



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Mestrado em Direito
Dissertação

MATEUS COSTA-RIBEIRO

**A ORIGEM DA INTERVENÇÃO NA ECONOMIA PELO GOVERNO FEDERAL:
UMA ANÁLISE DA REGULAÇÃO DOS MERCADOS DE CAPITALIS**

Brasília - DF

2020

MATEUS COSTA-RIBEIRO

**A ORIGEM DA INTERVENÇÃO NA ECONOMIA PELO GOVERNO FEDERAL:
UMA ANÁLISE DA REGULAÇÃO DOS MERCADOS DE CAPITAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito à obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio de Moura Borges

Prof. Dr. Jorge Lavocat Galvão

COMO CITAR:

COSTA-RIBEIRO, Mateus. A ORIGEM DA INTERVENÇÃO NA ECONOMIA PELO GOVERNO FEDERAL: UMA ANÁLISE DA REGULAÇÃO DOS MERCADOS DE CAPITAIS. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2020.

A meus pais, Rosilene e João. Ela incentivou-me a ler, ele ensinou-me a sonhar grande.

Devo-lhes cada linha desta dissertação.

RESUMO

O presente trabalho é uma descrição analítica da evolução das competências federais nos Estados Unidos, a partir da vigência da Constituição de 1787, processo que teve forte influência na história constitucional brasileira. A expansão dos poderes da União para regular a economia alcançou seu pico no início da Grande Depressão e na criação do *New Deal*. O conflito constitucional que se seguiu, entre Suprema Corte e Poder Executivo, iniciou com a invalidação de programas do governo Roosevelt e terminou com a ressignificação do texto constitucional, que elevou a União a um novo patamar de protagonismo na vida financeira e industrial do país, especialmente com a validação da *Securities and Exchange Commission* e da regulação federal dos mercados de capitais após a crise de 1929.

Palavras-chave: Intervenção do estado na economia. Federalismo. *New Deal*. Mercados de capitais.

Abstract

This Dissertation is an analytical description of the evolving federal powers in the United States, from the Constitution of 1787 and onwards. Such developments had a strong influence over Brazilian constitutional history. The expansion of Union power to regulate the economy found its peak during the Great Depression and creation of the *New Deal*. The constitutional conflict that ensued, between the Supreme Court and the Executive Power, begins with the invalidation of social programs from the Roosevelt administration and ends with a reframing of the constitutional text that grants the Union with a new level of leadership in the industrial and financial lives of the country, especially with the validation of the *Securities and Exchange Commission* and federal regulation of the capital markets after the 1929 crisis.

Key words: State intervention in the economy; federalism; *New Deal*; capital markets.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
1. O AMBIENTE POLÍTICO-ECONÔMICO QUE PRECEDEU A CONSTITUIÇÃO DE 1787	5
1.1. OS DEFEITOS DOS ARTIGOS DA CONFEDERAÇÃO	5
1.1.1. <i>Um poder central enfraquecido</i>	6
1.1.2. <i>A regra de emendabilidade paralisante dos Artigos da Confederação</i>	9
1.2. A CRISE ECONÔMICA DO PÓS-GUERRA	10
1.2.1. <i>Um país endividado</i>	10
1.2.2. <i>A Rebelião de Shays</i>	12
1.2.3. <i>Crise econômica e insurgências: duas sementes da nova constituição</i>	15
2. O GOVERNO FEDERAL DESENHADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1787	17
2.1. O PLANO DA VIRGÍNIA	17
2.1.1. <i>Amplios poderes ao governo federal</i>	18
2.1.2. <i>Evitar o domínio do governo federal por facções</i>	20
2.2. CONCESSÕES: AS DERROTAS DE MADISON NA CONVENÇÃO DE FILADELFIA	23
2.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1787 E SUA RATIFICAÇÃO	27
2.3.1. <i>Os Artigos Federalistas</i>	27
2.3.2. <i>O texto final da Constituição</i>	30
3. A CONSTITUIÇÃO E A SUPREMA CORTE: PRIMEIRAS INTERAÇÕES.....	34
3.1. <i>MARBURY V. MADISON</i> (1804).....	34
3.2. <i>MCCULLOCH V. MARYLAND</i> (1819).....	40
3.3. <i>GIBBONS V. OGDEN</i> (1824)	44
3.4. CONCLUSÃO.....	46
4. NEW DEAL: SUPERANDO A DEPRESSÃO ECONÔMICA DE 1929	49
4.1. A CRISE ECONÔMICA DE 1929.....	49
4.2. O NEW DEAL	58
4.3. O NEW DEAL NOS TRIBUNAIS	61
5. MOMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	74
5.1. A TEORIA DOS MOMENTOS CONSTITUCIONAIS DE BRUCE ACKERMAN.....	74
5.2. A EMENDA INFORMAL AOS PODERES DO GOVERNO FEDERAL AMERICANO	76
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

Toda federação desenvolve-se historicamente em um pêndulo político que ora beneficia os estados-membros, ora confere preponderância ao governo federal. A Constituição estadunidense de 1787 foi escrita na Convenção da Filadélfia, exatamente com o intuito de empoderar o governo central em relação a suas partes menores e de consolidar a formação de um corpo orgânico capaz de agir de maneira uniforme e estruturada.

