



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 60

240

outubro a dezembro de 2023

SENADO FEDERAL



O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA

Algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional

ANDRE BUENO DA SILVEIRA
DANIEL FALCÃO

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar o New Deal – conjunto de políticas implantadas nos EUA nas décadas de 1930 e 1940 pelo governo de Franklin Roosevelt – e, com base na revolução constitucional representada pelo New Deal, extrair lições aplicáveis ao Poder Judiciário brasileiro. O New Deal conheceu dois momentos marcados pelo conflito entre a Suprema Corte de um lado e a Presidência e o Congresso de outro. Apresenta-se o primeiro New Deal e a resistência da Corte a ele. Explica-se a resposta de Roosevelt, que lança o segundo New Deal, e a contrarreação dos seus defensores na Corte. Por fim, analisa-se a virada no tempo e a consolidação do New Deal na Suprema Corte.

Palavras-chave: New Deal; Poder Judiciário; intervenção do Estado na economia.

The conflict between the New Deal and the Judiciary in the USA: some Lessons on Constitutional Revolution, Political Instability, and Institutional Stability

Abstract: The purpose of this article is to analyze the New Deal – a series of programs implemented in the USA under Franklin Roosevelt in the 1930s and 1940s – and, from this, draw lessons that can be applied to the current Brazilian Judiciary. The New Deal is divided into two distinct moments, marked by conflict, on one side, the US Supreme Court and, on the other side, the US Presidency and Congress. The First New Deal and the US Supreme Court's resistance to it are presented. Then, Roosevelt's responses with the Second New Deal and the New Deal's counter-reaction to the Supreme Court are explained. Finally, the article analyzes the switch in time and the consolidation of the New Deal in the US Supreme Court.

Recebido em 13/2/23
Aprovado em 29/5/23

Keywords: New Deal; Judiciary; government intervention in the economy.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é analisar o New Deal – uma série de políticas implantadas durante os mandatos de Franklin D. Roosevelt (1933-1945) – e, com base nessa revolução constitucional, extrair lições que podem suscitar mudanças no Poder Judiciário do Brasil.

O New Deal influenciou o Direito de vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Naquele período, havia grandes semelhanças entre os EUA e o Brasil do primeiro período Vargas (1930-1945), notadamente em razão do conflito entre liberalismo e corporativismo¹. Ainda hoje sua

¹ Segundo Bruce Ackerman em entrevista a Menezes (2022): “Então, em 1930, temos a revolução de Vargas. Por que ela aconteceu em 1930? Porque, em 1929, houve a Grande Depressão, que sobrecarregou – e isso precisa ser observado de vários pontos de vista – todos os sistemas constitucionais. Falando relativamente, comparado à França, Alemanha e Itália, a mudança foi fundamental, mas uma revolução em escala humana. Ela não repudiava 1930 e tudo que havia ocorrido antes disso. E de maneira bastante notável, foi uma revolução como o New Deal, nos Estados Unidos. Nesse sentido, um dos momentos sobre o qual os brasileiros – e norte-americanos interessados nessa relação – devem refletir foi a célebre visita de Franklin Delano Roosevelt [ao Brasil] e seu discurso em 27 de novembro de 1936, no qual ele diz: ‘Vargas e eu temos os mesmos objetivos’. É preciso lembrar que Roosevelt era profundamente deficiente, ele respirava com dificuldade e não podia andar, como você sabe. Ele nunca fez uma viagem de navio para fora dos Estados Unidos durante toda a sua doença [poliomielite], até esse ponto. Essa foi sua primeira viagem para fora dos Estados Unidos. Ele poderia ter ido para a Inglaterra... vários países queriam vê-lo e ele vai ao Brasil. Por quê? Porque Vargas e Roosevelt eram corporativistas. O New Deal exigia que as empresas negociassem com sindicatos. Se eles se recusassem a negociar e os sindicatos entrassem em greve, a greve duraria para sempre. Nada poderia ser feito para prejudicar o movimento. Isso é corporativismo – e eu adoraria que um estudante do Brasil viesse a Yale pesquisar os paralelos – e era algo bastante autoconsciente”. No mesmo sentido, Lopes (2000, p. 384-385): “Um debate jurídico exemplar marcará a era Vargas e mostrará o conflito entre duas concepções distintas de direito e do papel dos juristas. Seus protagonistas serão Waldemar Ferreira, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, e Oliveira Vianna, consultor jurídico do Ministério do Trabalho, também sociólogo e jurista, professor no Rio de Janeiro. Waldemar Ferreira coloca-se em defesa do liberalismo; Oliveira Vianna não vê possibilidade de alterar o Brasil senão pela via da intervenção do Estado. Mas não se trata da intervenção socializante: trata-se, sim, da intervenção corporativa. Oliveira Vianna examina a mudança dos rumos do Direito, tendo em vista as novas fontes, os novos ramos (especialmente o direito do trabalho) e os novos métodos. Crítica nos professores brasileiros a estreiteza de método e visão: ‘Dahi vem que não tivemos até agora nenhuma ‘construção’ propriamente nacional das nossas Constituições republicanas, nem a de 91, nem a de 34. Esta está ahi, novinha em folha; mas, já vae sendo rapidamente esvaziada do seu espírito moderno e renovador, progressivamente envolvida nas faixas apertadas de uma exegese de civilistas e comercialistas, francamente evoluindo para uma definitiva ‘mumificação’ jurisprudencial...’ (Vianna, 1938, 28-29). Enquanto era consultor do Ministério, Oliveira Vianna teve de enfrentar o deputado Waldemar Ferreira, cujo liberalismo não permitia aceitar uma justiça do trabalho e nem um direito do trabalho fora dos padrões do direito privado. [...] Os professores de direito tinham dificuldade de compreender os novos tempos e os novos institutos e rejeitavam o poder normativo da justiça do trabalho, como também a delegação de poderes ao executivo e às autarquias”. Como aponta Lopes (2000, p. 382): “Os anos 30 são

influência direta e imediata pode ser percebida, entre outros casos, na atuação das agências reguladoras. São nesse sentido, por exemplo, as decisões da Securities and Exchange Commission, uma referência para a regulamentação do mercado de capitais no mundo todo. Contudo, a influência do New Deal vai muito além das agências reguladoras. Discute-se hoje sobre a necessidade de um *green new deal* (Costa; Peres, 2021) e da aplicação de princípios do New Deal a *woke corporations*². No Brasil, em pleno século XXI, não raro ainda se cogita da *court-packing*³.

Um aspecto relevante do estudo do New Deal para o Brasil são as lições a serem aprendidas com os conflitos entre os Poderes previstos na Constituição. Os eventos durante o New Deal mostram como é possível

de transformação profunda. É o tempo do grande conflito entre socialismo, liberalismo e corporativismo. Os movimentos operários se ampliavam em toda parte. Na Europa o fim da Primeira Guerra Mundial foi marcado pelas revoluções na Rússia e na Alemanha em particular. [...] De outro lado, o capitalismo financeiro e a insuficiência das regras individualistas, privatistas e meramente contratuais dos códigos era evidente. Era preciso reorganizar o mercado. Keynes já escrevia sobre os limites do sistema de mercado e de suas regras financeiras. Assim é que no Brasil também os 30 são o resultado de muita insatisfação: com o sistema eleitoral, com o predomínio das oligarquias cafeeiras, com nossa posição no mercado internacional. São Paulo havia experimentado uma greve geral em 1917 e o movimento operário, a despeito da repressão e da expulsão dos estrangeiros que o lideravam, continuava ativo. Os tenentes promoviam rebeliões e revoluções, o Partido Comunista fora criado em 1922. Deu-se aqui também a discussão entre liberais, socialistas e corporativistas (Ferreira, 1993)².

² Nesse sentido: “Florida Gov. Ron DeSantis is seeking to bar financial intermediaries, such as banks, from discriminating against customers on the basis of their political, religious or social views. That’s a great idea – and an excellent reason for why he’s surging among Republicans nationwide. The concept is a sound one: Financial institutions are the bloodstream of private enterprise; a business or an individual cut off from them is economically helpless. Preventing banks and other financial entities from using their market power to force compliance with their views maintains everyone’s freedom. [...] People who worry that DeSantis’s proposal would infringe upon the freedoms of financial companies ignore how we already circumscribe corporate liberties to maintain individual freedoms. [...] One can even argue that this principle – that private economic power can be regulated to preserve individual freedom and autonomy – is at the heart of the modern state. The early economic regulations of the Progressive Era, such as minimum wage laws and the regulation of monopolies, were often opposed as infringements on the freedom of corporations and their owners. The New Deal’s extension of that principle is what gave rise to the modern regulatory-welfare state, and was vociferously opposed by groups such as the American Liberty League as unconstitutional infringements. Franklin D. Roosevelt [FDR] rejected their argument clearly in his fifth fireside chat. ‘The toes of some people are being stepped on and are going to be stepped on,’ he told Americans. But it was right, he said, to curtail liberty for ‘the comparative few’ whose improper exercise of that freedom was ‘harmful to the greater good.’ [...] DeSantis’s embrace of FDR’s principle is political gold because conservatives increasingly fear that ‘woke corporations’ are wielding their considerable power to deny them their core political freedom. The social reformers and labor advocates at the turn of the 20th century suffered from that era’s corporate establishment abuse of power, too, so they organized to curtail an employer’s power when they had the chance. That’s exactly what conservatives today want from their leaders” (Olsen, 2022).

³ Em entrevista pouco antes do segundo turno das eleições de 2022, o candidato derrotado Jair Bolsonaro afirmou: “Por falar em Judiciário, faz parte mesmo de seus planos aumentar o número de vagas no STF num futuro governo?” Já chegou essa proposta para mim e eu falei que só discuto depois das eleições. Eu acho que o Supremo exerce um ativismo judicial que é ruim para o Brasil todo. O próprio Alexandre de Moraes instaura, ignora Ministério Público, ouve, investiga e condena. Nós temos aqui uma pessoa dentro do Supremo que tem todos os sintomas [*sic*] de um ditador. Eu fico imaginando o Alexandre de Moraes na minha cadeira. Como é que estaria o Brasil hoje em dia?” (Lima, 2022).

manter a estabilidade institucional em períodos de forte instabilidade política.

Roosevelt foi a principal figura política do período do New Deal⁴. Teve de enfrentar um período histórico de grandes adversidades, que incluíram a Grande Depressão, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929, e a Segunda Guerra Mundial. Por isso, é preciso notar que algumas medidas propostas no período do New Deal, como o *court-packing*, foram defendidas por uma figura histórica com inequívoco compromisso com a democracia.

Porém, é possível questionar sobre o que poderia acontecer se fossem empreendidas – para fins antidemocráticos – medidas como o *court-packing* e a manipulação institucional consciente de uma corte constitucional por meio da mudança de composição dos membros para a obtenção de ganhos político-partidários, alguns de longo prazo⁵. A manipulação da composição de supremas cortes para se garantir a consolidação de regimes autoritários é uma ameaça real em muitos países⁶. Não raro, a última barreira de

⁴ Nesse sentido: “‘It’s such a dramatic story, a man in a wheelchair being the most powerful war leader in our country’s history,’ said Kovlar. ‘A man in a wheelchair beats Adolf Hitler, that’s not bad. A man in wheelchair overcomes the nation’s greatest economic disaster since the Civil War – such moving symbolism.’” (Tucker, 2001).

