

CONSTITUCIONALISMO NO NEW DEAL

Maria Pia Guerra

1. INTRODUÇÃO

Nas décadas de 30 e 40 do século passado, o constitucionalismo americano passou por uma transformação significativa. O período coincidiu com a crise financeira de 29 e Grande Depressão, e com as políticas de recuperação da economia do New Deal. Por isso, é considerado um laboratório de estudo das relações entre política e direito e as suas variações: separação dos poderes, definição judicial de políticas públicas, Agências Reguladoras, etc.

As interpretações para a transformação no Direito são tão variadas quanto são as visões sobre a jurisdição constitucional e o papel que ela exerce na democracia. Os que afirmam uma atuação mais política da Corte chamam o período de “revolução constitucional”: mudança repentina que teve como causa a pressão política de Roosevelt. Os que afirmam uma atuação “mais jurídica” apontam para mudanças graduais do discurso jurídico de 1930’. Como mostra Laura Kalman, a história do constitucionalismo do New Deal virou um campo de batalha.

Ou seja, no discurso jurídico norte-americano, explicar o período é justificar uma compreensão da jurisdição constitucional, a relação com os poderes Legislativo e Executivo. Assim, entender o período é também encontrar novas possibilidades de articulação entre os poderes.

Este artigo se propõe a entender a transformação do Direito norte-americano no período a partir das análises de Bruce Ackerman. Justifica-se, em primeiro lugar, o marco do autor: Ackerman estuda a história constitucional americana, elaborando uma teoria de compreensão geral dos fatos históricos. Os seus estudos podem ajudar a compreender o funcionamento do Direito Constitucional de um modo geral, seja percebendo as semelhanças ou apontando as diferenças com o modelo brasileiro.

Nesse sentido, justifica-se também a opção pela história dos Estados Unidos. As teorias jurídicas brasileiras são bastante influenciadas pelos autores norte-americanos -

vide a presença constante de textos de Ronald Dworkin, Jeremy Waldron, Cass Sunstein, dentre outros. Bem como dos modelos de articulação entre os Poderes – *checks and balances*, controle de constitucionalidade e atuação da Suprema Corte. Utilizar estas teorias sem compreender o pano de fundo em que foram elaboradas pode ser uma forma de reproduzir os mesmos erros.

O artigo está dividido em duas partes. Na primeira, é descrito o período crítico, com algumas interpretações – especialmente das teorias internalista e externalista. Na segunda, são descritas algumas transformações do período e o impacto no constitucionalismo americano pós New Deal, a partir, principalmente, das contribuições de Bruce Ackerman.

2. O NEW DEAL E A CRISE DO COMMON LAW NORTE-AMERICANO: a transformação da Corte Hughes.

Simplificadamente, o ano de 1937, nos Estados Unidos, foi marcado por uma tensão entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte. A Corte do Chief Justice Charles Hughes, apesar de ter sido favorável ao governo no começo de seu termo, votou contra as políticas do New Deal assim que elas começaram a chegar, em 1935.

Em *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad* (1935) foi invalidado estatuto federal por usurpação de competência dos estados. Em *Schechter Poultry Corp v. United States* e *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* (1935) a tensão com Roosevelt e o New Deal ficou declarada. O presidente acusou a Corte ter uma interpretação da Constituição da “era da carroça” (*horse-and buggy age*). O que se intensificou em 1936, com *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*, *United States v. Butler* e *Carter v. Carter Coal Co.*

No final de 1936, Roosevelt se reelegeu com uma margem significativa. Duas semanas após assumir, em 1937, declarou que resolveria o problema. Um projeto de lei que ficou conhecido como o "Court-Packing Plan", e que consistia em nomear mais um juiz para a Suprema Corte, cada vez que um Justice chegasse aos 70 anos e não se aposentasse. Como seus opositores estavam à beira dos 70, isso equivaleria a neutralizá-los.

A partir daí, a Suprema Corte passou a decidir favoravelmente ao New Deal. Em *West Coast Hotel Co v. Parrish*, confirmou lei estabelecendo salário mínimo, contrariando a sua decisão do ano anterior em *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*. Nos *Social Security Cases* confirmou a ampliação do poder de tributação do Congresso, contrariando *United States v. Butler*. E em *NLRB v. Jones & Laughling Steel Corp*, contrariou *Carter v. Carter Coal Co*.

Essa mudança repentina de postura levou os constitucionalistas a falar de uma “revolução constitucional”, causada pela pressão política de Roosevelt. Uma forma de salvaguardar a instituição – que de fato ficou protegida, já que a força necessária para a aprovação do “Packing Plan” se diluiu com as decisões favoráveis de 1937.

Por que a Suprema Corte mudou de postura? Nos anos que se seguiram, a explicação predominante era a da pressão política: uma atitude de autopreservação da Corte por meio de retração. Essa interpretação “externalista” foi marcada pela opinião de Willian Leuchtenburg, o qual afirmava uma revolução constitucional, que teria posto fim ao reino do laissez faire e aberto caminho para o Estado do Leviatan. E influenciou uma corrente de autores, que passou a interpretar o New Deal como a demonstração do agir sempre político da Corte.

Posteriormente, passou-se a apontar o desenvolvimento interno da doutrina legal dos anos que precederam a crise. Essa linha internalista tem Richard Friedman, por exemplo, mostrando uma continuidade de pensamento entre os casos *Parrish* e *Tipaldo*, e afirmando que pensar como Leuchtenburg é equiparar o processo de decisão judicial a uma partida de futebol.¹

A resposta ajuda a entender os fatores que orientam a decisão judicial. Trata-se de um momento privilegiado para compreensão dos mecanismos de reprodução do Direito: uma tensão declarada entre os Poderes e uma alteração de comportamento aparentemente brusca, por parte da Suprema Corte, permite identificar o que é levado em consideração na decisão judicial e, também, como se articulam Direito e Política. Por isso tanta disputa em torno do seu significado.