O esfacelamento da União até 1787 foi provocado pelos *Artigos da Confederação*, texto constitucional aprovado após a Guerra da Independência contra o Império Britânico, que parecia mais um tratado entre treze estados soberanos do que o documento fundacional do novo país “Estados Unidos da América”.

A Convenção de Filadélfia provou ser, nesse sentido, a inauguração de um pêndulo firme e decidido a favor do governo federal. Ela teve como principal motor, além da fraqueza dos *Artigos*, a crise econômica que tomara conta dos Estados Unidos após a conquista de sua independência.

Um embargo imposto contra produtos estadunidenses pelo Império Britânico causaria uma terrível recessão à produção interna. Muitos estados reagiram a isso por meio da aprovação de medidas populistas de alívio econômico, como a emissão irrestrita de papel-moeda para pagamento de dívidas privadas. Quando Massachusetts se recusou a fazer o mesmo, o estado foi tomado pela Rebelião de Shays, encabeçada por fazendeiros endividados.

James Madison redigiu, então, o Plano da Virgínia, base para o texto constitucional de 1787, com um extenso rol de competências para o governo federal, incluindo o poder exclusivo para emitir moeda e para reprimir rebeliões locais. Além de corrigir os defeitos dos *Artigos*, seu

propósito foi criar uma forma republicana de governo, na qual o governo federal ficasse insulado para proteger a propriedade privada do populismo econômico dos legislativos locais.

O “veto nacional” – competência do governo federal para derrubar leis locais consideradas inconstitucionais – foi, por exemplo, rejeitado pela Convenção. Entretanto, a maioria dos poderes federais elencados por Madison integrariam o Artigo 1º da Constituição, incluindo a competência para regular o comércio interestadual.

A origem da regulação dos mercados de capitais pela União nos Estados Unidos apenas surgiu após muitos anos de vigência da Constituição, por meio de uma interpretação extensiva da *Commerce Clause*. A criação da *Securities and Exchange Commission*, em 1934, foi uma solução capaz de prevenir crises financeiras semelhantes ao tombo da *New York Stock Exchange* em outubro de 1929, estopim para a Grande Depressão que assolou o país pelos anos seguintes.

A *Commerce Clause* tornou-se, então, o principal motor pró-União no pêndulo federativo estadunidense, a partir da doutrina ampliadora iniciada com as decisões do Chief Justice John Marshall nos casos *McCulloch v. Maryland* (1819) e, mais tarde, *Gibbons v. Ogden* (1824).

Desde a Corte Marshall, “talvez a narrativa central do desenvolvimento constitucional estadunidense ao longo do último século tenha sido o falecimento gradual da autonomia dos estados em nome de interesses e valores nacionais”.¹ Essa narrativa encontra seu cume no momento constitucional provocado pelo *New Deal*, no qual o enfrentamento entre Suprema Corte e Poder Executivo resultou em uma nova onda de ampliação dos poderes do governo federal, que culminaria na sedimentação da regulação federal dos mercados de capitais e das relações de trabalho.

¹ LEVINSON, Sanford. **Framed**: America’s 51 Constitutions and the Crisis of Governance. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 301.

Numa descrição analítica dos movimentos do pêndulo federativo dos Estados Unidos, no presente trabalho, delinea-se o ambiente político e social da recessão e das medidas econômicas populistas que antecederam a Constituição de 1787 (parte 1).

Em seguida, faz-se uma breve exposição do modelo de governo federal adotado pela Convenção de Filadélfia, após severo processo de negociação entre federalistas e antifederalistas (parte 2).

Mostra-se que os poderes, inicialmente antevistos pelo constituinte, foram então ampliados pela postura progressista da Suprema Corte liderada por John Marshall, especialmente nas decisões dos casos *McCulloch* e *Gibbons*, que plantaram a semente da revolução que se concretizou na década de 1930 (parte 3).

Em continuidade, descreve-se todo o processo de construção histórica do *New Deal*. O primeiro foco é a crise financeira de 1929 em si, causada, precipuamente, por níveis de especulação que geraram uma dissonância sem precedentes entre a produção interna nacional e o mercado financeiro. Para prevenir a repetição do ocorrido, o governo federal aprovou o *Securities Act* de 1933 e o *Securities and Exchange Act* de 1934, ambos com pesadas regulações das operações financeiras, sobretudo para coibir a troca de informações privilegiadas e a prática de *insider trading*. Várias outras medidas aprovadas pelo governo Roosevelt almejaram reativar a economia por meio de uma postura ativa do governo federal, cuja constitucionalidade seria extensivamente questionada (parte 4).

Finalmente, demonstra-se de que maneira o governo federal, protagonista do *New Deal*, foi capaz de se manter de pé, mesmo sendo contrário à versão vislumbrada pelo constituinte de 1787. Seguindo a teoria dos momentos constitucionais de Ackerman e a interpretação pluralista

de Levinson, conclui-se que há possibilidade de mudanças informais no conteúdo normativo – embora não no conteúdo literal – da Constituição (parte 5).

1. O AMBIENTE POLÍTICO-ECONÔMICO QUE PRECEDEU A CONSTITUIÇÃO DE 1787

Cada constituição tem uma história. Não é diferente com a Constituição dos Estados Unidos, que inaugurou um novo ordenamento jurídico após a Guerra da Independência contra o Império Britânico. O texto constitucional estadunidense reflete as preocupações econômico-sociais endossadas pelas forças políticas preponderantes em 1787, ano de sua elaboração.