⁵ Considere-se o caso alemão: “The Basic Law referred no fewer than twenty times to the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). The document called for the Court’s creation, and endowed it with extraordinary powers. The Court would consider appeals from various *Bundestag* decisions dealing with electoral law and various *Bundesrat* decisions dealing with administrative matters. It would decide on the accuracy of parliamentary allegations that the federal president or judges of the ordinary courts had engaged in unconstitutional behavior. Within the Basic Law’s militant democracy, the court would determine to what extent persons who abused fundamental rights would forfeit those rights, and it would decide whether (on appeal from Parliament or the federal government) to ban allegedly anti-constitutional political parties. Most portentous of all, the Court would wield exclusive jurisdiction over all controversies arising between branches and levels of government, and all challenges to the constitutionality of state or federal law. The Court would police the boundaries of constitutional authority between the chambers of Parliament; between Parliament and the federal government; between the federation and the states; and between individual states. The Court’s constitutional jurisdiction would be exclusive; and its jurisdiction would be exclusively constitutional. [...] The framers established or anticipated two features of the Court’s jurisdiction that would profoundly shape the history of the Federal Republic. The first was the power of abstract judicial review (*Normenkontrolle*), by which the Court could – on appeal from a qualified parliamentary minority, the federal government, or a state government – review the constitutionality of federal legislation directly. This prerogative dispensed with an American-style ‘case or controversy’ requirement. In a very short time, it would give opposition parties a remarkable weapon in opposing majority initiatives. To this was later added the right of individual complaint, by which private citizens, having exhausted other legal remedies, could appeal to the Court to redress infringements of their constitutional rights. Such complaints, though subject to standing requirements, would give ordinary citizens access to the country’s supreme constitutional tribunal. In years to come, West German citizens filed individual complaints by the tens of thousands. The procedure would become a central source of the Court’s public trust and popular esteem. Taken together, these provisions amounted to a staggering conferral of judicial authority. Rarely in world history had a court wielded such wide competence. If the Basic Law exuded the aura of a full-fledged constitution, the Constitutional Court bore all the trappings of an authorized interpreter and enforcer. The Court would give teeth, it was thought, to the Basic Law’s most innovative provisions” (Collings, 2015, p. xxv-xxvi).

⁶ Durante a ditadura militar (1964-1985), o Ato Institucional (AI) nº 2/1965, mantido pela Constituição de 1967, aumentou de 11 para 16 ministros do Supremo Tribunal Federal

proteção da democracia é a atuação firme de um Poder Judiciário autônomo e independente⁷.

Em sentido mais estrito, *court-packing* refere-se à alteração do número de magistrados ou mesmo da estrutura de uma suprema corte para permitir a nomeação de ministros adicionais (Lawlor, 1986, p. 971). Frequentemente, no entanto, o termo é usado de forma mais ampla para referir-se a qualquer situação em que considerações de natureza política influenciem o processo de nomeação dos ministros de um tribunal (Lawlor, 1986, p. 971). Não se deve confundir a legítima discricionariedade política exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo no processo de nomeação de ministros de uma suprema corte com a efetiva manipulação desse processo para a mera obtenção de ganhos político-partidários. O termo *court-packing* utilizado aqui tem sentido mais restrito, ou seja, o de aumento ou redução no tamanho de uma suprema corte de forma a se alterar a frequência normal de nomeações (Lawlor, 1986, p. 971).

A contribuição que este artigo pode dar ao Direito brasileiro é apresentar um relato dos acontecimentos ocorridos na época do New Deal para mostrar as semelhanças com o período atual e como são necessárias mudanças institucionais, de forma a se proteger a democracia constitucional do Brasil. Mais precisamente, estudar o período do New Deal diz respeito à necessidade de mudanças no Poder Judiciário no Brasil. É necessário que o Poder Legislativo analise medidas como: i) o aprimoramento da forma

(STF), uma manobra que praticou o *court-packing* e que na época do New Deal se restringia a uma ameaça. Com base no AI nº 5/1968, foram aposentados três ministros. Posteriormente, o AI nº 6/1969 restabeleceu o número de 11 ministros; firmou-se que as vagas que surgissem não seriam preenchidas até que o novo número de ministros fosse alcançado.

⁷ Novamente, considere-se o caso da Alemanha: “The German word for ‘guardian’ in the statement just quoted is *Vormund*, a term used to designate the legal guardian of a minor child. But there is another German term, central to the Court’s history and self-understanding, which also translates as ‘guardian’: *Hüter*. In a 1952 manifesto the Court proclaimed itself *Hüter der Verfassung* – Guardian of the constitution. It was a redolent phrase. During the 1920s and 1930s German legal theorists fiercely debated who should stand as ‘guardian’ of the embattled Weimar constitution. ‘Who will protect the constitution against its enemies?’ was the pointed query of Carl Schmitt. Schmitt’s answer was the Reich President, along with the public administration – the civil service. Hans Kelsen, Schmitt’s most formidable antagonist, championed constitutional judicial review. In the short run, Schmitt seemed to prevail. In the long run, the cup went to Kelsen. As parliamentary governance in the Weimar Republic dwindled into chaos and instability, the Reich President – who enjoyed the prestige of plebiscitary appointment – ruled the land by emergency decree. Ultimately, as noted, it was Reich President von Hindenburg who invited the Nazis to assume power. This was the fateful precedent that led the Federal Republic’s founders to eschew plebiscites and weaken the presidency. On the other hand, the framers erected a powerful Constitutional Court to police the constitution’s boundaries and enforce its basic rights. [...] The observation that the Court had helped to democratize a pre-democratic political culture led, in the fullness of time, to a conviction that the Court was a constitutive element of the democratic political culture it helped create. The key to the Court’s success was the public’s embrace of the following syllogism: No democracy without fundamental rights (major premise); No fundamental rights without constitutional justice (minor premise); No democracy without the Constitutional Court (conclusion). This is the secret of the Court’s staggering popularity in the face of the obvious restraints it places on democratic self-governance and political freedom of action” (Collings, 2015, p. xxxv-xxxviii).

de escolha e nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF); por exemplo, a elaboração de listas sêxtuplas nos diversos setores da comunidade jurídica, para serem apreciadas pelos Poderes Executivo e Legislativo⁸, a fim de melhor considerarem a diversidade de pensamento na sociedade e na comunidade jurídica; ii) o estabelecimento de mandato para os ministros do STF – por exemplo, 10 anos, além de um período de quarentena⁹ (de 4 anos, por exemplo), de modo que ninguém se utilize do cargo para projetar-se politicamente para cargos eletivos¹⁰ – ou o estabelecimento de idade mínima mais elevada (por exemplo, 60 anos), que leve ao mesmo resultado prático do estabelecimento de mandato¹¹

⁸ Na Alemanha, por exemplo, a Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) tem 16 membros, metade escolhida pelo parlamento nacional alemão (Bundestag), órgão equivalente à Câmara dos Deputados no Brasil, e metade pelo órgão legislativo federal de representantes dos estados-membros (Bundesrat), equivalente ao Senado brasileiro. Nesse sentido: “The Court consists of two Senates, each of them with eight Justices. Currently, the President presides over the First Senate, the Vice-President over the Second Senate. Both Senates form Chambers with three members each. Each of the 16 Justices is assisted by four judicial clerks who have gained relevant professional experience at ordinary courts, public authorities, law firms or universities. Half of the 16 Justices of the Federal Constitutional Court are elected by the Bundestag, and half by the Bundesrat. The President and Vice-President of the Court are also elected, in turns, by the Bundestag and the Bundesrat. A two-thirds majority is required in both electoral bodies to ensure that the composition of the Senates is well-balanced. At least three members of each Senate must be elected from the supreme federal courts (Federal Court of Justice, Federal Administrative Court, Federal Finance Court, Federal Labour Court and Federal Social Court), so that the Federal Constitutional Court’s decisions can benefit from their broad judicial experience” (Structure, c2023). Na Suprema Corte do Japão, há 15 ministros escolhidos da seguinte forma: 6 juízes de carreira, 2 membros do Ministério Público, 4 advogados, 1 diplomata e 1 servidor público do gabinete do primeiro-ministro. Nesse sentido: “The Japanese Supreme Court has fifteen justices, not nine like the United States. The justices’ career backgrounds are respectively, six career judges (consisting of four who majored in civil cases and two who majored in criminal cases), two who have been prosecutors, four who have been practitioners, one diplomat, one professor from the law department of a university, and one administrative official (often the former head of Legislation Bureau of the Cabinet). The break-down just mentioned has undergone some changes in the past, but by and large the similar structure has been maintained since the inception of the Court. When one justice retires, the new candidate is nominated from the same group or profession as that from which the retiree was chosen from. And in the overwhelming number of cases, the candidate was appointed as the successor. This is due to the policy pronounced when the Court was established that, in order to substantiate the mission assigned to the new Court, not only the legal professions but other professions should be included to incorporate their wisdom” (Chikusa, 1999, p. 1.720).

⁹ Nos EUA tramita a denominada *Supreme Court Tenure Establishment and Retirement Modernization Act of 2022*, proposta legislativa que cria um mandato de 18 anos para os ministros da Corte, além de estabelecer uma regra de transição e regras de renovação periódica dos ministros (United States, 2022).

¹⁰ Os ministros da Bundesverfassungsgericht têm mandato de 12 anos, sem possibilidade de renovação desse período, e a aposentadoria compulsória ocorre aos 68 anos: “Anyone who is at least 40 years old and qualified to hold judicial office pursuant to the German Judiciary Act may be elected. A Justice’s term of office ends after twelve years or when the retirement age of 68 is reached. To ensure their independence, Justices may not be re-elected” (Structure, c2023).

¹¹ Embora não haja previsão de mandato na Suprema Corte do Japão, em regra os ministros permanecem por curto período de tempo, e há previsão de reavaliação da presença do ministro a cada 10 anos. Nesse sentido, Chikusa (1999, p. 1.721): “I do not think that there is any substantial difference between the United States and Japan in the professional independence and the fact that there is any substantial difference guarantee of tenure of the justices. In the case of the justices of the Japanese Supreme Court, however,

porque, por não serem eleitos, o seu tempo de permanência no cargo não pode ser excessivo; e iii) a forte restrição ao poder dos ministros do STF de proferir decisões monocráticas – por exemplo, com a previsão de que a decisão monocrática seja encaminhada automaticamente a julgamento virtual, com necessidade de confirmação pela maioria dos ministros, e de que, após o prazo de vista dos autos com um ministro do STF, o processo volte à pauta automaticamente, medida já parcialmente implementada pela própria Corte¹².

the retirement age is fixed at seventy (in the case of judges in general, sixty-five, and in the case of the judges in the summary court, seventy). Since the justices are appointed at the age of more than sixty, the tenure is almost always less than ten years, and frequently less than five years. Apart from the merit that it refreshes the Court, one can not deny the clerical tiresomeness of always having to handle the retirement of someone among as many as fifteen. The Cabinet appoints justices (with the exception of the appointment of the Chief Justice whose appointment is made by the Emperor upon the designation made by the Cabinet) and the Emperor acknowledges the appointment. The judges may not be dismissed except through the judgment of impeachment, unless he or she is ruled as incapable of fulfilling his or her mission due to physical or mental health defects. The judges may be subject to disciplinary actions by the court on the basis of the Law of Professional Careers of Judges. Additionally, the appointment of justices must be submitted to a national vote at the time of the election of the members of the House of Representatives to be conducted for the first time of the appointment of a justice and subsequently at 10-year intervals. If a majority of votes is for the dismissal of a particular justice, the justice in question is dismissed. This has, however, never happened”.