De toda forma, é preciso entender o pano de fundo. Durante o séc. XIX as Cortes americanas, de um modo geral, tinham uma orientação bastante protetiva dos

¹ FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment: the Hughes Court and constitutional transformation*.

contratos e propriedades privados e restritiva da interferência estatal neste campo. Utilizava-se, para tanto, de teorias como a das “cláusulas comerciais”: *commerce clause*, *contract clause* e *substantive due process*.

A *Commerce Clause*² limita a atuação do governo nacional às questões de comércio interestadual. É proteção da descentralização da Federação. A *Contract Clause*³ limita a interferência do Estado nas relações comerciais, inibindo as práticas abusivas do governo anterior à Revolução Americana que privilegiavam certos particulares com perdão de dívida. Num mesmo raciocínio, protege um conceito de liberdade face a intervenção centralizadora do governo.

A “*Substantive Due Process*”⁴ é uma interpretação da 14ª Emenda. Afirma que os particulares têm direitos frente ao governo, que não podem ser alterados mesmo se este utilizar um procedimento legal. Vai além da interpretação posterior da *Procedural Due Process Clause*, que permite pena de morte e desapropriação se for respeitado o devido processo legal. Sendo “processo substantivo”, protege o conteúdo dos direitos individuais, independente do interesse público e da legitimação pela forma de restrição. Foi estabelecida pela Suprema Corte no caso *Lochner v. New York*⁵, em 1905, e vinculou as decisões até ser superado em 1937. Todavia, também como as cláusulas comerciais e contratuais, são interpretações da Constituição elaboradas ao longo do século.

Por causa da crise de 1929, e da consequente Grande Depressão, o país passava por dificuldades acentuadas. O presidente Hoover deixou a presidência com a menor aprovação da história. Em seu lugar assumiu Roosevelt, com um plano de governo audacioso, chamado New Deal. Este plano incluía: reformas econômicas e regulação de

² Constituição Americana, artigo 1º, sessão 8: o Congresso Americano terá o poder “To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States”.

³ Sessão 10, art. 1, da Constituição Americana: “Nenhum Estado poderá participar de tratado, aliança ou confederação; conceder cartas de corso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; autorizar, para pagamento de dívidas, o uso de qualquer coisa que não seja ouro e prata; votar leis de condenação sem julgamento, ou de caráter retroativo, ou que alterem as obrigações de contratos; ou conferir títulos de nobreza.”

⁴ Constituição Americana, 14ª Emenda, sessão 1: “(...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...).”

⁵ Em 1905, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que estabelecia a jornada máxima de trabalho dos padeiros, sob o argumento que interferia em uma parte essencial (substantiva) do direito de liberdade, a dizer a liberdade contratual entre empregadores e empregados. FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*, pág. Xx.

setores da economia – com controle de preços e produção; regulamentação do trabalho, com definição de salário mínimo, jornadas e sindicalização; e criação de agências federais.^{6 7}

Incluía abertamente também uma reformulação do direito do common law e da separação dos poderes: “for the new dealers, the common law embodied a particular social theory, serving some interests in expense of others (...). A mechanism for insulating the existing distribution of wealth and entitlements from collective control”.⁸

Ao assumir, Roosevelt fez um discurso afirmando um “novo pacto”, que seria um segundo Bill of Rights:

“In our day these economic truths have become accepted as self-evident. We have accepted, so to speak, a second Bill of Rights under which a new basis of security and prosperity can be established for all—regardless of station, race, or creed”.

Afirmava direitos de trabalho, previdência e bem estar social. Direitos que requeriam uma compreensão da relação público-privado diferente da então vigente.

Isso porque a herança dos pais fundadores era entendida como uma delimitação clara dos dois âmbitos. Esse era o sentido das cláusulas “*Contract Clause*”, “*Commerce Clause*” e “*Substantive Due Process*”. Elas eram fundamento recorrente das decisões da Suprema Corte até a década de 30. A Corte da década de 1920 invalidou mais leis e atos do governo que qualquer outra nos 50 anos que a antecederam. Posições que já eram aceitas foram declaradas inconstitucionais, como o salário mínimo para as mulheres da indústria (Adkins v. Childrens Hospital, 1923) e medidas para evitar a competição ilícita no comércio - preço mínimo para pão (Burns Baking Co. v. Brian, 1924).⁹

⁶ Dentre elas: AAA – Agricultural Adjustment Administration, FDIC – Federal Deposit Insurance Corporation, SSB – Social Security Board e NLRB – National Labor Relations Board.

⁷ É necessário pontuar que diferenciar o período anterior a 1930 e o New Deal com base no grau de intervencionismo do Estado é simplista. Leis de escravidão, por exemplo, são bastante interventoras. O que ocorria é uma concepção de público-privado que privilegiava determinados nichos de interesses: empreendedores em detrimento de locatários, operadores de bolsa de valores em detrimento de investidores que queriam balanços comerciais confiáveis. Ou seja, não é possível considerar o New Deal como a luta de administradores desinteressados contra os grandes empresários. PARRISH, Michael. *Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, pág.725.

⁸ SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*, pág. 423.

⁹ FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*, pág. Xx.