Duas preocupações centrais orientaram os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1787, sob a liderança intelectual de James Madison, a quem incumbia a responsabilidade de consolidar a independência do país recém-nascido e de desenhar as instituições que alavancariam seu desenvolvimento: primeira, os *Artigos da Confederação*, texto vigente à época, careciam de uma instituição nacional com autoridade para enfrentar os desafios coletivos dos estados-membros; segunda, a gravíssima crise econômica que atingiu os Estados Unidos provocou rebeliões conduzidas pelas classes mais prejudicadas, num movimento de ameaça à propriedade privada e à segurança jurídica.

1.1. Os defeitos dos Artigos da Confederação

A Constituição dos Estados Unidos de 1787 substituiu os *Artigos da Confederação*, vigentes desde 1777, ano seguinte à declaração de independência de 1776. Em sua década de vigência, os *Artigos* mostraram-se demasiado descentralizadores e incapazes de fomentar o sentido de unidade nacional entre as treze colônias britânicas que se tornaram os treze estados originais dos Estados Unidos. Os *Artigos*, nesse contexto pós-independência, não eram nada mais do que

uma “proto-constituição” para o que poderia, perfeitamente, tornar-se um mero grupo de treze estados soberanos e independentes entre si.²

Na visão de James Madison, os *Artigos da Confederação* apresentavam duas principais imperfeições que plantaram as sementes da transição constitucional de 1787: um poder central enfraquecido e a regra de emendabilidade paralisante dos *Artigos da Confederação*

1.1.1. Um poder central enfraquecido

Os *Artigos* instituíram um governo federal fragilizado e incapaz de exercer influência efetiva sobre o território estadunidense. Seu principal problema, segundo o historiador do Direito Michael Klarman, consistia na ausência de três competências fundamentais para o Congresso – autoridade máxima do governo federal: 1) criar impostos, 2) regular o comércio interestadual e 3) obrigar estados rebeldes a cumprirem tratados internacionais.³

De acordo com o Artigo 9º, o Congresso dos Estados Unidos não tinha autoridade para regular as relações de comércio exterior do país, nem tampouco o comércio interestadual que ocorria em suas fronteiras:

Article 9

The United States in Congress assembled [...] entering into treaties and alliances, provided that no treaty of commerce shall be made whereby the legislative power of the respective States shall be restrained from imposing such imposts and duties on foreigners, as their own people are subjected to, or from

² FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 36.

³ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup: the Making of the United States Constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 5.

prohibiting the exportation or importation of any species of goods or commodities whatsoever [...].

No fim da Guerra da Independência, o Império Britânico procurou excluir navios estadunidenses do comércio atlântico, e vários países europeus fizeram o mesmo, sem que o Congresso dos Estados Unidos pudesse retaliar, pois faltava a ele autoridade sobre o comércio exterior. Por exemplo: em 1785, James Madison denunciou a prática de navios britânicos que usavam de seu monopólio sobre a carga de exportações estadunidenses para exigir metade do valor ganho pelos plantadores de tabaco do estado da Virgínia na venda de suas colheitas. Mas pouco pôde ser feito pelo governo federal em resposta.⁴

Essa conclusão serviu de premissa a um próximo raciocínio: para enfrentar seus adversários externos, os Estados Unidos deveriam ser capazes de atuar como um só corpo, já que os estados-membros permaneceriam incapazes de exercer controle isoladamente sobre o comércio internacional. Madison concluiu então, em carta a James Monroe, “que os defeitos do sistema federal deveriam receber emendas”^{5,6} para evitar desagregação entre as partes e o todo, em vista da falibilidade dos *Artigos* e da impotência do governo central para proteger os interesses de seus membros. Nas palavras do historiador Noah Feldman, uma profunda coordenação seria crítica para a sobrevivência da União dos estados-membros.⁷

⁴ Letters from James Madison to Richard Henry Lee, July 7, 1785. **National Archives** – Founders Online. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0168>.

⁵ Na ausência de edição em português, a bibliografia em língua inglesa citada foi traduzida diretamente pelo autor.

⁶ Letter from James Madison to James Monroe, August 7, 1785. **National Archives** - Founders Online. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0178>.

⁷ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President**. New York: Random House. p. 72.

Similarmente, ainda na década de 1780, estados que compunham a União criaram impostos discriminatórios contra produtos advindos de outros estados estadunidenses. A medida não foi controlada pelo Congresso, que “carecia do poder para regular até o comércio interestadual”.⁸

Diante da vulnerabilidade dos Estados Unidos perante o Império Britânico e da desorganização de seus entes confederativos internos, Edward Carrington escreveu, um mês antes da abertura da Assembleia Constituinte de 1787, que a prática havia demonstrado “a impossibilidade de se gerenciar o comércio dos Estados Unidos por meio de arranjos estaduais e [a] necessidade de se conceder, à cabeça federal, autoridade plena sobre isso”.⁹ Em outras palavras, a falta de um governo federal suficientemente forte sinalizava que os *Artigos* precisavam ser alterados para permitir que o país progredisse após sua independência.