¹² Conforme a Emenda Regimental nº 58, de 19/12/2022: “Art. 1º Os dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 21. [...] IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos de competência respectiva, medidas cautelares de natureza cível ou penal necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual. [...] § 5º A medida cautelar concedida nos termos do inciso V produzirá efeitos imediatos e será automaticamente inserida na pauta da sessão virtual subsequente, para julgamento do referendo pelo colegiado competente. § 6º Na hipótese do parágrafo anterior, o Ministro Relator poderá optar por apresentar o feito em mesa na primeira sessão presencial subsequente à concessão da decisão, sem prejuízo de sua manutenção na sessão virtual, se não for analisado. § 7º Em caso de excepcional urgência, o Relator poderá solicitar ao Presidente a convocação de sessão virtual extraordinária, com prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) horas, para referendo da medida cautelar concedida nos termos do inciso V, consoante o disposto no art. 21-B, § 4º, deste Regimento. § 8º A medida de urgência prevista no inciso V deste artigo, caso resulte em prisão, será necessariamente submetida a referendo em ambiente presencial e, se mantida, reavaliada pelo Relator ou pelo Colegiado competente, a cada 90 (noventa) dias, nos termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, cabendo à Secretaria Judiciária realizar o acompanhamento dos prazos.’ Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. [...] § 5º Vencido o prazo previsto no *caput*, os autos estarão automaticamente liberados para a continuação do julgamento.’ Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 6 (seis) dias úteis, manifestação sobre a questão da repercussão geral.” (Brasil, 2023, p. 294-295). Segundo o art. 2º da Emenda Regimental nº 58/2022 do RISTF, “[a]s medidas de que trata o inciso IV do art. 21 que tiverem sido proferidas antes da entrada em vigor desta Emenda Regimental deverão ser submetidas ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo em até 90 (noventa) dias úteis. Parágrafo único. Aplica-se o mesmo prazo para a devolução dos processos com pedido de vista já formulado na data de publicação desta Emenda Regimental” (Brasil, 2023, p. 295). O STF aprovou as propostas de alterações e inclusões dos seguintes dispositivos ao Regimento Interno, relacionadas à matéria concernente ao reforço da colegialidade: 2.1. Por unanimidade, a inclusão dos §§ 5º, 6º, 7º e 9º (renumerado como 8º) ao art. 21 e do § 5º ao

Note-se que, algumas décadas após o New Deal, o Estado sofreu novas mudanças significativas de cunho liberalizante no governo de Ronald Reagan¹³, as quais precederam o surgimento da internet e das grandes empresas de tecnologia¹⁴.

2 Antecedentes históricos das técnicas jurídicas de transformação: reconstrução e New Deal

Em grande parte do século XIX e no início do século XX, a palavra *liberalismo* dizia respeito à crença na liberdade econômica e na atuação bem limitada do Estado (Brinkley, 1995, p. 8). Essa modalidade de liberalismo, denominada *laissez-faire*, é frequentemente descrita ainda hoje como um movimento ideologicamente conservador (Brinkley, 1995,

art. 134, e a alteração do *caput* dos arts. 134 e 324. 2.2. Por maioria, a alteração dos incisos IV e V do art. 21 do Regimento Interno do STF, vencido o ministro Nunes Marques, que registrou ressalva em seu voto.

¹³ A respeito da mudança de mentalidade ocorrida no governo de Ronald Reagan: “On November 20 he [Ronald Reagan] got into the game. At the National Press Club in Washington he declared that he was challenging Ford for the Republican nomination in 1976. ‘Our nation’s capital has become the seat of a buddy system that functions for its own benefits, increasingly insensitive to the needs of the American worker who supports it with his taxes,’ he said. ‘Today it is difficult to find leaders who are independent of the forces that have brought us our problems: the Congress, the bureaucracy, the lobbyists, big business, and big labor.’ The inclusion of big business in Reagan’s rogues’ gallery raised eyebrows among those who remembered him as a longtime front man for one of America’s biggest businesses, General Electric. He would soon abandon this aspect of his critique, finding in government ample targets for indignation. He called for swift and stringent cuts in federal spending. ‘We have no choice,’ he said. ‘This government must get back as quickly as possible to a balanced budget.’ Responding to questions whether his unmoderated embrace of conservatism risked a repeat of the Republican’s debacle with Goldwater in 1964, he asserted that Goldwater had simply been ahead of his time. ‘The only thing wrong in 1964 was that the voters of this country were still in something of a New Deal syndrome. They still believed that federal help was free and that federal programs did solve problems. Now the change has come, and the people no longer have to be convinced that the federal government is too big, too costly and hasn’t really solved any problems’” (Brands, 2015, p. 194).

¹⁴ Assim narra um biógrafo de Ronald Reagan: “In early January 1989, Reagan attended a fiftieth-anniversary celebration of the Franklin Roosevelt Presidential Library. More openly than ever, he drew the connection between himself and his political model. ‘Franklin Roosevelt aroused the interest of young men and women in politics and government and drew them into the national service,’ Reagan said. ‘From the brain trusters to the many idealists who staffed the agencies and bureaus of the New Deal, his magic brought thousands to Washington. But I can tell you from personal experience that it didn’t stop there. All across the nation, millions of new voters looked at this president who was filled with confidence in the future, faith in the people, and the joy of the democratic rough-and-tumble, and they said to themselves maybe someday they, too, would like to serve the nation in public life. I was one of those millions.’ Reagan had built a political career bashing what Roosevelt had created, but with his political career ending he acknowledged his debt to FDR. ‘Franklin Roosevelt was the first president I ever voted for, the first to serve in my lifetime that I regarded as a hero.’ Reagan told of seeing Roosevelt when the president visited Des Moines in 1936. ‘What a wave of affection and pride swept through that crowd, as he passed by in an open car – a familiar smile on his lips, jaunty and confident, drawing from us a reservoir of confidence and enthusiasm some of us had forgotten.’ Reagan recalled his own reaction, and his debt to Roosevelt. ‘It was that ebullience, that infectious optimism that made one young sportscaster think that maybe he should be more active as a citizen’” (Brands, 2015, p. 706).

p. 8). Porém, no início do século XIX o liberalismo *laissez-faire* representava um ataque ao conservadorismo enraizado na proteção da tradição e de hierarquias sociais rígidas (Brinkley, 1995, p. 8-9); vislumbrava uma sociedade fluida e mutável na qual o Estado não protegeria os padrões de riqueza e os privilégios, os cidadãos poderiam perseguir seus objetivos livremente e teriam condições de avançar de acordo com seus próprios méritos e realizações (Brinkley, 1995, p. 9).

Na prática, porém, o liberalismo *laissez-faire* não criou uma sociedade verdadeiramente justa e aberta (Brinkley, 1995, p. 9). Empresários condenavam a interferência do Estado quando restringia suas atividades, mas aceitavam e até exigiam ajuda do Estado quando esta lhes era útil. Os campeões do liberalismo *laissez-faire* também não estavam realmente interessados numa competição aberta por riqueza e poder (Brinkley, 1995, p. 9): fizeram *lobby* por proteção contra a concorrência estrangeira por meio de tributos, lutaram para escapar da competição doméstica criando *pools*, cartéis, *holdings* e *trustes*, beneficiaram-se muitas vezes da intervenção do Estado para se protegerem de questionamentos jurídicos de seus próprios trabalhadores (Brinkley, 1995, p. 9). Todavia, por mais inadequada que descrevesse a realidade social da época, a ideia de *liberal* tornou-se justificativa poderosa para um mundo capitalista em rápida expansão e para uma noção de liberdade individual que estava tornando-se cada vez mais flagrante (Brinkley, 1995, p. 9).

No início do século XX, surgiu uma forma concorrente de liberalismo – um liberalismo *reformista*, cético em relação à afirmação dos defensores do liberalismo *laissez-faire* de que um mercado sem restrições sociais e econômicas produziria uma sociedade justa e aberta (Brinkley, 1995, p. 9). Os defensores do liberalismo reformista (a maioria deles, a princípio,

tida como progressista) buscaram muitos objetivos diferentes, de forma que os historiadores às vezes tinham dificuldade de estabelecer uma definição minimamente precisa para o conceito de *progressismo* ou o de *reforma* (Brinkley, 1995, p. 9). Os liberais progressistas diferiam dos liberais *laissez-faire* pela sua crença na interconectividade (*interconnectedness*) da sociedade e, com isso, na necessidade de se protegerem as pessoas, as comunidades e o próprio Estado do poder empresarial abusivo, a necessidade de se garantir aos cidadãos um nível básico de subsistência e de dignidade, geralmente por meio de alguma forma de intervenção do Estado na economia (Brinkley, 1995, p. 9).

O New Deal nasceu dessa concepção diferente e conflitante de *reforma*, que tinha *liberalismo* agregada a ela, e que, ao mesmo tempo, procurava transformá-lo (Brinkley, 1995, p. 9). Os *new dealers* tinham pouco interesse em aspectos morais da reforma progressista. Em regra, evitavam questões raciais, étnicas, de família, de gênero e de comportamento pessoal, em parte porque temiam os conflitos culturais e políticos que essas questões haviam produzido na década de 1920 (e que causaram grandes prejuízos eleitorais ao Partido Democrata) e que muitos liberais vieram a interpretar como uma forma de irracionalidade popular (Brinkley, 1995, p. 9). Os defensores do New Deal também não estavam muito preocupados com uma reforma político-partidária. O governo Roosevelt raramente desafiou o poder de lideranças políticas e o de máquinas partidárias – em verdade, contribuiu para reforçá-los –, bem como nunca tratou o combate à corrupção como ponto central, diversamente do que fizeram as anteriores gerações de reformistas (Brinkley, 1995, p. 9-10). Contudo, o New Deal abrangia preocupações dos reformistas progressistas. Acima de tudo – o que não era nenhuma surpresa em meio à maior crise econômica da história dos EUA –, o New Deal

envolvia a convicção de que o Estado deveria ter papel ativo na economia (Brinkley, 1995, p. 10).

3 O New Deal

O programa institucional do New Deal compunha-se de três grandes críticas institucionais à estrutura constitucional do país (Sunstein, 1987, p. 423).