O que lhe resultou uma fama de conservadora, que não era de todo arbitrária. O próprio Chief Justice Willian Taft, bastante receoso do que chamava política progressista de seu tempo, intitulava o “seu grupo” na Suprema Corte de “*boat steadier*” do seu tempo. Eram estes Pierce Butler, James Clark Mc Reynolds, George Sutherland, Willis Van Devanter, Sanford e o próprio Taft. Enquanto a minoria liberal era composta por Louis Brandeis, Harlan F. Stone, Oliver Wendell Holmes Jr.¹⁰

Essa composição se manteve até a déc. de 30. Em lugar de Taft – que saiu a beira da morte, para não dar outra indicação a Hoover – entra Charles Hughes, um governador progressista de NY e quase candidato republicano a presidência. Em lugar de Sanford, Owen J. Roberts. E em lugar de Holmes, Benjamin Cardozo.¹¹

Ou seja, a composição da Corte, antes preponderantemente “taftiana”, passa a ser: 4 conservadores - Butler, Mc Reynolds, Sutherland, Van Devanter –, que passaram a ser conhecidos como “quatro cavaleiros” (*Four Horsemen*, em alusão aos cavaleiros do apocalipse); 3 liberais - Brandeis, Stone e Cardozo; e Hughes e Roberts. Estes, por sua vez, passaram a ser o equilíbrio da Corte: Hughes tendendo para os liberais, e Roberts para os conservadores, mas sem nenhuma definição prévia.¹²

Esse equilíbrio favorecia os conservadores, pois só precisavam de um dos dois votos. Mas inicialmente possibilitou vitórias liberais que antes seriam impensáveis, principalmente nas áreas de regulação, tributos e liberdades civis.¹³

Falava-se em conservadores e liberais porque existiam duas correntes no pensamento jurídico da época. Tais correntes se refletiram nas cláusulas *Substantive Due Process-Procedural Due Process* e *Contracts Clause*. Mas dizem respeito a um conflito maior, entre “localismo, individualismo e voluntarismo de um lado, e, de outro,

¹⁰ FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*, pág. XX

¹¹ FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*, pág.. XX

¹² FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*, pág.. XX

¹³ Na área de regulação, o caso *O’Gorman & Young v. Hartford Fire Insurance Co* (1931) contrariou o precedente *Adkins*, ao decidir que era válida a regulamentação não apenas da taxa paga pelo segurado, mas também da comissão paga aos agentes de seguro. *Adkins* havia definido os limites da regulamentação estatal, afirmando que deve ser excepcional e que prepondera o contrato. Na área de tributação, a corte se tornou mais receptiva ao aumento do poder de taxação do Estado, especialmente como estratégia de inibição de setores comerciais específicos (*State Board of Tax Commissioners v. Jackson*, 1931). Na área de direitos civis, em *Stromberg v. California* (1931) invalidou legislação que criminalizava o uso de bandeiras vermelhas por sindicalistas. Decisão importante, afirmou que o free speech está contido na 14 emenda. Foram tomadas decisões importantes para a ampliação dos direitos referentes a persecução penal, como a necessidade de acompanhamento por advogado competente (*Powell v. Alabama*).

integração econômica nacional, trabalho coletivo e planejamento sistemático produzido por mudanças demográficas e surgimento das grandes empresas”.¹⁴ Como dito anteriormente, as cláusulas são interpretações da Constituição Americana e, por mais que uma visão substancialista tenha sido adotada pela Suprema Corte em *Lochner*, a disputa ainda permanecia no discurso jurídico.¹⁵ Assim como com a *Contracts Clause*, refletiam uma disputa da própria política americana, entre um governo nacional ou descentralizado.¹⁶

Isso ficou claro em *Home Building & Loan Ass’n v. Blaisdell* (1933), com a declaração de inconstitucionalidade da Mortgage Moratorium Law, que concedia moratórias de contratos entre particulares com base na *Contracts Clause*. Para Sutherland, as medidas da lei iam de encontro como a intenção dos pais fundadores quando estabeleceram as *Contracts Clause*. Alguma modificação poderia ser viável, mas não alterar completamente o seu sentido.

Hughes, respondendo, afirmou que “The policy of protecting contracts against impairment presupposes a government which retains authority to secure the peace and order of society”.¹⁷ E para manter essa autoridade dentro da Constituição o devido processo legal é suficiente. Ou seja, recusa tanto a interpretação restritiva da *Contract Clause* como a *Substantive Due Process*.

Nos três casos problemáticos de 1936, *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*, *United States v. Butler* e *Carter v. Carter Coal Co*, a Suprema Corte se posicionou a favor das interpretações conservadoras destas cláusulas. E no ano seguinte, como já dito, inverteu a posição em três casos semelhantes *West Coast Hotel Co v. Parrish*, os *Social Security Cases* e *NLRB v. Jones & Laughling Steel Corp*.

A contraposição entre *Tipaldo* e *Parrish* pode esclarecer o que aconteceu. Em *Tipaldo*, a Corte invalidou lei que estabelecia salário mínimo, por violação da liberdade contratual. A vitória por 5 x 4 teve Roberts votando pela invalidação, e três liberais pela superação de *Adkins* (*overruled*). Já Hughes votou pela invalidação, mas por distinguir

¹⁴ PARRISH, Michael. *Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, pág. 729

¹⁵ PARRISH, Michael. *Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, pág. 498.

¹⁶ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pág. 138.