Ainda, a falta de um poder para tributar (*power to tax*), por parte do poder central, era a mais patente omissão dos *Artigos*, que atribuía tal poder exclusivamente aos estados. O Artigo 8º dos *Artigos* garantia exclusivamente aos estados o poder de criar e de cobrar impostos:

Article 8

The taxes [...] shall be laid and levied by the authority and direction of the legislatures of the several States.

O próprio Artigo 8º assegurava, em caso de guerra e quando a União atuasse pelo bem geral e pela proteção comum, o direito do governo federal de receber parte das receitas tributárias estaduais, na proporção do valor da terra de cada estado. Entretanto, em nenhum momento, o Congresso teria competência própria para tributar.

Em síntese, apenas os estados detinham o poder de impor e de coletar tributos,

⁸ KLARMAN, Michael. **The Framers’ Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 12.

⁹ Letters from Edward Carrington to Randolph, April 2, 1787. LDC. Washington: National Archives, v. 24, n.193.

cabendo à Confederação, somente em caso de guerra, delimitar como esse poder seria exercido. No modelo dos *Artigos*, o Congresso dos Estados Unidos carecia de competência tributária, o que prejudicava a unidade do país e comprometia, acima de tudo, a habilidade do Congresso de determinar o rumo coletivo dos treze estados unidos pelos *Artigos*.

1.1.2. *A regra de emendabilidade paralisante dos Artigos da Confederação*

Os *Artigos* exigiam uma aprovação unânime, por todos os estados-membros, de qualquer emenda a seu conteúdo. Em outras palavras, apenas decisões apoiadas em votações unânimes poderiam ser incorporadas ao ordenamento jurídico regido pelos *Artigos*. Seu artigo 13 deixava isso muito claro:

Article 13

[...] nor shall any alteration at any time hereafter be made in any of them; unless such alteration be agreed to in a Congress of the United States, and be afterwards confirmed by the legislatures of every State.

A exigência de cada um dos estados aprovar qualquer emenda aos *Artigos da Confederação* comprometia sua flexibilidade e sua capacidade de sobreviver no longo prazo. A regra de emendabilidade do artigo 13 prejudicava a capacidade dos *Artigos* de acomodarem as mudanças exigidas pelos desafios enfrentados pelos Estados Unidos em seus primeiros anos de existência. A regra desse artigo permitia, por exemplo, que um único estado, por mais inexpressivo que fosse, bloqueasse o avanço constitucional de todo o país.

Em outras palavras, a inflexibilidade mecânica dos *Artigos* acabou levando a sua quebra definitiva, com o advento da Constituição de 1787. Houve tentativas de se preservarem os *Artigos* através de emendas que corrigissem seus defeitos centrais. Todas, entretanto, falharam.

Curiosamente, a dura regra de emendabilidade dos *Artigos* evitou a alteração do seu Artigo 8º, que visava estabelecer uma competência arrecadatória para o Congresso dos Estados

Unidos. A medida, proposta antes de 1787 por federalistas, apoiadores de um governo federal forte, não foi ratificada por todos os estados-membros. Por falta de unanimidade, ela nunca viveu em território estadunidense durante o ordenamento conduzido pelos *Artigos*.¹⁰

1.2. A crise econômica do pós-guerra

Mais do que uma medida para corrigir os defeitos dos *Artigos da Confederação*, a convocação da Assembleia Constituinte de 1787, que deu origem a um novo texto constitucional, foi uma resposta à Rebelião de Shays e às medidas de alívio de dívidas e de tributos, aprovadas por parlamentos estaduais ao longo da década de 1780.¹¹

1.2.1. Um país endividado

A Guerra da Independência custou caro aos Estados Unidos, país que se endividou para formar um exército a fim de expulsar à força tropas enviadas pelo Império Britânico para submeter a ele as treze colônias rebeldes. Em razão do processo de endividamento acelerado, ao final da Guerra de Independência, os Estados Unidos passaram por uma depressão econômica menor, apenas, do que a Grande Depressão provocada pela crise de 1929.

As causas da desaceleração do país foram várias e incluíram o banimento de produtos estadunidenses do comércio com as colônias britânicas e com as Índias ocidentais, então sob o

¹⁰ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup: the Making of the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 11.

¹¹ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup: the Making of the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 74.

controle britânico, além da destruição de boa parte da terra produtiva do país pelo movimento de tropas durante a guerra.¹²

Ao lado da queda do produto interno do país, a maioria dos estados-membros decidiu intensificar a cobrança de impostos a fim de pagar suas próprias dívidas, contraídas durante o conflito, bem como contribuir para o pagamento de uma enorme dívida de guerra nacional.¹³

Conseqüentemente, a crise da capacidade produtiva do país, ao lado do crescimento da carga tributária no pós-guerra, levou sete dos treze estados estadunidenses a “renderem-se às demandas de eleitores atormentados” entre 1785 e 1787 e a emitirem papel-moeda para facilitar o pagamento de dívidas e de tributos acumulados.¹⁴ A emissão de papel-moeda foi a medida mais demandada por cidadãos endividados, e os poderes legislativos estaduais se mostraram “altamente responsivos” a ela. Isso não foi bem visto pelos estadunidenses mais abastados, que enxergaram o alívio indiscriminado de dívidas como um excesso democrático e um ataque ao direito de propriedade.¹⁵

James Madison ecoou tais críticas e, em carta a Thomas Jefferson, classificou a emissão de dinheiro como uma “doença epidêmica” (*epidemic malady*) e se esforçou para que ela não

¹² KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018.p. 75

¹³ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 76.