A primeira delas, substantiva em seu caráter, era a conclusão de um longo período de reflexão sobre o *common law* (Sunstein, 1987, p. 423). Os defensores do New Deal viam nele um mecanismo para isolar a distribuição de riqueza e de direitos da possibilidade de controle social. O catálogo de direitos do *common law* incluía uma excessiva proteção a direitos de propriedade e uma insuficiente proteção aos interesses dos pobres, dos idosos, dos desempregados (Sunstein, 1987, p. 423). Por isso, defendiam mudanças substanciais que levassem ao reconhecimento de novos interesses como direitos e à redistribuição de riqueza da sociedade (Sunstein, 1987, p. 423). De forma vista até mesmo como radical na época, Roosevelt clamou por uma “Segunda Declaração de Direitos” (“Second Bill of Rights”), disponível a todos, independentemente de posição social, raça ou religião, que incluía, entre outros aspectos: i) o direito a um trabalho útil e remunerado na indústria, no comércio, nas fazendas ou nas minas; ii) o direito de receber o suficiente para se proverem alimentação, vestuário e recreação adequados; iii) o direito de cada agricultor de plantar e colher seus produtos com um retorno que possibilitasse uma condição de vida digna para ele e sua família; iv) o direito de todo empresário, grande ou pequeno, de realizar negócios num ambiente livre de concorrência desleal e do domínio de monopólios, tanto no mercado interno quanto no externo; v) o direito de toda família a moradia

decente; vi) o direito a tratamento médico adequado e à oportunidade de desfrutar de boa saúde; vii) o direito a proteção adequada contra o desamparo econômico provocado pela idade, doenças, acidentes e desemprego; e viii) o direito a educação de qualidade (Sunstein, 1987, p. 423).

A segunda crítica institucional do New Deal dirigia-se ao modelo de Estado tripartite e ao sistema de freios e contrapesos. Os reformistas acreditavam em que a estrutura constitucional original dos EUA, assim como o *common law*, estavam intimamente associados à proteção da forma de distribuição de riqueza e de direitos então existente na sociedade (Sunstein, 1987, p. 424). Na opinião dos *new dealers*, o sistema estruturado com base em funções separadas impedia o Estado de reagir de forma suficientemente flexível e rápida para estabilizar a economia e proteger os mais vulneráveis de flutuações num mercado desregulado. Além disso, acreditavam que a distribuição de funções entre os três Poderes criava disputas políticas que privavam os agentes do Poder Executivo de fazer políticas regulatórias livres da pressão partidária (Sunstein, 1987, p. 424). Embora os ataques mais radicais ao modelo tripartite de Estado tenham falhado, a força política por trás deles pavimentou o caminho tanto para o fortalecimento da autoridade do presidente quanto para a ascensão do poder regulatório da administração pública (Sunstein, 1987, p. 424). As agências reguladoras – uma novidade em grande parte forjada durante o New Deal – ao mesmo tempo em que combinavam funções do Estado tradicionalmente separadas, permaneceram livres de controle direto do Congresso, do Poder Judiciário federal e, às vezes, até do presidente (Sunstein, 1987, p. 424-425). Com isso, a segunda crítica institucional do New Deal apontava para a necessidade de criar entidades menos oneradas pelo modelo de Estado tripartite. Essa ideia acompanhava o programa

legislativo proposto pelos *new dealers* (Sunstein, 1987, p. 425).

A terceira crítica institucional, por sua vez, produziu uma grande mudança na relação entre a União e os estados-membros (Sunstein, 1987, p. 425). A interdependência na economia, uma revelação central da Grande Depressão, tornou cada vez mais difícil para os reformistas da época acreditar que os estados-membros pudessem resolver os problemas sociais e econômicos da nação sem a ajuda do governo federal (Sunstein, 1987, p. 425). A competição entre eles, em alguns casos, produzia paralisia, e muitos problemas exigiam uma resposta nacional uniforme; não raro, pareciam ser arenas para disputas de caráter provinciano entre os grupos políticos (Sunstein, 1987, p. 425). Era difícil sustentar a crença, até então tradicional, de que a autodeterminação dos estados-membros poderia ser efetivamente obtida pela autonomia estadual. Nessas circunstâncias, era natural o anseio por um aumento expressivo no exercício do poder regulatório federal (Sunstein, 1987, p. 425).

Como consequência dessas três grandes críticas institucionais, a estrutura constitucional foi modificada significativamente (Sunstein, 1987, p. 425) ao provocar: i) o estabelecimento de uma concepção diferente de direitos, rejeitando o *common law* e as premissas do *status quo* para definir o que constitui ação ou omissão do Estado; ii) o surgimento de uma concepção muito diferente da Presidência e de um novo conjunto de atores administrativos; e iii) a rejeição de noções tradicionais do federalismo (Sunstein, 1987, p. 425).

3.1 O Primeiro New Deal

A primeira proposta de New Deal ocorreu em 1933 e 1934 e sofreu enorme resistência da Suprema Corte, que declarou inconstitucionais inúmeras leis promulgadas pelo Congresso no

período¹⁵. Ainda assim, algumas leis importantes dessa primeira fase foram efetivamente aprovadas e mantidas, como o *Securities Act of 1933*¹⁶.

A maior resistência ao Primeiro New Deal ocorreu em razão do *National Industrial Recovery Act* (Nira), fortemente marcado pela ideologia corporativista. O Nira propôs abolir o capitalismo de mercado nos EUA e substituí-lo por uma estrutura corporativista sob a liderança da Presidência (Ackerman, 1998, p. 286). De acordo com ele, cada setor da economia legislaria seu próprio código de vida econômica – e, não menos que os interesses do capital, seriam representados os da classe trabalhadora organizada (Ackerman, 1998, p. 286-287). Na medida em que cada código fosse aprovado pelo presidente, o Nira procuraria tornar a nova ordem corporativista – e não o livre mercado – a medida da justiça econômica (Ackerman, 1998, p. 287). Porém, Roosevelt não propôs que o Nira se tornasse imediatamente uma estrutura permanente do Estado. Despenderam-se dois anos nesse experimento social; após isso, o Nira estava previsto para expirar, salvo se a legislatura seguinte do Congresso aprovasse uma nova lei sobre o assunto (Ackerman, 1998, p. 287).

O Nira autorizava o presidente (normalmente a pedido de alguma associação) a

¹⁵ Segundo Gunther (2011, p. 380), “[i]n 1934, the Court sent its first warning signals to the New Deal: with Justice Roberts writing for the majority (in an opinion that prompted Frankfurter to call him an economic reactionary), it struck down a law regulating railway worker’s pensions, even though the railroad industry had been found the most readily regulatable in pre-New Deal decisions. Soon after, the Court challenged the administration directly by striking down more New Deal laws. The most sweeping ruling came in the Schechter case, holding the National Industrial Recovery Act unconstitutional. The act itself was flawed – it was the most loosely drafted product of the Hundred Days of 1933 – but the overtones of the opinions were ominous, and FDR promptly blasted the ruling as an effort by the justices to take the country back to ‘the horse and buggy days’”.

¹⁶ As leis que regulam o mercado de capitais norte-americano são consideradas uma das conquistas mais duradouras do New Deal. Ver Palmiter (2011, p. 19-21).

promulgar códigos de concorrência justa (*codes of fair competition*) para o comércio e a indústria (Gunther, 2011, p. 381). Centenas de códigos foram adotados, e logo apareceram nas janelas de empresas pelo país cartazes com o símbolo da águia azul da Administração Nacional de Recuperação (National Recovery Administration (NRA)), uma das agências criadas pelo New Deal. Um típico código de concorrência justa da NRA continha disposições sobre práticas desleais de comércio, salário mínimo e preços, limite máximo de jornada de trabalho, entre outras disposições decorrentes de convenções coletivas (Gunther, 2011, p. 381). Além de ter dado causa a diversos processos judiciais e buscado regular a indústria avícola na região metropolitana de Nova Iorque, esse código levou à condenação a empresa Schechter em razão da violação dos limites de jornada de trabalho e salários de seus empregados, bem como de outras disposições sobre práticas de comércio (Gunther, 2011, p. 381).

Embora tenha sido a proposta legislativa mais importante do Primeiro New Deal, outras iniciativas são minimizadas quando comparadas ao Nira (Ackerman, 1998, p. 288). Por exemplo: a autorização do Congresso a Roosevelt de abandonar o padrão-ouro e desvalorizar o dólar foi muito além do que fizeram Abraham Lincoln e o Congresso ao emitirem *greenbacks* (cédulas de papel-moeda verdes) durante a Guerra Civil (1861-1865) (Ackerman, 1998, p. 239-240, 288; Canova, 2009)¹⁷. Inicialmente, essa experiência com moeda fiduciária (*fiat money*) também havia sido considerada inconstitucional pela Corte (Ackerman, 1998, p. 288). Ademais, o Congresso aprovou a Autoridade do Vale do Tennessee (Tennessee Valley Authority) e deu origem a outra experiência nacional que chegou a ser acusada de “socialismo dissimulado” (Ackerman, 1998, p. 288)¹⁸.

3.2 A reação da Suprema Corte ao New Deal

Quando começaram os debates sobre a constitucionalidade do Nira, algo muito peculiar aconteceu. Os principais advogados do governo federal não

¹⁷ De acordo com Wahl (2010, p. 717-719), “Lincoln sprang into action. Often working behind the scenes, he used Secretary Chase and various members of Congress to conduct a radical overhaul of the nation’s financial system. The federal government issued some \$450 million in fiat money (known as greenbacks for the distinctive green ink on the reverse side), designated greenbacks and Treasury notes as legal tender, created a national banking system that required capitalization with Treasury bonds, and taxed state banknotes out of existence, leaving the field completely to federal currency. [...] The United States thus emerged from the War with a far different financial system than it had when conflict began. The nation boasted a uniform currency. It had conducted its first major experiment with fiat money. Perhaps most important, by binding the banks to federal borrowing via mandatory capitalization with Treasury obligations, it bound the bankers to the fortunes of the Union. But it also tied the federal government to the fortunes of the financial sector, which, as we know today, can have significant economy-wide effects”.

¹⁸ Dwight Eisenhower chamou a Tennessee Valley Authority de exemplo de *creeping socialism* (Eisenhower [...], 1953, p. 1).

disfarçaram os problemas envolvendo a constitucionalidade do Nira (Ackerman, 1998, p. 293)¹⁹.