¹⁷ FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*, pág. 1916.

do precedente. Ele não pediu a superação, mas seus argumentos revelaram uma tensão entre o princípio da liberdade contratual e o princípio da supremacia do interesse público, ainda que não formulada nestes termos.¹⁸

A decisão da Corte gerou fortes críticas: jornais que afirmavam a “liberdade de passar fome”, manifestações dos Estados para amendar a Constituição e pedidos de reconsideração da decisão.¹⁹

A discussão retornou em 1937, com o caso *West Coast Hotel Co v. Parrish*, dessa vez confirmando a lei que estabelecia salário mínimo. Em Parrish, Roberts votou junto com Hughes e os liberais. Aqui, Hughes foi mais explícito, afirmando que

“The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without the due process of law (...). 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 wealth of the people.”²⁰

A explicação dada para a postura de Roberts varia na proporção da disputa entre externalistas e internalistas. Alguns autores afirmam que foi pressão política. Todavia, não poderia ser uma resposta direta ao “pacote da Corte”, já que seus votos para o caso Parrish foram escritos semanas antes da declaração de Roosevelt. O que não significa dizer que a repercussão negativa não influenciou.

Outros explicam a primeira decisão, de *Tipaldo*, como “timidez judicial”, já que ele próprio não pretendia uma confirmação da validade de Adkins.²¹ Em duas declarações, alguns anos depois, Justice Roberts afirmou que julgou conforme o pedido e, se em nenhum momento o Estado de Nova York pediu a superação de Adkins, também não demonstrou a diferença do precedente.

De toda forma, o que se percebe é um movimento interno ao discurso jurídico, que já vinha abrindo espaço para outra corrente que não de *Lochner*. Para White, o

¹⁸ FRIEDMAN, Richard. Switching Time and other Thought Experiment, pág. 1916.

¹⁹ FRIEDMAN, Richard. Switching Time and other Thought Experiment, pág. 1948.

²⁰ FRIEDMAN, Richard. Switching Time and other Thought Experiment, pág. 1938.

²¹ FRIEDMAN, Richard. Switching Time and other Thought Experiment, pág. 1945.

motivo não foi a pressão política, mas a própria modernidade que alterou o pensamento jurídico. A revolução foi interpretativa.²²

O que não invalida a influência dos aspectos externos. A própria alteração do discurso da Suprema Corte pela posse de novos Justices, como ocorreu com a entrada de Hughes, Roberts e Cardozo, é uma prova deste diálogo. De fato, a transformação foi consequência das alterações dos Justices.

Para Roosevelt, mesmo não tendo conseguido o “pacote da Corte”, a duração de seus três mandatos permitiu que indicasse sete Justices, todos obviamente de orientação pró-New Deal: Hugo Black (1937), Stanley Reed (1938), Felix Frankfurter e William O. Douglas (1939), Frank Murphy (1940), James F. Byrnes (1941) e, no lugar de Hughes, o novo Chief Justice Harlan Fiske Stone. Foi só a partir daí que o perfil da nova Corte pode ser consolidado.

3. ENTENDENDO A TRANSFORMAÇÃO: as contribuições de Bruce Ackerman.

O risco de entender a mudança da Suprema Corte em termos políticos, e acusar os “conservadores atrasados” e saudar os “liberais progressivos” é fazer a história dos vencedores.²³ Como explica Ackerman, a historiografia tem marginalizado a Corte *Lochner*, com o intuito de justificar a formação estatal pós New Deal. Refere-se a “era negra” do século XIX, em contraposição a “redescoberta” dos valores originais efetivada pelo New Deal.

Essa visão é problemática quando é aplicada ao Direito. Ao ignorar o contexto da Corte pré-New Deal, como fosse algo ultrapassado, “o fantasma do caso *Lochner*” retorna, limitando as escolhas ou a referendar o governo ativista ou a recusá-lo. Isso significa que algumas transformações não foram bem compreendidas. Daí a dificuldade de lidar com estas mudanças hoje em dia, integrando os seus princípios na compreensão da Constituição.²⁴

²² KALMAN, Laura. *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, pag. 14.

²³ KALMAN, Laura. *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, pag. 14. ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 90.

²⁴ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 90 e 123.

A discussão sobre o ativismo da Corte Americana não é recente, apesar de ter se intensificado nos últimos anos. Mas as mesmas chaves conceituais – ativista x não ativista, liberal x conservador – foram utilizadas por correntes doutrinárias diversas para enquadrar posturas também bastante diversas. A Corte Hughes foi nomeada liberal face a Corte anterior, (positivamente) conservadora quando aceitou o New Deal e, contraditoriamente, foi a inspiração da Corte reconhecidamente ativista do Justice Warren – como se verá a seguir. A Corte de Willian Rehnquist, composta por nomeados do Presidente Reagan, iniciou seu termo afirmando a superação de um modelo ativista da Corte Warren, em favor de um “conservadorismo democrático” para, algum tempo depois, ser acusada de ativista por autores como Jeremy Waldron e Mark Tushnet.²⁵

Ou seja, talvez estas chaves conceituais não sejam tão esclarecedoras da teoria e prática constitucional americana e, em alguma medida, da brasileira. Isso dito não porque o constitucionalismo brasileiro é equivalente ao americano, mas porque exerce influência significativa, tanto nos marcos doutrinários, como no formato da Corte Suprema. A título de exemplo, vide as reflexões sobre a Jurisdição Constitucional, marcadas pelo “controle difuso x controle concentrado”. Ainda, uma compreensão do pano de fundo em que discutem os autores norte-americanos pode, em comparação com uma historiografia brasileira, medir a adequação destas teorias, que já são amplamente utilizadas no Brasil.

A sugestão de Ackerman é entender o New Deal como um momento de transformação significativa da Constituição, através da análise (i) da atuação da Suprema Corte na síntese dos princípios da fundação americana, república intermediária e New Deal, e (ii) do fortalecimento do presidencialismo e transformação da separação dos poderes.