¹⁴ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 77.

¹⁵ WOOD, Gordon. Interests and Disinterestedness in the Making of the Constitution. IN: BEEMAN, Richard; BOTEIN, Stephen; CARTER, Edward (eds.). **Beyond Confederation**. Raleigh: UNC Press Books. 1987, p. 69-109. p. 72-3.

ocorresse na Virgínia, seu estado natal.¹⁶ Para ele, tratava-se de “efetivamente tirar a propriedade dos credores e entregá-la a seus devedores”.¹⁷

No estado de Rhode Island, chegou a tramitar uma proposta legislativa que não apenas aliviava, mas perdoava todas as dívidas contraídas até então e impunha uma distribuição igualitária da propriedade dentro do estado.¹⁸

1.2.2. *A Rebelião de Shays*

No contexto do pós-guerra, a mais famosa insurgência armada contra um governo local foi a Rebelião de Shays, encerrada em fevereiro de 1787 e até hoje considerada o estopim para o processo de redação constitucional naquele ano na Filadélfia.¹⁹ Após vários estados aprovarem medidas de alívio de dívidas e de tributos ao longo da década de 1780, o estado de Massachusetts não só resistiu à pressão popular para fazer o mesmo, como, ao contrário, intensificou a cobrança de impostos no pós-guerra. Em 1786, para pagar sua dívida interna, o estado criou novos impostos sobre a propriedade e exigiu seu pagamento em moeda sonante, um recurso escasso, sobretudo para pequenos produtores rurais no interior.²⁰

Como resultado, quando cortes estaduais confiscaram propriedades e cobradores de impostos se aproximaram dos cinco municípios nos quais a insurgência estava concentrada, um

¹⁶ Letters from James Madison to Thomas Jefferson, August 12, 1786. **National Archives** – Founders Online, Disponível em: <https://founders.archives.gov/?q=Project%3A%22Madison%20Papers%22%20Recipient%3A%22Jefferson%2C%20Thomas%22&s=151131113&r=80>

¹⁷ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President**. New York: Random House, 2019. p. 80.

¹⁸ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup: the Making of the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 87.

¹⁹ RICHARDS, Leonard. **Shay's Rebellion: the American Revolution's Final Battle**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003. ch. 7.

²⁰ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup: the Making of the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press. 2018. p. 90.

grupo armado de fazendeiros empobrecidos reuniu-se para resistir a qualquer tentativa de expropriação de suas terras. Ele foi comandado por Daniel Shays, veterano da guerra de independência dos Estados Unidos.

A Rebelião de Shays durou apenas alguns meses e foi derrotada, em última instância, por tropas estaduais, auxiliadas por forças militares do governo federal. Entretanto, suas reverberações no estado de Massachusetts continuaram ao longo das eleições de abril de 1787, dois meses após o fim do confronto armado. Candidatos simpatizantes da rebelião obtiveram uma vitória esmagadora nas eleições legislativas e também nas eleições para o governo do estado, o que levou ao perdão imediato dos insurgentes, incluindo Daniel Shays, e a uma redução substancial de impostos, bem como ao relaxamento da coleta de tributos.²¹

Mais tarde, ainda em 1787, o poder legislativo de Connecticut recusou-se a criar novos impostos a fim de contribuir financeiramente com o governo federal, sob o argumento de que não gostaria de, com novos impostos, provocar uma nova Rebelião de Shays em seu território.

Em outras palavras, a Rebelião de Shays colocou em xeque a habilidade dos estados de cobrarem tributos e dívidas e, em consequência, a capacidade arrecadatória do governo central de receber fundos de seus estados membros.

O trauma causado pela desordem e potencial guerra civil moldou a mentalidade dos estadistas americanos da época. A ameaça de desunião e de insurgências inspirou o constituinte de 1787 e, conseqüentemente, o texto constitucional por ele aprovado. Nas palavras de Michael Klarman,

²¹ EINHORN, Robin. **American Taxation, American Slavery**. Chicago: University of Chicago Press, 2008. p. 53.

Uma constituição escrita nos anos que antecederam a Rebelião de Shays e a aprovação de legislações populistas de alívio econômico por vários estados provavelmente seria muito diferente daquela redigida em Filadélfia.²²

Em discurso no dia 06 de junho de 1787, durante a Convenção de Filadélfia, James Madison chegou a dizer que interferências com direitos individuais, como o direito à propriedade, foram o principal propulsor da elaboração da nova Constituição. Com a Rebelião de Shays, os líderes políticos da época ficaram convencidos de que era necessário um governo federal mais poderoso para preservar o sentido de unidade nacional e para conter os excessos populistas nos estados. Em especial, o fato de Massachusetts, um dos membros mais sólidos dos Estados Unidos, ter sido afetado por avanços populistas era a demonstração de que uma reforma profunda seria necessária para empoderar o governo federal e para muni-lo de instrumentos que podassem eventuais excessos patrocinados por lideranças ou por revoltas no âmbito estadual.²³

Até mesmo George Washington, recluso em seu sítio desde a vitória na Guerra da Independência²⁴, expressou profunda preocupação com os desdobramentos da Rebelião de Shays em carta a John Jay. Seu medo principal era a volta do domínio britânico como produto da insegurança interna dos cidadãos americanos, dizendo-se espantado por saber que “pessoas respeitáveis falam de uma forma monárquica de governo sem horror.”²⁵

²² KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 6.