Após um período de incerteza sobre qual seria sua reação, a resposta da Corte foi marcada por alto nível de agressividade (Ackerman, 1998, p. 295). Em 27/5/1935, os ministros anunciaram a sua decisão no caso *Schechter Poultry Corporation v. United States* (United States, 1935; Ackerman, 1998, p. 295). Com enorme rapidez, os ministros da Corte rejeitaram o Nira por unanimidade, com uma fundamentação que gerava implicações que transcendiam em muito o caso sob julgamento²⁰. A propósito, o presidente da Corte

¹⁹ Gunther (2011, p. 381-382) explica os argumentos sobre a inconstitucionalidade do Nira: “Two constitutional objections were raised in *Schechter*. The first was the ‘delegation’ issue: Did the act adequately channel the president’s discretion in promulgating codes of fair competition? Or had Congress, instead of legislating policy itself, granted too much unconfined authority to the president, thereby unconstitutionally delegating Congress’s legislative power to the executive branch? Hand and his colleagues had little difficulty rejecting this challenge. Hand pointed out in his pre-conference memorandum that the Court had long sustained broad delegations, as in the provision authorizing the Federal Trade Commission to delineate ‘unfair methods of competition.’ The far more troublesome issue in *Schechter* was the scope of congressional authority to regulate interstate commerce. Hand had no doubt that the trade practices were sufficiently connected with interstate business to be within the reach of national powers; it was the regulation of the hours and wages of employees in *Schechter*’s business that was the truly difficult problem. To deal with this issue in 1935, before the Supreme Court had expressed itself on the NIRA or any other major New Deal law, was a difficult task for a judge. The precedents were chaotic: one line of cases – dealing with the railway industry and stockyards, for example – had sustained national regulation of ‘local’ intrastate business in the interest of effective exercise of the authority over interstate commerce; another, far more restrictive line had indicated that the proper analysis did not look to economic relationships between intrastate and interstate commerce, but instead relied on logical connections, hinting that all traditionally ‘local’ activities – manufacturing, mining, agriculture, and presumably chicken slaughtering – were beyond congressional power, since any relation these activities had with interstate commerce was only ‘indirect’ rather than ‘direct’. How, then, was the *Schechter* dispute to be resolved?”

²⁰ Conforme explica Brinkley (1995, p. 18), “[t]hat the *Schechter* decision created such alarm in the administration was mildly ironic, for the NRA by 1935 was a woeful failure, even a political embarrassment; many liberals (including, it seems likely, Roosevelt himself) were quietly relieved to see it die. But the Court’s reasoning in the case, based on a very narrow interpretation of the Constitution’s interstate commerce clause, not only doomed the decrepit NRA but seemed to

Charles Evans Hughes mostrou-se fortemente contrário ao argumento de emergência econômica do governo federal (Brinkley, 1995, p. 18-19; Ackerman, 1998, p. 295).

A Corte identificou dois princípios tradicionais que exigiriam algum tipo de revisão popular se o presidente resolvesse prosseguir no caminho de tentar modificar a Constituição (Ackerman, 1998, p. 295). O primeiro princípio envolvia a estrutura do Estado (Ackerman, 1998, p. 295-296). Ao estabelecer o Nira, o Congresso havia delegado amplos poderes regulatórios a grupos empresariais e de trabalhadores que se reuniam para elaborar códigos de concorrência justa. Uma vez elaborados, tais códigos eram submetidos ao presidente, que detinha amplo poder discricionário para aprová-los ou não (Ackerman, 1998, p. 295). A Corte entendeu que esse sistema era inconstitucional, pois o Congresso teria abdicado do papel central de legislar estabelecido no período da *Fundação* do país e reafirmado no da *Reconstrução* (Ackerman, 1998, p. 295). Na visão da Corte, os legisladores em 1933 não tinham recebido mandato popular para substituir a tradição do Estado, que era centrada no Congresso, por um regime corporativista baseado na liderança do presidente²¹. O segundo princípio

threaten other New Deal legislation as well. The President reacted sharply, telling reporters during a long and rambling press conference in the Oval Office: “The implications of this decision are much more important than almost certainly any decision of my lifetime or yours, more important than any decision probably since the *Dred Scott* case ... The big issue is this: Does this decision mean that the United States Government has no control over any economic problem? A few moments later, as he rifled through the pages of the *Schechter* decision, he observed: ‘We have been relegated to the horse-and-buggy definition of interstate commerce’.”

²¹ De acordo com a Suprema Corte: “What is meant by ‘fair competition’ as the term is used in the Act? Does it refer to a category established in the law, and is the authority to make codes limited accordingly? Or is it used as a convenient designation for whatever set of laws the formulators of a code for a particular trade or industry may propose and the President may approve (subject to certain restrictions), or the President may himself prescribe, as being wise and beneficent provisions for the government of the trade or industry in order to accomplish the broad purposes of rehabilitation, correction

envolvia a competência legislativa dos estados-membros. Segundo os ministros da Corte, era tipicamente local a atividade da Schechter Poultry Corporation, distribuidora de frango *kosher* no Brooklyn, em Nova Iorque (Ackerman, 1998, p. 295). Se qualquer ente estatal pudesse controlar as práticas trabalhistas e de distribuição dessa empresa, tal ente seria o estado de Nova Iorque, e não o monólito do New Deal²². A Corte considerou que a atividade da Schechter tinha impacto apenas indireto no comércio interestadual, pois o frango provinha de outros estados, o que seria insuficiente para justificar um controle nacional de sua atividade (Ackerman, 1998, p. 295)²³.

and expansion which are stated in the first section of Title I? The Act does not define 'fair competition.' 'Unfair competition,' as known to the common law, is a limited concept. [...] To summarize and conclude upon this point: Section 3 of the Recovery Act is without precedent. It supplies no standards for any trade, industry or activity. It does not undertake to prescribe rules of conduct to be applied to particular states of fact determined by appropriate administrative procedure. Instead of prescribing rules of conduct, it authorizes the making of codes to prescribe them. For that legislative undertaking, § 3 sets up no standards, aside from the statement of the general aims of rehabilitation, correction and expansion described in section one. In view of the scope of that broad declaration, and of the nature of the few restrictions that are imposed, the discretion of the President in approving or prescribing codes, and thus enacting laws for the government of trade and industry throughout the country, is virtually unfettered. We think that the code-making authority thus conferred is an unconstitutional delegation of legislative power" (United States, 1935).

²² A Corte entendeu que: "(4) If the commerce clause were construed to reach all enterprises and transactions which could be said to have an indirect effect upon interstate commerce, the federal authority would embrace practically all the activities of the people, and the authority of the State over its domestic concerns would exist only by sufferance of the Federal Government. Indeed, on such a theory, even the development of the State's commercial facilities would be subject to federal control. P. 295 U. S. 546" (United States, 1935).

²³ Nesse sentido, afirmou a Corte que "[i]n determining how far the federal government may go in controlling intrastate transactions upon the ground that they 'affect' interstate commerce, there is a necessary and well established distinction between direct and indirect effects. The precise line can be drawn only as individual cases arise, but the distinction is clear in principle. Direct effects are illustrated by the railroad cases we have cited, as, e.g., the effect of failure to use prescribed safety appliances on railroads which are the highways of both interstate and intrastate commerce, injury to an employee engaged in interstate transportation by the negligence of an

A decisão da Corte no caso *Schechter* teve grande importância na época, sobretudo no processo de temperamento do New Deal (Ackerman, 1998, p. 303). Todavia, a Corte não parou nesse ponto: resistiu fortemente ao ideal de um Estado interventor na economia, então emergente no país entre 1935 e 1936 (Ackerman, 1998, p. 303). Nesse período, entre outros diplomas legais e regulamentos administrativos, ela julgou inconstitucionais as seguintes leis propostas pelo governo Roosevelt: o *National Industrial Recovery Act*, o *Agricultural Adjustment Act*, o *Railroad Retirement Act*, o *Bituminous Coal Conservation Act* e a legislação do estado de Nova Iorque sobre salário mínimo²⁴.

Desde a Guerra Civil, os ministros da Corte haviam declarado princípios de liberdade que restringiam a atividade do Estado em todos os níveis – no âmbito estadual não menos que no federal (Ackerman, 1998, p. 303)²⁵. Em termos

employee engaged in an intrastate movement, the fixing of rates for intrastate transportation which unjustly discriminate against interstate commerce. But where the effect of intrastate transactions upon interstate commerce is merely indirect, such transactions remain within the domain of state power. If the commerce clause were construed to reach all enterprise and transactions which could be said to have an indirect effect upon interstate commerce, the federal authority would embrace practically all the activities of the people, and the authority of the State over its domestic concerns would exist only by sufferance of the federal government. Indeed, on such a theory, even the development of the State's commercial facilities would be subject to federal control" (United States, 1935).

²⁴ E Rauh Junior (1990, p. 94) acrescenta que "[t]hese decisions, plus the Court's ruling at the end of the 1935-36 Term invalidating the New York minimum wage law not only killed the laws already considered but threatened those enacted but untested such as the Wagner Labor Relations Act, the Social Security Act, the Holding Company Act and bills on the drawing board, including a federal wage-hour-child-labor law".

²⁵ Segundo Gardbaum (1997, p. 492-494), "[t]he story of the rise and fall of substantive due process between the late 1880s and 1937 is too well known to require detailed retelling here. Prior to what has become known as the Lochner era, the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments were understood as essentially procedural, guaranteeing that the federal government (under the Fifth Amendment) and the states (under the Fourteenth Amendment) must follow certain 'due' procedures before they may constitutionally deprive any person of life, liberty, or property. In 1886 and 1887, the Supreme Court for the first time announced the

amplios, esses princípios de contenção do poder do Estado apresentavam a propriedade privada e a liberdade contratual como os bastiões constitucionais da liberdade individual contra a tirania da maioria. Tais entendimentos baseados na ideia de liberalismo *laissez-faire* frustravam sistematicamente as reformas estruturais em curso que representavam o New Deal no imaginário popular (Ackerman, 1998, p. 303).

3.3 A resposta de Roosevelt à Suprema Corte

Com a resistência da Corte, Roosevelt tinha três opções: i) recuar e propor um novo programa

doctrine of substantive due process, meaning that the liberty sections of the two Due Process Clauses were deemed to grant certain substantive rights to individuals that limited the authority of Congress and the states to regulate private – especially economic – activity. The Court relied on this new doctrine to invalidate a state statute for the first time in the 1890 case of *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway Co v Minnesota*, and seven years later in *Allgeyer v Louisiana* it provided a particularly clear statement of this new constitutional doctrine: ‘The liberty mentioned [in the Due Process Clause] means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned.’ In *Lochner v New York*, the case that gave its name not only to an era but subsequently to a term connoting illegitimate judicial activism, the Supreme Court in a five-four decision declared unconstitutional a New York statute that set maximum hours for bakers on the ground that it impermissibly interfered with the freedom to contract of both employers and employees that was an essential part of the liberty of individuals protected by the Due Process Clause. The era of substantive due process lasted until 1937 when the Court, in the landmark case of *West Coast Hotel Co v Parrish* and over the dissents of the ‘four horsemen’, distinguished its own decision of the previous year and overruled the leading case of *Adkins v Children’s Hospital*, both of which had held state minimum wage laws for women unconstitutional. Since *West Coast Hotel*, no claim challenging economic regulation on substantive due process grounds has been entertained by the Court. In 1949, the Court made clear that, in rejecting substantive due process, it had returned ‘to the earlier constitutional principle that states have power to legislate against what are found to be injurious practices in their internal commercial and business affairs, so long as their laws do not run afoul of some specific federal constitutional prohibition’.”

legislativo mais modesto, que aceitasse a resistência de natureza constitucional da Corte; ii) enfrentar o desafio da Corte, repropor algum projeto de lei semelhante ao NIRA e, em seguida, apelar ao povo para que em 1936 concedesse aos democratas um mandato popular para insistir nas mesmas iniciativas – e, com isso, sobrepor-se ao tribunal; e iii) nem recuar nem repropor o mesmo programa legislativo, mas repensar o New Deal e verificar se o modelo centralizador de corporativismo baseado na Presidência realmente seria a melhor maneira de se controlarem os abusos e as injustiças de uma economia de livre mercado (Ackerman, 1998, p. 296-297).