(i)

Segundo Ackerman, a República Americana pode ser dividida em três fases: a Fundação, a República Intermediária e a República Moderna. A República intermediária – pós Guerra Civil – foi marcada por uma transformação na centralização e na idéia de direitos individuais. Foi o surgimento do partido Republicano, que afirmava a proteção

²⁵ KALMAN, Laura. *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, pag. 8.

nacional destes direitos, modificando o entendimento mais descentralizador da Fundação.

Em primeiro lugar, a nova importância dos direitos individuais possibilitou a consolidação da *judicial review*: “essa transição problemática, rapidamente legitimou a penetração sem precedentes dos tribunais federais em áreas nas quais os Estados já tinham sido liberados para decidir” com autonomia.²⁶ A *judicial review*, ao contrário do que se imagina, não teria sido uma característica da Fundação inicial, ou mesmo evolução natural do projeto. Foi transformação, que teve impacto significativo. Sendo transição problemática, permaneceram as duas correntes no discurso jurídico: uma federalista (descentralizadora, voluntarista e tolerante da escravidão) e outra republicana (com tutela igualitária das leis).

A difícil tarefa de integração entre os princípios da Fundação e o novo momento foi realizada pela Suprema Corte no decorrer do século XIX. *Lochner* foi apenas o resultado deste processo. Para compatibilizar proteção nacional e voluntarismo, o domínio escolhido foi o do contrato: “interpretada em termos jurídicos baseados na propriedade e vínculo contratual (...) estabelecia que os negros não seriam mais tratados como propriedade; (...) eles poderiam também negociar livremente a sua força de trabalho”.²⁷

A liberdade contratual estabeleceu a síntese entre a Fundação e a Reconstrução. Interpretar *Lochner* de 1909 como se fosse 1937, e demonizar a proteção das cláusulas do contrato, é perder de vista esse processo. Em 1909, ainda não se falava de crise do livre mercado, que pudesse justificar a superação de um elemento fundamental na teoria constitucional.

Com a crise econômica, a base da liberdade contratual perdeu firmeza. Mas foi somente com a pressão política e o retorno de Roosevelt, reeleito com um consolidado apoio popular, que ficou selado o fim da era. Mais do que o “pacote da Corte”, para Ackerman, foi a reeleição de Franklin D. Roosevelt que teria afirmado a

²⁶ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 113.

²⁷ “Por um lado, o governo nacional emergiu como o fiador do direito de todos os cidadãos sobre a posse de seu próprio trabalho e de sua propriedade, sendo protegidos contra a escravidão política dos Estados. Por outro, o governo nacional se caracterizou como instância política com poderes limitados, sem autoridade plenária para impedir que os Estados-membros fossem os legisladores primários da vida econômica.” ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 139-143.

transformação da vontade popular majoritária. Uma confirmação de uma nova vontade popular, por meio de vitória eleitoral, tal como teria acontecido com Jefferson e Marshall, nos anos que se seguiram à Fundação.

O que colocar no lugar da liberdade contratual não foi algo resolvido instantaneamente, nos casos de 1937. Mas requereu um desenvolvimento do discurso jurídico nos anos seguintes. Uma possível explicação é diferença de atuação entre os dois campos: a transformação política e a transformação jurídica ocorreram em velocidades diferentes. O Direito, marcado pelo Common Law, precisou articular uma nova síntese com os princípios fundamentais. Algo que poderia ser chamado de “integração”.

Continua Ackerman: “a demonstração inicial de apoio popular apenas deu a autoridade para posicionar suas propostas constitucionais no expediente político para detalhada averiguação. Levaria anos até que (...) pudessem constatar que o povo havia feito um julgamento sensato”²⁸. Ao recusar as cláusulas de devido processo substantivo, comerciais e contratuais, a Corte passou a formular os princípios que integrariam as transformações do New Deal com o legado constitucional.

Esse movimento ajuda a explicar a hesitação das decisões de Hughes e Roberts antes e durante 37, sem cair em um simplismo internalista x externalista. Pois o que não é possível é considerar a atitude da Corte no New Deal como perda de poder frente a um Executivo fortalecido.

Trata-se de um arranjo mais complexo que o binômio “recuo frente a um poder x autonomia do Direito” e que permanece influenciando a atuação da Suprema Corte até os dias de hoje. Um arranjo que permitiu uma atuação significativa da Suprema Corte. Isso tanto aonde ela aparentemente recuou, a dizer, na definição da nova liberdade contratual, já que a consolidação da mudança foi feita não por meio de emendas à Constituição - como seria de se esperar pelos argumentos sobre o caráter não democrático do Poder Judiciário, em voga na época -, mas por meio de decisões judiciais. Como em uma área normalmente esquecida nos estudos históricos sobre o New Deal, mas que, na visão de Ackerman, é reveladora do significado da transformação operado no Direito: a proteção dos direitos civis.

²⁸ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 186.

A Corte de Hughes tomou importantes decisões em matéria criminal, antes e depois da crise com o Poder Executivo. Já em 1931, o caso *Stromberg v. California* declarou inconstitucional lei que criminalizava o uso de bandeiras vermelhas por sindicalistas. Além de afirmar que o *free speech* está contido na 14 Emenda, a decisão teve o efeito simbólico de proteger a organização dos trabalhadores.²⁹ Em *Nixon v. Condon* (1932), a Corte anulou decisão que barrava a candidatura de negros nas “eleições primárias”.