²³ BROWN, Roger. **Redeeming the Republic**: Federalists, Taxation, and the Origin of the Constitution. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2000.p. 172-4.

²⁴ George Washington ganhou fama de ser uma versão contemporânea de Cincinnatus, general romano escolhido ditador por duas vezes em momentos de ameaça à república romana, mas que, por desapego ao poder e virtude cívica, sempre devolveu o controle do estado às forças políticas após o fim do conflito armado.

²⁵ Letters From George Washington to John Jay, August 16, 1787. **National Archives** – Founders Online. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/04-04-02-0199>.

George Washington interpretou a Rebelião de Shays como prova da necessidade de uma reforma abrangente do pacto político dos Estados Unidos. Em aviso a James Madison, ele adiantou sua inquietação com a crise política que tomava conta do país:

Sem alguma alteração em nosso credo político, a superestrutura que nós temos por sete anos construído a custo de muito sangue e tesouro, terá que perecer. Nós caminhamos rapidamente à anarquia e confusão.²⁶

1.2.3. *Crise econômica e insurgências: duas sementes da nova constituição*

A ansiedade criada pela Rebelião de Shays, bem como a crise econômica vivida pelos Estados Unidos no pós-guerra, teve como consequência a convocação da Assembleia Constituinte de 1787. Não fosse pelas medidas radicais e populistas de alívio econômico, “vários estados poderiam ter se recusado a apoiar a convenção”.²⁷

Um dos opositores mais relevantes do projeto constitucional de Madison, William Grayson, mostrou-se estarecido com o apoio de vários estados do nordeste estadunidense à Convenção de Filadélfia. Nas suas palavras, até a Rebelião de Shays, apenas o estado da Virgínia apoiava reformas substanciais ao sistema federal de então. Também antifederalista e opositor da nova constituição no estado de Massachusetts, onde ocorrera a Rebelião de Shays, William Symmes Jr. escreveu similarmente: “muitos homens que, há poucos anos, eram opositores extenuantes de um aumento do poder do Congresso são agora seus mais calorosos defensores”.²⁸

²⁶From George Washington to James Madison (November 5, 1786). **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0070>.

²⁷ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup: the Making of the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 596.

²⁸ William Symmes Jr. na convenção de ratificação da Constituição em Massachusetts, 22 de janeiro de 1788. **Center for Study of the Constitution**. Disponível em: https://archive.csac.history.wisc.edu/mass_symmes.pdf.

O ambiente de insegurança e de crise plantou as sementes da nova constituição, na medida em que convenceu os estados-membros da necessidade de uma convenção para reformar a ordem constitucional de maneira abrangente, a fim de proteger a integridade dos Estados Unidos. A atitude da delegação de Massachusetts, por exemplo, com o fortalecimento de movimentos populistas dentro do estado, mudou de uma postura de simpatia com o processo de emenda rigoroso dos *Artigos* para um apoio firme à assembleia constituinte em Filadélfia.²⁹

O clima de crise generalizada de 1787 foi também essencial para permitir que surgisse um consenso entre os treze estados demograficamente distintos e com interesses muitas vezes opostos. Nesse sentido, em carta a seu pai, um mês antes do início da Convenção de Filadélfia para reformar os *Artigos*, James Madison escreveu que “as doenças mortais da Confederação formam o único motivo de esperança para que um espírito de concessão em todos os lados seja produzido pelo caos generalizado”.³⁰

Em outras palavras, o ambiente de crise acelerou as convergências políticas entre estados-membros e permitiu que, da Filadélfia, saísse um novo texto constitucional para governar o país que ainda não havia se encontrado institucionalmente.

²⁹ KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 117.

³⁰ From James Madison to James Madison Sr. (April 1, 1787). **Founders Online**, Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0188>.

2. O GOVERNO FEDERAL DESENHADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1787

A Convenção de Filadélfia foi convocada pelo estado da Virgínia, com o intuito de repensar a regulação do comércio internacional pelos Estados Unidos, em especial no contexto da discriminação do Império Britânico contra os produtos do país. Os defeitos intrínsecos aos *Artigos da Confederação* também seriam debatidos pelos delegados dos estados-membros.

Meses antes da Convenção, James Madison, que compareceu como delegado da Virgínia, já desenhara propostas concretas para o novo texto constitucional que surgiria. Seu conhecimento avançado sobre o desenvolvimento de confederações ao longo da história da humanidade permitiu que ele compilasse potenciais soluções aos desafios enfrentados pelos Estados Unidos. Nas palavras de Noah Feldman, “se a constituição era uma nova espécie de física governamental, Madison era seu Newton ou seu Einstein”.³¹

2.1. O Plano da Virgínia

Na condição de estado responsável por convocar a convenção, coube aos delegados da Virgínia darem início aos trabalhos em Filadélfia. Eles, então, introduziram uma série de pontos a serem deliberados pelos representantes dos diversos estados-membros. O que viria a ser chamado de Plano da Virgínia (*Virginia Plan*) foi idealizado precipuamente por James Madison e pautou as semanas de debates, bem como a posterior redação de um novo texto constitucional para o país.³² Nesse sentido, as preocupações e as soluções vislumbradas por Madison formaram o projeto

³¹ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison**: Genius, Partisan, President. New York: Random House, 2019. p. xi.

³² KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 138.

introdutório do que se tornaria a Constituição dos Estados Unidos. Quase sozinho, Madison moldou a pauta inicial da convenção mais importante da história do país.³³

Inicialmente, o Plano da Virgínia apontou várias limitações ao poder do governo federal. Entre elas, estavam a incapacidade do Congresso para: 1) suprimir insurreições ou rebeliões no âmbito dos estados; 2) reagir ao protecionismo comercial de outros países; 3) prevenir infrações dos estados aos tratados aprovados pelo governo federal e 4) construir forças armadas capazes de repelir invasões estrangeiras, entre outras.³⁴

Embora todos os delegados presentes à Convenção concordassem com a necessidade de se repararem essas imperfeições do governo central idealizado pelos *Artigos*, não havia consenso sobre como promover essa mudança. Por isso, além de esboçar os principais defeitos do regime constitucional então vigente, o Plano da Virgínia também propôs soluções específicas e contundentes para fortalecer o governo federal e para superar a ameaça populista nos estados.

2.1.1. Amplos poderes ao governo federal

Durante sua preparação para a Convenção de Filadélfia, Madison escreveu um ensaio de doze pontos intitulado “Vícios do Sistema Político dos Estados Unidos”. A imagem predominante pintada por Madison era a de que a confederação organizada pelos *Artigos da Confederação* não representava “nada mais do que um tratado de amizade, de comércio e de aliança entre vários estados independentes e soberanos”.³⁵ Em outras palavras, faltava autoridade ao poder central,

³³ KLARMAN, Michael. **The Framers’ Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 597.

³⁴ KLARMAN, Michael. **The Framers’ Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 139.

³⁵ MADISON, James. Vices of the political system of the United States. **Founders Online**, Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0187>.

exercido à época apenas pelo Congresso, em razão da inexistência de um poder executivo ou um judiciário federais.

O Plano da Virgínia abordou cada um dos vícios descritos por Madison, tendo como foco questões estruturais, como a criação de um poder executivo e de um poder judiciário federais.

Além disso, Madison sabia que, para empoderar o governo central, a futura ordem constitucional precisava corrigir os problemas descritos na abertura da Convenção de Filadélfia. Isso exigia acrescentar, às competências do Congresso, a regulação do comércio internacional, assim como a autoridade para reprimir rebeliões no âmbito estadual. As duas medidas já eram esperadas pelo restante da Convenção.

No entanto, sem tratar de poderes específicos, a sexta proposta do Plano introduzia uma cláusula aberta de competências para o Congresso, a qual atribuía, a ele, o poder “de legislar em todos os casos para os quais os estados separados fossem incompetentes ou nos quais a harmonia dos Estados Unidos pudesse ser interrompida pelo exercício de legislações individuais”.³⁶ O texto incluía, implicitamente, poder para regular o comércio internacional e para reagir a revoltas no âmbito estadual. Essas competências foram expressamente incluídas no texto final da Constituição.

Ao criar uma cláusula aberta relativa aos poderes federais, a mudança proposta pelo estado da Virgínia consubstanciou uma ruptura histórica. Isso porque os *Artigos da Confederação*, então vigentes, concediam ao Congresso apenas os poderes *expressamente* a ele delegados, vedando qualquer poder implícito fora de sua enumeração literal:

Articles of Confederation

³⁶ Íntegra do Plano da Virgínia. Disponível em: [https://www.ourdocuments.gov/doc.php? flash=false&doc=7&page=transcript](https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=7&page=transcript).

Article II. Each State retains its Sovereignty, freedom and independence, and every Power, Jurisdiction and right, which is not by this confederation **expressly delegated** to the United States in Congress assembled. (grifos do autor)

Primeiramente, portanto, Madison defendeu uma cláusula aberta de competências para o Congresso. Talvez de maneira mais criativa, o Plano da Virgínia propôs ainda que ele tivesse poder para sustar todas as leis (*negative all laws*) estaduais que ferissem o texto constitucional.³⁷ Em síntese, a proposta representava um esboço de controle político de constitucionalidade de leis estaduais, levado a cabo pelo poder legislativo federal. A ideia ficou conhecida na literatura histórica como um “veto nacional” (*national veto*) que poderia ser utilizado pelo Congresso para podar excessos advindos dos legislativos estaduais.

Com uma cláusula aberta de competências do Congresso e com o poder de veto nacional, a nova ordem constitucional dos Estados Unidos inaugurou um poder central fortalecido e inflado pelas reformas de Madison. Ele não apenas seria capaz de regular o comércio internacional, mas poderia também controlar, de maneira estrita, a produção legislativa dos estados, inclusive com autoridade para reprimir rebeliões ou desordens locais.

2.1.2. Evitar o domínio do governo federal por facções

Madison temia a dissolução dos Estados Unidos e, por isso, propôs novos poderes ao Congresso. Por ter vivenciado a Rebelião de Shays e a emissão desenfreada de papel-moeda, ele temia também a ditadura da maioria e o desrespeito a direitos fundamentais de grupos minoritários pelas forças políticas que assumissem o controle sobre o Congresso.