Roosevelt escolheu a terceira opção e dedicou-se a uma verdadeira reflexão constitucional²⁶. Em vez de aceitar ou rejeitar, ou simplesmente ignorar a decisão da Corte no caso *Schechter*, usou-a para refinar suas prioridades constitucionais, distinguindo entre o que era importante e o que era fundamental (Ackerman, 1998, p. 298).

3.4 O Segundo New Deal

O desafio constitucional e principiológico imposto pela Suprema Corte no caso *Schechter* serviu de estímulo para que Roosevelt e o Congresso dessem ao New Deal uma forma mais aceitável (Ackerman, 1998, p. 302). Embora o Congresso estivesse preparando-se para o recesso

²⁶ Segundo Lasser (1988, p. 134), “[w]hatever their immediate impact, *Schechter* and the Railroad Retirement Case did make it clear that the future of the New Deal required a resolution of several constitutional issues. ‘We cannot afford ... to give people the idea that the thing [NIRA] can be worked out as the Court dictated,’ Roosevelt told Tugwell, ‘because it cannot.’ ‘If this decision [*Schechter*] stands and is not met in some way,’ wrote Cummings, ‘it is going to be impossible for the Government to devise any system which will effectively deal with the disorganized industries of the country, or root out, by any affirmative action, manifest evils, sweatshop conditions, child labor, or any other unsocial or anti-social aspects of the economic system.’ For Cummings, the administration’s choice was clear: ‘We can throw up our hands and say we have done our best ... or we can strive for some alternative and more circumscribed line of action until the thing can work itself out more naturally.’”

legislativo, Roosevelt insistiu que os parlamentares permanecessem durante o verão de 1935 para aprovar um novo programa legislativo. O resultado foi o chamado *Segundo período de cem dias* de atividade criativa do Congresso, que produziu marcos legislativos como o *Wagner Labor Act* (*National Labor Relations Act*), o *Social Security Act* e o *Public Utility Holding Company Act*, todos aprovados em 1935 (Ackerman, 1998, p. 302).

Tais leis fizeram parte do Segundo New Deal, que marcou importante mudança no curso da história constitucional. Em vez de substituir o livre mercado competitivo pelo Nira²⁷, Roosevelt e o Congresso aceitaram o mercado como parte legítima da ordem econômica emergente com o New Deal, desde que estruturas regulatórias, elaboradas em razão da vontade do povo revelada pelo processo democrático, pudessem ser introduzidas para corrigir abusos e injustiças (Ackerman, 1998, p. 302).

Até o caso *Schechter*, o programa legislativo do New Deal vinculava-se ao amplo corporativismo do Nira. A partir do caso, a estratégia de se usarem iniciativas legislativas de caráter estrutural desvinculadas da ideologia corporativista passou a ser, com crescente clareza, o eixo central do Segundo New Deal (Ackerman, 1998, p. 302). Nas eleições de 1936, os membros do Partido Democrata apresentaram-se aos eleitores como defensores de um capitalismo regulado e propuseram uma série de iniciativas estruturais mediante as quais as pessoas poderiam controlar, mas não eliminar, o livre mercado (Ackerman, 1998, p. 302). A criação das agências reguladoras é um exemplo de iniciativa legislativa inovadora de caráter estrutural dessa segunda fase.

3.5 A contrarreação dos defensores do New Deal na Suprema Corte

Os resultados das eleições de 1936 foram marcantes. Com forte apoio popular, os democratas retornaram ao Congresso e à Casa Branca (Ackerman, 1998, p. 313). Roosevelt passou a ter o apoio de 331 democratas na Câmara dos Representantes (House of Representatives) e 76 democratas no Senado para aperfeiçoar o significado do seu mandato popular. Os democratas estavam cientes de que seriam obrigados novamente, em

²⁷ Segundo Brinkley (1995, p. 38-39), “[t]he NRA established ‘code authorities’ (not unlike trade associations) in major industries and allowed manufacturers to agree on common pricing and production policies without fear of antitrust prosecution. In exchange, firms were required to recognize and bargain with labor unions and submit to a vaguely defined level of government supervision of their agreements. Within a year, the experiment was in turmoil. Consumers complained that industries were inflating prices artificially and that the government was not playing a strong enough role in policing the agreements. Labor organizations complained that wages were not rising and that employers were not bargaining in good faith, or were not bargaining at all. Small businessmen complained that large manufacturers were controlling the codes and using them to enhance their dominance, and that the collective bargaining requirements threatened their ability to compete with bigger firms”.

curto período de tempo (com novas eleições em dois anos), a defender nas urnas sua visão da Constituição (Ackerman, 1998, p. 313).

O confronto entre os defensores do New Deal e a antiga composição da Corte já havia gerado uma onda de propostas de emenda constitucional (PECs) antes das eleições de 1936 (Ackerman, 1998, p. 316). Foram apresentadas durante a sessão legislativa anterior do Congresso 39 PECs destinadas ao combate à forte crise econômica e social. Seu teor variava, mas a maioria dizia respeito a questões relacionadas ao Poder Executivo federal e ao livre mercado, inclusive levantadas pelo presidente em seus ataques à decisão da Corte no caso *Schechter* (Ackerman, 1998, p. 316).

Porém, Roosevelt tinha outros planos²⁸ e, em 5/2/1937, revelou seu projeto de expansão da Corte (Ackerman, 1998, p. 317)²⁹. De acordo com a proposta, seria apresentado um projeto de lei que daria ao presidente o poder de nomear um novo ministro para a Corte para cada ministro em exercício que não se aposentasse no prazo de 6 meses após completar 70 anos de idade (Ackerman, 1998, p. 317; Brinkley, 1995, p. 19). Os atuais ministros não seriam obrigados a renunciar; mas, se continuassem em exercício, a Corte seria expandida para admitir ministros mais novos em número igual ao de ministros em

exercício com aquela idade, até o limite máximo de 15 (Ackerman, 1998, p. 317-318; Brinkley, 1995, p. 19-20). O tamanho da Corte estaria sob o controle dos ministros mais antigos: se eles se apegassem ao poder, a Corte poderia expandir-se até o novo limite legal de 15; porém, se ela “entendesse o recado”, permaneceria com 9 ministros (Ackerman, 1998, p. 318; Brinkley, 1995, p. 19-20).

Roosevelt argumentou que era um “assunto delicado”, mas os magistrados mais idosos não estavam preparados para os desafios físicos e intelectuais da litigância moderna (Ackerman, 1998, p. 318; Brinkley, 1995, p. 19-20). A lógica da expansão da Corte, porém, baseava-se na sua composição. Embora nem sempre tivessem votado a favor do governo, os ministros Louis Brandeis, Harlan Fiske Stone e Benjamin Cardozo eram os defensores mais confiáveis do New Deal na Corte (Cushman, 2013, p. 10). Contudo, até eles haviam votado pela declaração de inconstitucionalidade do Nira e da *Lei Frazier-Lemke*. Brandeis, Stone e Cardozo, considerados *liberais* (denominação utilizada nos EUA para *progressistas*), votaram pela constitucionalidade da política monetária do governo – sobretudo nos chamados *gold clause cases*³⁰.

De outro lado, os ministros Willis Van Devanter, James Clark McReynolds, George Sutherland e Pierce Butler – conhecidos como os *Quatro Cavaleiros do Apocalipse (Four Horsemen)* – eram conservadores tão ferrenhos que, quase sempre quando entrava no Tribunal, o procurador-geral (Attorney General) Homer Cummings já sabia que teria quatro votos contra o governo (Cushman, 2013, p. 10). Na grande maioria dos casos importantes, de fato votaram contra o New Deal (Cushman, 2013, p. 11). Isso

²⁸ Conforme explica Cushman (2013, p. 7): “Why was the President so resistant to compromise? First, as a number of scholars have noted, he believed that he had the support of the voters. Though a series of public opinion polls indicated that the Court-packing plan never enjoyed the support of a majority of respondents, Roosevelt persistently maintained that ‘the people are with me’”.

²⁹ Brinkley (1995, p. 19) afirma que “[t]wo weeks later, on February 5, he proposed legislation to reform the Supreme Court. The ‘Court-packing plan’, as critics quickly and pejoratively named it, would have given the President the power to appoint an additional Justice to the Supreme Court whenever a sitting Justice failed to retire within six months of his seventieth birthday; since the Justices in 1937 were as a group unusually aged, passage of the bill would have allowed Roosevelt to name six new members immediately. (The bill would also have permitted him to name additional judges to lower federal courts on the same grounds.)”.

³⁰ Estes são os casos que se denominam *gold clauses cases*: *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935); *Nortz v. United States*, 294 U.S. 317 (1935); e *United States v. Banker's Trust Co.*, 294 U.S. 240 (1935).

significava que, se o presidente da Corte Charles Evans Hughes ou o ministro Owen Josephus Roberts se juntassem aos quatro ministros, todo programa legislativo do New Deal poderia ser derrotado por votações com resultados como 5 a 4 ou 6 a 3; isso já acontecera com relativa frequência e, na visão do governo, os ministros Hughes e Roberts não eram suficientemente confiáveis (Cushman, 2013, p. 11). Com isso, Roosevelt acreditava estar diante de um risco inaceitavelmente alto: 6 votos contrários e apenas 3 votos a favor. Seriam necessários mais ministros indicados por ele para garantir segurança jurídica ao New Deal (Cushman, 2013, p. 12).

Na apresentação inicial de seus planos, Roosevelt evitou criticar abertamente a doutrina constitucional então predominante na Corte: o liberalismo *laissez-faire* (Ackerman, 1998, p. 318)³¹. Apresentou sua iniciativa como parte de uma reforma mais ampla e que se aplicava aos juízes de todos os níveis do Poder Judiciário. O esforço de rejuvenescimento era apresentado apenas como parte de uma reorganização maior de todo o sistema judiciário (Ackerman, 1998, p. 318)³². Na visão dos seus adversários, essa

postura dúbia apenas acrescentava uma aparência enganosa aos outros pecados do presidente. Todavia, segundo Ackerman (1998, p. 318), do ponto de vista estritamente jurídico, a posição de Roosevelt não era totalmente descabida: nada havia no texto constitucional que especificasse o número de ministros – o qual, aliás, fora alterado com relativa frequência ao longo do tempo, especialmente durante a Guerra Civil e no período da *Reconstrução* do país (1865-1877). Ackerman (1998, p. 318) argumenta que constitucionalista sério algum tenha negado que, ao menos nos EUA, o Congresso e o presidente têm o poder de reorganizar o Poder Judiciário para melhorar a sua eficiência³³. Assim, ao explicitamente basear suas ações nesse fundamento, Roosevelt aumentou muito a probabilidade de a Corte aceitar, mesmo com uma composição desfavorável a ele, a constitucionalidade do aumento do número de seus membros, caso fosse adotada (Ackerman, 1998, p. 318). Além disso, essa iniciativa já fora posta em prática no Reino Unido por alguns primeiros-ministros (como Lloyd George), num movimento contra o poder de veto da Câmara dos Lordes (*lords-packing*) (Ackerman, 1998, p. 319-320)³⁴.