Mas talvez a mais relevante tenha sido *Powell v. Alabama* (1932), com a delimitação da perseguição penal: invalidou processo por falta de acompanhamento de advogado competente. Essa decisão teve grande repercussão, de modo que a corte passou a ser conhecida como “Corte Liberal”.³⁰

Essa postura marca um “ativismo” da Suprema Corte, para além do “recuo” normalmente falado. Esse “ativismo” esteve também presente após 1937. Como mostra Waltman, as decisões pró-trabalhadores da déc. de 40 revelam a clara intenção da Suprema Corte de participar ativamente das definições econômico-comerciais da Nação, e não de simplesmente deixar a cargo do “democrático Poder Executivo”.³¹ A própria importância dada por Roosevelt às decisões da Suprema Corte mostra o papel privilegiado que teve o Judiciário.

Mas é no campo dos direitos civis que se pode compreender com clareza a nova postura. Para Ackerman, é aqui que se formou a síntese dos novos e velhos princípios, antes feita pela liberdade contratual:

“entendemos que a ênfase contemporânea no processo criminal fez parte de um processo por meio do qual os tribunais preencheram a ‘lacuna constitucional’ deixada pela falência dos princípios da propriedade privada e da livre negociação”.³²

²⁹ FRIEDMAN, Richard. Switching Time and other Thought Experiment, pág. 1910.

³⁰ FRIEDMAN, Richard. Switching Time and other Thought Experiment, pág. 1913.

³¹ WALTMAN, Jerold. *Supreme Court Activism in Economic Policy in the Waning Days of the New Deal*, pág.20.

³² ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 171.

Síntese porque, contrariamente a explicação internalista, os Justices participavam do cotidiano político – caso contrário não teriam sido indicados –, mas também contra a externalista, a Corte não teria se contentado com a reformulação completa da Constituição. Permitiu à Corte “redirecionar, mas não recusar as reflexões da República intermediária”.³³

O Bill of Rights passou a ser entendido como uma lista de “proibições específicas”. Ao invés de ser lido como uma norma uniforme, as previsões constantes em seu texto passaram a ser lidas como determinações individuais. Assim os tribunais poderiam deixar de lado as previsões sobre a liberdade contratual e focar outros preceitos, como aqueles referentes aos direitos civis. O que era um fundamento geral – a liberdade contratual – passou a ser entendido como uma das provisões, e sistematicamente deixada de lado.

Ainda, permitia diluir a síntese. Os Tribunais não precisariam adotar uma concepção contra ou pró New Deal de uma vez. Mas poderiam analisar caso a caso, em relação a um preceito constitucional por vez. O que poupou um choque frontal com o Poder político.

Uma das consequências da nova postura foi o fortalecimento da liberdade religiosa e liberdade de expressão. Com a prevalência da liberdade comercial, mesmo as prerrogativas do *free speech* eram tratadas em termos comerciais. Mas como se viu em *Stromberg v. California*, o preceito liberdade de expressão ressurgiu desligado do contrato. Passou a ser relevante nas decisões dos Tribunais.

Ainda, para Ackerman, ao alterar o sentido do público-privado, a Corte passou a focar outro aspecto da cidadania: substituiu a proteção da propriedade privada pela da democracia. Como explica o autor:

“Já que os políticos se tornaram figuras igualmente importantes, o seu significado havia sido amplamente desenvolvido dentro do novo Estado ativista moderno. (...) Se indivíduos ou grupos desejassem proteger e defender seus interesses, precisariam, necessariamente, participar ativamente da vida política da nação. Diante disso, não seria importante questionar se a política moderna estava realmente estruturada (...)?”.³⁴

³³ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 159 e 176.

³⁴ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 177

Ou seja, quando o governo assumiu uma postura ativa, ficou claro que a proteção dos direitos passaria pelo ingresso no próprio governo. Isso começou a ser delineado pela Suprema Corte já em *United States v. Carolene* (1938):

“a súmula não menciona a visão da República intermediária sobre a proteção igualitária – que garante a qualquer pessoa direitos iguais à posse da propriedade privada. Em vez disso, propõe uma nova ramificação da vida social como centro da preocupação isonômica. Essa ramificação é a estrutura política”.³⁵

Para Ackerman, estas transformações teriam aberto caminho para a Corte Warren (1953 – 1969), e as suas decisões consideradas ativistas na proteção dos direitos civis – *Brown v. Board of Education*. Aí, as mudanças causadas pelo New Deal já estariam mais consolidadas, e esse novo fundamento mais acessível. O autor afirma que *Brown* foi menos progressiva do que se imagina, e que revela a importância do Presidencialismo no período pós New Deal – já que as medidas só foram implantadas após a intervenção da presidência. Mas por ora basta a compreensão de que a superação da doutrina do “separado, mas iguais” na educação só foi possível pelo novo papel “ativista” do governo e pelo novo fundamento do direito constitucional.³⁶

(ii)

A contraditória influência da Corte do New Deal também foi sentida no período Reagan, o que revela uma segunda transformação, a dizer no presidencialismo e separação dos poderes. O New Deal consolidou a centralidade do Poder Executivo e, em especial, o Presidente da República. Isso teve consequências significativas para o Direito e a teoria da separação dos poderes. Compreender o constitucionalismo do séc. XX (pós- New Deal), tanto nos Estados Unidos como nos países influenciados por suas teorias jurídicas é também compreender o novo arranjo entre os poderes. (Note-se, entretanto, que para além da história americana ocorreu uma transformação dos Estados ocidentais em geral, em função, principalmente, das Grandes Guerras e do surgimento

³⁵ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 177.

³⁶ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 205.

do Estado de Bem Estar Social. A própria consolidação do New Deal é fruto deste momento. O que não invalida, por sua vez, a análise das suas contribuições específicas para o constitucionalismo).

