o de procurar o sentido histórico do texto constitucional tal como os seus autores o perspetivaram, mas antes o de procurar o sentido histórico *objetivo* do texto constitucional. Daí os ensaios doutrinários no sentido de demonstrar que a dimensão substantiva do *due process* – em que se alicerçou a jurisprudência *Lochner* – não foi uma “invenção” do pensamento jurídico do século XIX, desgarrada do sentido objetivo do texto da constituição federal, antes uma concretização deste, cujas origens remontam à Magna Carta e à *common law*<sup>90</sup>.

## 9. Conclusões

O texto procurou percorrer a jurisprudência *Lochner*, um período do pensamento constitucional norte-americano em que, através da cláusula de *due process* substantivo, extraída da 14<sup>a</sup> emenda à Constituição federal, o

<sup>85</sup> Daniel BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*; Ryan C. WILLIAMS, “The one and only...”, *op. cit.*, pp. 408-512, 2011; Frederick Mark GEDICKS, “An originalist defense of substantive due process: Magna Carta, Higher-Law constitutionalism and the Fifth amendment”, *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 582-674; Victoria F. NOURSE, “A tale of two Lochners...”, *op. cit.*, p. 97.

<sup>86</sup> Thomas B. COLBY e Peter J. SMITH, “The return of Lochner...”, *op. cit.*, p. 536; K. Sabeel RAHMAN, “Domination, democracy, and constitutional political economy...”, *op. cit.*, p. 1334.

<sup>87</sup> *AT&T v. Concepción*, 563 U.S. (2011), considerando que um contrato de fornecimento de serviços de telecomunicações, onde se vedava a “arbitragem de classe” deveria ser considerado válido à luz do Federal Arbitration Act, apesar de inválido à luz do direito estadual.

<sup>88</sup> *DirectTV, Inc. v. Imburgia*, 577 U.S. (2015), sobre questão semelhante.

<sup>89</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012); e, mais recentemente, *California v. Texas*, 593 US (2021). O *Patient Protection and Affordable Care Act* assenta na obrigação, por parte dos cidadãos, de subscreverem um seguro de saúde com uma cobertura mínima, e de pagarem uma “multa” em caso de incumprimento da sobredita obrigação. A lei previa ainda um alargamento da cobertura do programa *Medicaid*, no sentido de incluir qualquer adulto com rendimentos até 133% do nível de pobreza definido a nível federal.

<sup>90</sup> Aqui, sobretudo, Frederick Mark GEDICKS, “An originalist defense...”, *op. cit.*, pp. 582-674.

Supremo Tribunal preconizou um controlo da legislação económica caracterizado por uma compreensão restritiva do poder de regular (*police powers*) (a), uma desconfiança relativamente ao legislador (b), e uma leitura (ultra) liberal dos direitos inerentes à *common law* (c), que colocava as liberdades económicas e a livre concorrência no mesmo plano das demais liberdades civis e políticas.

A conversão do acórdão *Lochner* no *anti cânone* do direito constitucional norte-americano, e a subsequente afirmação do *rational basis test* e dos argumentos institucionais que o sustentam, afetou, como vimos, não só o tratamento da garantia patrimonial à luz da Constituição federal, como, na verdade, o tratamento de toda a legislação com repercussão nos direitos civis e políticos dos cidadãos.

Por um lado, foi precisamente para garantir um controlo mais robusto de certas leis em matéria de direitos civis e políticos que o Supremo Tribunal avançou o *strict scrutiny*, fugindo à crítica de “Lochnerização” através da segregação de um conjunto de direitos fundamentais (*preferred fundamental rights*) relativamente aos demais. Por outro, a proteção constitucional da garantia patrimonial passou a fazer-se através do conceito de *regulatory taking* e da 5ª emenda à Constituição federal, numa tentativa de garantir que certa legislação económica continuava a ser objeto de um controlo mais intenso, embora fugindo, simultaneamente, à acusação de “Lochnerização” ou da reabilitação da cláusula de *due process* substantivo.