³¹ Segundo Brinkley (1995, p. 19), “Roosevelt said nothing about his intentions in his 1937 inaugural address; but there were enigmatic passages in the speech, largely unnoticed at the time, that suggested his preoccupation with the issue: ‘The essential democracy of our Nation and the safety of our people depend not upon the absence of power, but upon lodging it with those whom the people can change or continue at stated intervals.’ And a blunter comment: ‘The Constitution of 1789 did not make our democracy impotent’”.

³² Brinkley (1995, p. 19) explica que “[t]he President’s motives were obvious: to shift the balance of the Court decisively in his favor. But his explanation was deliberately deceptive. His message to Congress and his accompanying public statements said virtually nothing about ideology and spoke instead about ‘congestion,’ ‘delays,’ ‘overcrowded dockets,’ and ‘insufficient personnel with which to meet a growing and more complex business.’ This would be legislation, Roosevelt claimed, to improve the efficiency of the courts. Only weeks later, after the opposition had begun to coalesce, did the President begin to speak openly of his real intentions: to bring to the judiciary younger men ‘with a present-day sense of the Constitution’”.

³³ No Brasil, alguma semelhança pode ser identificada nas decisões do STF que confirmam a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressalvado que ele não tem poder sobre o próprio STF. Cite-se, por exemplo, o Agravo Regimental na Reclamação nº 15.564/PR (Brasil, 2019).

³⁴ Em 2005, houve uma reforma constitucional no Reino Unido, e as funções jurisdicionais exercidas pela Câmara dos Lordes foram transferidas para a Suprema Corte (também criada em 2005, mas efetivamente instalada em 2009). Sobre o *lords-packing*, explica Prakke (2006, p. 122-123) que “[a] lot more would need to happen, however, before this threat could be made good, and Campbell-Bannerman would not live to see the day. He died in April 1908 and was succeeded by Asquith, who was replaced at the Exchequer by David Lloyd George. Meanwhile, the government’s programme of legislation continued to sustain heavy damage in the Lords. Merely starting on a very important topic like Home Rule was impossible given the extremely hostile attitude of the Conservatives and the overwhelming majority with which the Lords had thrown out Home Rule in 1893. Despite all this, the government was unwilling to resign itself to its

Havia paralelamente a tentativa de alguns parlamentares de encontrar outro mecanismo para mudar de absoluto para relativo o poder de veto *de facto* da Corte sobre leis promulgadas democraticamente (Ackerman, 1998, p. 322). O senador de Montana Burton Wheeler, antigo defensor de Roosevelt e um dos líderes do New Deal, e o senador de Washington Homer Bone apresentaram em 17/2/1937 uma PEC para permitir ao Congresso revisar (especialmente revogar) decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte³⁵.

Também houve um esboço de reação da Corte, como a carta do presidente Hughes, que confrontou os argumentos de eficiência de Roosevelt e sustentou que os ministros tinham condições de bem desempenhar seu trabalho (Ackerman, 1998, p. 330). Porém, essa reação foi insuficiente para evitar a chamada *virada no tempo* da Suprema Corte.

impotence. As early as May 1907, Campbell-Bannerman had explained in a memorandum to the Cabinet that in his view the House of Lords' absolute right of veto should be replaced by a suspensive right, and a month later the Commons adopted a motion to that effect by a large majority. Interest in this issue gradually increased and there was public speculation about the possibility of breaking the Lords' resistance to a 'Veto Bill' by raising large numbers of Liberals to the peerage. In 1711 Queen Anne had shown how effective this could be, and in 1832 King William IV, after much fussing and fuming, had promised his Prime Minister Lord Grey that he would, if necessary, confer a title of nobility on eighty people in order to guarantee the passage of the Reform Act. On that occasion, the threat alone had been enough: 'Rather than be swamped by Whig peers, the Lords passed the Bill'.

³⁵ A proposta de emenda constitucional formulada pelos senadores Wheeler e Bone continha a seguinte disposição: "Section 1. In case the Supreme Court renders any judgment holding any Act of Congress or any provision of any such Act unconstitutional, the question with respect to the constitutionality of such Act or provision shall be promptly submitted to the Congress for its action at the earliest practicable date that the Congress is in session [...]; but no action shall be taken by the Congress upon such question until an election shall have been held at which Members of the House of Representatives are regularly by law to be chosen. If such Act or provision is re-enacted by two-thirds of each House of the Congress to which such Members are elected at such election, such Act or provision shall be deemed to be constitutional and effective from the date of such reenactment" (Ackerman, 1998, p. 321).

4 A virada no tempo e a consolidação do New Deal na Suprema Corte

Diante das ameaças tanto do presidente quanto do Congresso, a Corte recuou. Havia chances reais de aprovação da proposta de *court-packing* de Roosevelt no Congresso³⁶. Depois do recuo, ela consolidou constitucionalmente a revolução empreendida pelo New Deal, e o Congresso rejeitou a proposta de expansão³⁷.

³⁶ Segundo Lasser (1988, p. 157), "[d]espite all the criticism of the Court-packing plan, Roosevelt's chances of getting the bill through Congress were not overwhelmingly negative. On 15 February, just a few days after the plan was announced, Morgenthau put FDR's chances at around '50-50'. An early survey of senatorial opinion by the Literary Digest found 31 senators in favor of the proposal, 24 against, and 41 undecided. As late as 17 June a White House headcount predicted 45 senators for the plan, 39 against, and 12 uncommitted, with 49 needed for victory in the Senate".

³⁷ Segundo Currie (1987, p. 553-555), em posição mais crítica à *virada no tempo* da Suprema Corte, "[t]he Constitution was very different at the end of Hughes's tenure than at the beginning. The retreat of substantive due process in economic cases was a blessing; the doctrine had been illegitimate from the start. In rewriting the contract clause and eradicating federalistic limitations on national authority, however, the Court seemed to embrace the dangerous principle that constitutional provisions that did not suit contemporary needs need not be respected. All nine justices voted to enforce the limitation on congressional power in Schechter; two years later five of them voted to ignore it. Why? Had the Court-packing proposal frightened them into making a tactical concession to avoid the greater evil? Had circumstances or public opinion persuaded them that the need for a stronger central government justified taking liberties with the Constitution? Had repeated encounters with refractory factual situations convinced them that there was no tenable place to draw the line? Answers to questions like these are not to be found in judicial opinions. The revolution was often explained in terms of Justice Holmes's familiar argument of judicial restraint. In cases involving 'ordinary commercial transactions,' wrote Justice Stone in the *Carolene Products* case, 'in the absence of statutory findings' supporting the legislative judgment 'they would be presumed.' This was the deferential approach Brandeis had employed in upholding limits on insurance commissions in 1931, suggesting both a respect for the opinions of other branches and what Judge Cooley had referred to as 'conscious[ness] of the fallibility of the human judgment.' Similar considerations underlay Brandeis's familiar list in the *Ashwander* case of judicially created doctrines for avoiding the decision of constitutional questions entirely. [...] Appropriately, it was Justice Stone – perhaps the principal architect of the whole revolution – who summed it all up in the most clairvoyant and best-known footnote in

A resolução da crise política do *court-packing* veio como uma espécie de anticlímax (Lasser, 1988, p. 157). No auge da crise, a Corte proferiu uma decisão no caso *West Coast Hotel v. Parrish* (United States, 1937b), que reverteu entendimento anteriormente adotado no caso *Adkins*, em que foi julgada inconstitucional a lei de salário mínimo em Washington, DC (United States, 1923), e permitiu que leis estaduais fixassem salário mínimo para mulheres (Lasser, 1988, p. 157).

A chave da *virada* foi o ministro Roberts, que se juntou aos ministros Hughes, Brandeis, Cardozo e Stone na formação de maioria a favor do New Deal na Corte (Lasser, 1988, p. 157). Em seguida, no caso *National Labor Relations Board v. Jones e Laughlin Steel*, por votação que resultou em 5 a 4, a Corte reverteu decisões proferidas por ela nos casos *Schechter* e *Carter Coal*. O *chief justice* Hughes foi o ministro relator e declarou que a Corte não mais fecharia os olhos para os fatos mais evidentes da vida nacional (Lasser, 1988, p. 157).

O ano de 1937 marcou, assim, o início do fim de uma era (Currie, 1997, p. 88; United States, 1937a). O ministro Van Devanter aposentou-se naquele ano. Em 1941, os *Quatro Cavaleiros do Apocalipse* haviam deixado o tribunal: Sutherland aposentara-se em 1938, Butler falecera em 1939 e McReynolds aposentara-se em 1941 (Currie, 1997, p. 88)³⁸. Foi um símbolo da mudança dos

tempos a escolha por Roosevelt do ministro Harlan Fiske Stone como presidente da Corte em 1941; nesse ano, o único ministro remanescente da composição da Corte de 1937 era Owen Roberts, cuja mudança de posição tornou possível a revolução constitucional do New Deal (Currie, 1997, p. 88). Roosevelt também teve a rara oportunidade de nomear 7 novos ministros para a Suprema Corte em apenas 5 anos. Eles foram cuidadosamente selecionados por serem simpáticos ao programa legislativo de Roosevelt: Hugo L. Black, em 1937; Stanley F. Reed, em 1938; Felix Frankfurter e William O. Douglas, em 1939; Frank Murphy, em 1940; James F. Byrnes, Jr., e Robert H. Jackson, em 1941 – este último depois se licenciaria por um período para exercer a função de procurador-chefe no Tribunal de Nuremberg. Wiley Rutledge substituiu o ministro Byrnes quando este foi nomeado para o governo de Roosevelt em 1943 (Currie, 1997, p. 88).

Por fim, é preciso notar que a proposta de *court-packing* é comumente considerada um dos erros políticos mais graves de Roosevelt (Lasser, 1988, p. 156-157). De acordo com pesquisas de opinião da época, praticamente metade do povo opôs-se ao projeto de lei de *court-packing*, apesar do seu apoio maciço ao New Deal. O plano foi considerado uma ameaça à tradição do Estado, que era, ao mesmo tempo, ambígua e delicadamente equilibrada (Lasser, 1988, p. 157). A

Supreme Court history. No longer would the Court be much concerned with the controversies over social and economic legislation that had commanded the bulk of its past attention. In suggesting that the presumption of constitutionality might have less force with respect to measures affecting specific guarantees like freedom of speech, disadvantaging 'discrete and insular minorities,' or obstructing 'those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation,' Stone established the Court's agenda for the next fifty years".