Como revela a relação entre o período Reagan e o New Deal, algo desta transformação da separação dos poderes é reproduzida nas práticas, ainda que não explícita no discurso jurídico. Permanece, “assombrando”:

“em vez de vencer a luta para revisar as bases do Estado de Bem-estar social, o governo republicano de Reagan apenas conseguiu confirmar a vitalidade dos precedentes de criação da lei suprema, criados pelo governo democrata de Roosevelt”.³⁷

A mesma contradição pode ser sentida na Suprema Corte. Kalman observa que o “conservadorismo” das gerações seguintes, que aplaudiram o recuo da Corte do New Deal, se tornava ele próprio ativismo judicial. Em 1992, a Suprema Corte julgou o caso *Planet Parenthood v. Casey*, confirmando o precedente *Roe v. Wade*:

“Justices (...) addressed the lessons of 1937. (...) All the Reagan-Bush appointees had obviously thought about the constitutional revolution of 1937 and concluded that Court had changed direction because of political pressure and to save itself as an institution. And all seemed emphatically grateful that their New Deal predecessors had “switched””.³⁸

A Corte dos indicados por Reagan, ao apoiar um recuo da Suprema Corte frente ao governo – e assim, assumir uma postura conservadora -, acabou por reconhecer uma postura política do judiciário.

A consequência disso foi sentida algum tempo depois em *U.S. v Lopez* (1995), quando a Corte surpreendeu ao invalidar o *Gun-free Schools Zone Act*, sob o argumento de que o Congresso teria excedido o seu poder de legislar sob a *Commerce Clause*. A mesma cláusula de liberdade contratual que havia sido afastada pela Corte Hughes, em favor de novos fundamentos de cidadania.

³⁷ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 69.

³⁸ KALMAN, Laura. *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, pag. 7.

Nos anos seguintes, a Suprema Corte invalidou mais 23 leis, mais do que qualquer outra Corte anterior em um período semelhante.³⁹

Ou seja, algumas semelhanças passaram despercebidas. Para Ackerman, seria a reprodução dos *precedentes de criação da lei suprema*. Um modelo de criação de normas constitucionais que se pauta pelo fortalecimento tanto do Presidencialismo, como do papel da Suprema Corte – e não do Parlamento – em efetivar as transformações.

“os republicanos [do governo Reagan] não repeliram o New Deal por meio de campanhas vigorosas para a criação de emendas constitucionais formais (...). Ao invés disso, exatamente como os democratas do New Deal, utilizaram a Presidência como foco institucional para forçar o povo a rever sua identidade constitucional”.

“E, assim como no New Deal, se utilizou das indicações para a Suprema Corte para eternizar as mudanças constitucionais”.⁴⁰

Como continua Ackerman, por mais que esforços de fortalecimento tenham sido feitos antes, apenas com Roosevelt foi possível consolidar o papel de chefe central da política. Isso ocorreu durante os três mandatos de Franklin Dellano Roosevelt, por vários motivos: princípios centralizadores, personalidade de FDR, as políticas do New Deal, a criação de uma burocracia estatal e a entrada dos Estados Unidos na Segunda Guerra.⁴¹ A partir daí, a liderança presidencial passou a integrar e pautar o processo de criação legislativa e criação da norma constitucional.

Para Ackerman, isso terio ficado claro, por exemplo, no caso *Brown*. Apesar de ter sido a Suprema Corte a tomar a dianteira, “até que o movimento de luta pelos direitos civis conquistasse o apoio da presidência, o status final do estatuto *Brown* permaneceu em xeque”.⁴²

³⁹ KALMAN, Laura. *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, pag. 8. Uma “contra-revolução” teria ficado ainda mais explícita quando alguns juízes passaram a falar em recuperar a “Constituição no Exílio” – exílio desde que a Corte do New Deal legitimou a atuação interventiva do Estado. Contra esse movimento surgiram autores como Mark Tushnet, questionando o papel ativista da Suprema Corte para a conquista de Direitos.

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pág. 70.

⁴¹ PARRISH, Michael. *Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, pág 735.

⁴² ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pág. 151.

O fim das cláusulas comerciais e devido processo substantivo, durante o New Deal, permitiu aos Poderes Legislativo e Executivo nacional – e, estadual⁴³ – adentrar na área antes fechada da regulação. Mas este acesso privilegiou o Presidencialismo. As novas burocracias e aparatos militares liderados pela presidência implicaram a criação de leis específicas, antes difusamente elaboradas pelo Legislativo.⁴⁴ As diversas agências, criadas ou fortalecidas, estavam mais ligadas ao Presidente que ao Congresso.

Uma crença da época favoreceu o novo formato, a dizer “a técnica e a neutralidade do administrador”: “the enduring legacy of the period is the insulated administrator, immersed in a particular area of expertise, equipped with broad discretion (...)”.⁴⁵ Crença esta que ainda influencia as regulações da Administração Pública – vide, por exemplo, estudos sobre Agências Reguladoras e sua autonomia. A “neutralidade do administrador” possibilitou a centralização, para além dos jogos políticos que seriam a marca do Poder Legislativo. A descentralização característica da atuação parlamentar virou sinônimo de ineficiência e interesses privados.⁴⁶

Associado com outra crença, a da incapacidade da teoria dos freios e contrapesos de lidar com o problema da inação. A teoria de Madison se preocupava com a tirania dos poderes, com as ações contra os cidadãos, e para isso construiu um mecanismo que se protege destas ações. Mas, de acordo com a visão do New Deal, seria incapaz de lidar com a inação dos poderes. Uma nova estrutura parecia necessária: “reformers believed (...) a system of more unified powers was necessary in order to allow for dramatic and frequent governmental action”.⁴⁷

Para Sunstein, esse é um dos pontos que precisa ser revisto sobre a herança do New Deal. Inspirado por estas crenças, o projeto do New Deal falhou ao incorporar o comprometimento dos pais fundadores com os “checks and balances” entre os poderes. É, para o autor, a origem dos fracassos da atual administração regulatória.⁴⁸

⁴³ GARDBAUM, Stephen. *New Deal Constitutionalism and the Unshackling of the States*, pag. 495

⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pág. 148.