³⁸De acordo com o ministro Hughes, "[i]n view of respondent's far-flung activities, it is idle to say that the effect would be indirect or remote. It is obvious that it would be immediate, and might be catastrophic. We are asked to shut our eyes to the plainest facts of our national life, and to deal with the question of direct and indirect effects in

an intellectual vacuum. Because there may be but indirect and remote effects upon interstate commerce in connection with a host of local enterprises throughout the country, it does not follow that other industrial activities do not have such a close and intimate relation to interstate commerce as to make the presence of industrial strife a matter of the most urgent national concern. When industries organize themselves on a national scale, making their relation to interstate commerce the dominant factor in their activities, how can it be maintained that their industrial labor relations constitute a forbidden field into which Congress may not enter when it is necessary to protect interstate commerce from the paralyzing consequences of industrial war? We have often said that interstate commerce itself is a practical conception. It is equally true that interferences with that commerce must be appraised by a judgment that does not ignore actual experience" (United States, 1937a).

comunidade jurídica declarou que queria um Poder Judiciário independente. Liberais (progressistas) e conservadores defenderam a Suprema Corte como o único baluarte das liberdades públicas (Lasser, 1988, p. 157).

Com a *virada no tempo*, além da saída do tribunal do ministro Van Devanter, o apoio popular ao *court-packing* caiu significativamente. No final, a Comissão do Senado sobre o Judiciário (Senate Judiciary Committee) deu fim ao projeto de lei de *court-packing* ao recomendar ao Plenário que ele fosse enfaticamente rejeitado (o que ocorreu em julho de 1937), para que nunca mais uma proposta semelhante fosse reapresentada (Lasser, 1988, p. 157). Igualmente, foram arquivadas as PECs que buscavam limitar o poder da Corte.

5 Conclusão

Assim como a Segunda Guerra Mundial foi decisiva para o desenvolvimento econômico dos EUA, o New Deal também resultou em inúmeras conquistas jurídicas e políticas, tais como: i) a ideia de que o governo federal deve assumir a responsabilidade pela produtividade em geral e pela saúde da economia no nível macroeconômico; ii) a proposição de que o governo federal tem responsabilidade de proteger as pessoas contra os riscos de uma economia de mercado, por meio da seguridade e da assistência social (Stewart, 1998, p. 240); iii) a demonstração da impossibilidade de planejamento central da economia por meio de institutos como o Nira; iv) a regulação em âmbito nacional de determinados setores da economia (Stewart, 1998, p. 241); e v) a possibilidade de transição de uma doutrina constitucional, baseada no liberalismo *laissez-faire*, para um modelo mais preocupado com questões sociais, como a necessidade de proteção de direitos sociais e da eventual intervenção do Estado na economia para proteger o interesse público e a estabilidade institucional.

Entre outras, são estas as lições mais significativas que se podem extrair do New Deal para o Poder Judiciário brasileiro: i) muitas vezes, decisões proferidas por cortes constitucionais em democracias modernas, não têm caráter estritamente jurídico; ii) a relação de conflito ou de alinhamento de uma suprema corte com o governo em determinado momento histórico pode gerar, respectivamente, instabilidade política ou alterações profundas na própria Constituição, sem necessariamente alterar o texto constitucional; e iii) é possível a manipulação constitucional da composição de uma suprema corte para a obtenção de ganhos político-partidários, que podem ser de longo prazo.

Por isso, para o fortalecimento institucional da democracia brasileira, é necessária a adoção de medidas como: i) o aprimoramento da forma de

escolha e nomeação de ministros do STF, para que melhor se considere a diversidade de pensamento na sociedade e na comunidade jurídica; ii) o estabelecimento de mandato para os ministros do STF ou de idade mínima mais elevada para assumirem o cargo, notadamente porque não têm mandato popular, de modo que devem permanecer menos tempo no cargo; e iii) a forte restrição ao poder dos ministros da Corte de proferir decisões monocráticas, medida que o próprio STF já implantou.

Sobre os autores

Andre Bueno da Silveira é doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Toronto, Toronto, Canadá; graduado em Direito pela USP, São Paulo, SP, Brasil; procurador da República.

E-mail: andrebsilveira@hotmail.com

Daniel Falcão é doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; especialista em Marketing Político e Propaganda Eleitoral pela USP, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Direito e em Ciências Sociais pela USP, São Paulo, SP, Brasil; controlador-geral do Município de São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: danielfalcao@danielfalcao.adv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA: algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 63-87, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p63

(APA)

Silveira, A. B. da, & Falcão, D. (2023). O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA: algumas lições sobre revolução constitucional, instabilidade política e estabilidade institucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(240), 63-87. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p63

Referências

ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1998. v. 2.

BRANDS, H. W. *Reagan: the life*. New York: Doubleday, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação nº 15.564/PR*. Agravo regimental. Reclamação. Alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações ordinárias contra atos do Conselho Nacional de Justiça [...]. Agravante: União. Agravado: Sindicato dos Servidores da Justiça Federal no Paraná – Sinjuspar. Interessado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751315605>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022. Brasília, DF: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRINKLEY, Alan. *The end of reform: New Deal liberalism in recession and war*. New York: Alfred A. Knopf, 1995.

CANOVA, Timothy A. Lincoln's populist sovereignty: public finance of, by, and for the people. *Chapman Law Review*, [s. l.], v. 12, n. 3, p. 561-590, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol12/iss3/7/>. Acesso em: 30 maio 2023.

CHIKUSA, Hideo. Japanese Supreme Court: its institution and background. *SMU Law Review*, [s. l.], v. 52, n. 4, p. 1.719-1.730, Jan. 1999. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/smulr/vol52/iss4/11/>. Acesso em: 30 maio 2023.

COLLINGS, Justin. *Democracy's guardians: a history of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015.

COSTA, André Galindo da; PERES, Ursula Dias. A proposta do Green New Deal em 6 pontos. *Nexo Políticas Públicas*, [s. l.], 9 fev. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/perguntas-que-a-ciencia-ja-respondeu/2021/A-proposta-do-Green-New-Deal-em-6-pontos>. Acesso em: 30 maio 2023.

CURRIE, David P. The Constitution in the Supreme Court: the New Deal, 1931-1940. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 54, n. 2, p. 504-555, 1987. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol54/iss2/3/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. The New Deal Court in the 1940s: its constitutional legacy. *Journal of Supreme Court History*, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 87-98, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5818.1997.tb00065.x>.

CUSHMAN, Barry. Court-packing and compromise. *Constitutional Commentary*, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 1-30, 2013. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/954/. Acesso em: 30 maio 2023.

EISENHOWER points to the T. V. A. as 'creeping socialism' example; Eisenhower cites T. V. A. as socialism. *The New York Times*, New York, p. 1, June 18, 1953. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1953/06/18/archives/eisenhower-points-to-the-t-v-a-as-creeping-socialism-example.html>. Acesso em: 30 maio 2023.

GARDBAUM, Stephen. New Deal constitutionalism and the unshackling of the States. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 64, n. 2, p. 483-566, 1997. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol64/iss2/2/>. Acesso em: 30 maio 2023.

GUNTHER, Gerald. *Learned Hand: the man and the judge*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011.

LASSER, William. *The limits of judicial power: the Supreme Court in American politics*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1988.

LAWLOR, John M. Court packing revisited: a proposal for rationalizing the timing of appointments to the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, [s. l.], v. 134, n. 4, p. 967-1.000, 1986. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol134/iss4/6/. Acesso em: 30 maio 2023.

LIMA, Maurício; LUZ, Sérgio Ruiz. Jair Bolsonaro, em entrevista a VEJA: “Hoje sou um liberal”. *VEJA*, [São Paulo], 11 out. 2022. Política. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-em-entrevista-a-veja-hoje-sou-um-liberal/>. Acesso em: 30 maio 2023.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. Revisão técnica e índices onomástico e remissivo de Antônio Aparecido Palma Filho e Georgio Alessandro Tomelin. São Paulo: M. Limonad, 2000.

MENEZES, David Sobreira Bezerra de. Presidencialismo permite que ‘demagogos carismáticos’ conquistem massas, diz jurista: Bruce Ackerman defende nova Constituição no Brasil e diz que ‘haverá problema’ se Bolsonaro se reeleger. *JOTA*, Brasília, DF, 25 jul. 2022. Entrevista. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/presidencialismo-permite-que-demagogos-carismaticos-conquistem-massas-diz-jurista-25072022>. Acesso em: 30 maio 2023.

OLSEN, Henry. Ron DeSantis is taking on woke corporations. Good. *The Washington Post*, [Washington, DC], July 29, 2022. Opinion. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/07/29/ron-desantis-is-taking-woke-corporations-good/>. Acesso em: 30 maio 2023.

PALMITER, Alan R. *Securities regulation*. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. (Examples & Explanations).

PRAKKE, Lucas. Swamping the lords, packing the court, sacking the king: three constitutional crises. *European Constitutional Law Review*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 116-146, Feb. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019606001167>.

RAUH JUNIOR, Joseph L. A personalized view of the court-packing episode. *Journal of Supreme Court History*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 93-98, 1990. DOI: <https://doi.org/10.1353/sch.1990.0010>.

STEWART, Richard B. Evaluating the New Deal. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 239-246, 1998.

STRUCTURE. [Berlin]: Bundesverfassungsgericht, c2023. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html. Acesso em: 30 maio 2023.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 2, p. 421-510, 1987. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8335/. Acesso em: 30 maio 2023.

TUCKER, Neely. A wheelchair gains a place at FDR Memorial. *The Washington Post*, [Washington, DC], Jan. 7, 2001. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/local/2001/01/07/a-wheelchair-gains-a-place-at-fdr-memorial/546cdfbb-c7c8-4188-92cb-9795c4458de2/>. Acesso em: 30 maio 2023.

UNITED STATES. Congress. Senate. S. 4706. To amend title 28, United States Code, to provide for the duration of active service of the Chief Justice of the United States and associate justices of the Supreme Court of the United States, and for other purposes. Washington, DC: Congress, 2022. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4706?s=1&r=9>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *Adkins v. Children’s Hosp.*, 261 U.S. 525 (1923). It is an unconstitutional violation of due process for a law to mandate a minimum wage for working women. April 9, 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Congress cannot delegate its legislative authority to the executive branch. May 27, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Congress has the authority to regulate intrastate activities that significantly affect interstate commerce,

directly or indirectly. April 12, 1937a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/1/>. Acesso em: 30 maio 2023.

_____. Supreme Court. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). The freedom of contract provided by the Constitution requires only that a state comply with due process. This means that an economic regulation is reasonable in relation to its subject and adopted in the interests of the community. March 29, 1937b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>. Acesso em: 30 maio 2023.

WAHL, Jenny. Give Lincoln credit: how paying for the Civil War transformed the United States financial system. *Albany Government Law Review*, New York, v. 3, n. 2, p. 700-733, 2010. Disponível em: <https://www.albanygovernmentlawreview.org/article/23834-give-lincoln-credit-how-paying-for-the-civil-war-transformed-the-united-states-financial-system>. Acesso em: 30 maio 2023.