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*, pág. 441.

⁴⁶ SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*, pág. 441.

⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*, pág. 440.

⁴⁸ SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*, pág. 421.

Isso porque o legado de Madison não seria a separação dos poderes, propriamente dita, mas um complexo sistema de freios e contrapesos, que não está necessariamente vinculado à inação. A melhor interpretação do princípio não seria a que coloca limites objetivos de conteúdo a priori, mas a que estabelece diálogos institucionais inspirados pelo controle da arbitrariedade – o que não acontece se a um Poder for concedido o privilégio a ação e a outro a inação. Esse legado, para o autor, precisa ainda ser incorporado de modo adequado, com o fortalecimento do controle simultâneo.⁴⁹

De toda forma, o mecanismo de relação entre os poderes a partir do New Deal não é tão simples. Se fortaleceu o presidencialismo, também marcou a posição central da Suprema Corte. Foi aqui, inclusive, que a utilização de indicações para a Suprema Corte se consolidou como mecanismo de transformação constitucional. (Trata-se da outra semelhança dos governos Reagan e Roosevelt, apontada por Ackerman).

Este mecanismo remonta aos primeiros anos da República, com a transformação da Corte de Marshall pelas indicações de Justices posteriores a *Marbury v Madison*: “though a formal amendment was going nowhere, the mortality tables began to provide Jefferson a new opening for his constitutional ambitions. First to go was [Justice] Moore (...) giving chance to change the Court’s direction”.⁵⁰

E foi elaborado mais concretamente a partir da República intermediária:

“no mesmo momento que os republicanos da reconstrução abriram um novo campo na utilização da separação dos poderes como mecanismo principal de revisão constitucional, eles também formalizaram suas reformas em instrumentos legais que sustentaram a aparência superficial das ‘emendas constitucionais’”.⁵¹

Cabe dizer que isto é uma consequência da dificuldade de aprovação de emendas constitucionais no direito norte-americano. Para alteração formal da Constituição é necessário um amplo consenso: iniciativa de dois terços do Congresso ou a pedido de 33

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*, pág. 429.

⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*, pág.229.

⁵¹ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*, pág. 70.

dos 50 Estados, e ratificação por 38 Estados para entrada em vigor. Isso provocou a criação de formas alternativas de adaptação da Constituição, a dizer a transformação do seu sentido pela Suprema Corte.

Entretanto, para Ackerman, a *definição* do mecanismo de controle presidencial destas alterações pelo perfil dos nomeados para a Suprema Corte só foi feita com Roosevelt. Vê-se que Hoover indicou três Justices de perfis diferentes – Hughes, Roberts e Cardozo –, o que dificilmente ocorreria hoje em dia.

E esse mecanismo, para o autor, deve ser refletido e não meramente reproduzido. Por um lado, a própria judicial review não é contrária aos princípios democráticos, mas possibilita o seu aperfeiçoamento. Por outro, a transformação pela nomeação de Justices por um presidente pode trazer consequências indesejáveis, “desvirtuando (...) por presidentes titulares de mandatos equivocados com pretensões a transformações fundamentais”, “sem a evidência institucional persuasiva de que a maioria mobilizada do povo tenha endossado essa mudança”.⁵² Outros instrumentos, como o referendo, poderiam ser mais utilizados para complementar o mecanismo: “se adequadamente estruturado, ele pode servir como um catalizador do amplo debate popular, essencial para a legitimidade democrática das iniciativas constitucionais”.⁵³

Independente da sugestão do referendo, o que se observa é a complexa articulação entre os poderes. A simples nomeação de Justices não reproduz a opinião do presidente, como se pode ver nas Cortes pós-New Deal e na síntese dos novos e velhos princípios. Absorve um perfil genérico, mas entra em tensão em diversos momentos – como o entendido pela teoria dos pesos e contrapesos. Uma articulação mais complexa, recusando a idéia de separação, e enfocando o controle simultâneo, como pretende Sunstein, parece um caminho mais adequado.

⁵² ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 73.

⁵³ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano, pág. 73.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do Direitos Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *The Constitutional Moment That Wasn't*: We seem to have avoided a historic Supreme Court revolution - for now. Disponível em <<http://www.prospect.org/cs/articles?articleId=10335>>. Acesso em 20/07/2010.

_____. *The failure of the Founding Fathers*: Jefferson, Marshall and the rise of the Presidential Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____. *Neo-federalism?* In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FRIEDMAN, Richard. *Switching Time and other Thought Experiment*. University of Chicado Law Review, Chicago, v.64, p.483-566, 1997.

LEUCHTENBURG, Willian E.. *The Supreme Court Reborn*: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt. Oxford: Oxford University Press, 1995.

KALMAN, Laura. The Constitution, the Supreme Court and the New Deal. *The American Historical Review*, v.110, Issue 4. <<http://www.historycooperative.org/journals/ahr/110.4/kalman.html>> Acesso: 17/07/10.

PARRISH, Michael. *Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*. The New Deal Symposium. *Washington Law Review*, v.59, p.723-750, 1984.

SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*. *Harvard Law Review*, v.101, pág.421-510, 1987-88.

WALTMAN, Jerold. *Supreme Court Activism in Economic Policy in the Waning Days of the New Deal*: Interpreting the Fair Labor Standards Act, 1941–1946. *Journal of Supreme Corte History*, v. 31-1, p. 58-80, 2008.

WHITE, Edward G. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.