³⁷ Item 6 do Plano da Virgínia, Disponível em: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=7&page=transcript>.

A segunda prioridade de Madison, portanto, além do fortalecimento do governo federal, era desenhá-lo de tal forma a “torná-lo suficientemente neutro, diante dos diferentes interesses e facções, para controlar parte da sociedade que invadissem os direitos de outra”.³⁸ Nesse contexto, seu principal desafio seria preservar um sistema republicano de governo e, ao mesmo tempo, evitar o desrespeito a direitos fundamentais por maiorias transitórias.

Por mais que a forma monárquica de governo tenha sido menos responsiva a impulsos majoritários, o preço pago por todos pela sua adoção seria significativo, na medida em que suas vidas e bens ficariam permanentemente à mercê de um monarca sem constrição institucional ou submisso a freios e a contrapesos.

A solução para evitar facções e para preservar a república era, na visão de Madison, engrandecê-la. O engrandecimento (*enlargement*) da república instaurada pelos *Artigos* apostava na virtude cívica e no distanciamento popular do governo federal, responsável por todo o país e não apenas por realidades particulares de grupos de pressão estaduais ou forças provincianas. Para Madison, interesses locais e populistas dissolver-se-iam no Congresso, ante sua autoridade para cuidar de todos os Estados Unidos. Por exemplo: a vontade de um estado escravocrata de isentar tributariamente o comércio de escravos era vontade majoritária na assembleia legislativa daquele estado, mas representava a vontade apenas de um terço dos representantes no Congresso dos Estados Unidos. O mesmo se aplicava à vontade dos estados industriais de proibirem o comércio de escravos *tout court*. “Engrandecer” a república dificultaria a construção de maiorias nesse sentido.³⁹

³⁸ MADISON, James. Vices of the political system of the United States. **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0187>.

³⁹ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison**: Genius, Partisan, President. New York: Random House, 2019. p. 97-98.

Além disso, em repúblicas “engrandecidas”, os representantes seriam escolhidos por grupos maiores de eleitores, o que aumentaria as chances de bons candidatos saírem vencedores.⁴⁰

Ao construir o Plano da Virgínia para “engrandecer” a república, Madison tinha como objetivo insular o governo federal frente a pressões majoritárias e populistas vindas dos estados. Através do empoderamento de uma força central, Madison almejava garantir aos Estados Unidos a capacidade de agir como corpo único. Ele acreditava que o legislador federal levaria em conta “uma maior variedade de interesses, de objetivos, de paixões”⁴¹ e estaria menos vulnerável a pressões de grupos organizados, destinados a capturar suas deliberações.

Por exemplo: a terceira proposta do Plano da Virgínia antecipou a criação de um novo Congresso bicameral, com uma segunda câmara eleita indiretamente e com mandatos longos que garantissem a independência de seus membros.⁴² Essa segunda câmara seria chamada mais tarde de “Senado” e refletia a preocupação de Madison de distanciar os membros do governo federal do povo, arquitetando um Congresso menos responsivo a demandas populistas.

Entre outras, a criação do Senado estadunidense foi a primeira das reformas substanciais vislumbradas por Madison para superar o populismo estadual e para construir uma república em que direitos fundamentais resistiriam a ofensivas majoritárias para restringi-los. Com isso, a missão de repelir facções e de preservar a república estaria sendo cumprida de uma só vez.

Como visto no tópico **1.2.1**, a invasão mais viva na memória de Madison, por ocasião da Convenção da Filadélfia, foram as legislações aprovadas no âmbito estadual para perdoar dívidas

⁴⁰ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President**. New York: Random House, 2019. p. 182

⁴¹ MADISON, James. Vices of the political system of the United States. **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0187>.

⁴² Íntegra do Plano da Virgínia. Disponível em: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=7&page=transcript>.

e para emitir papel-moeda. Como medidas de alívio econômico, exigidas por maiorias transitórias das populações de cada estado-membro, Madison se opôs à tentativa de repetir a prática na Virgínia e considerou-a uma invasão ao direito fundamental de propriedade dos credores.

Cada palavra do Plano da Virgínia foi moldada para 1) insular e 2) empoderar o Congresso dos Estados Unidos. Essa reforma bipartite visava distanciar medidas populistas do governo central e dar controle ao Congresso sobre possíveis aventuras estaduais, podendo-as por meio do veto nacional.

Entretanto, os pormenores do projeto nacional de Madison não foram inteiramente abraçados pelos delegados reunidos em Filadélfia no verão de 1787. Houve negociações e, finalmente, concessões que divergiram substancialmente do Plano. Algumas perseguiriam Madison pelo resto da vida, forçando-o a conviver permanentemente com frustrações acerca do arranjo constitucional dos Estados Unidos. Muitas, contudo, foram condições necessárias para vincular os vários estados-membros à busca de um propósito comum e para convencer as partes a aceitarem um novo todo. O Plano da Virgínia não acomodava todos os interesses locais e mostrou-se insuficiente para forjar um pacto nacional. Por isso, foram necessárias alterações que, mais tarde, deram forma à Constituição de 1787. Essa, sim, foi um documento apoiado por forças políticas diversas e abrangentes, capazes de inaugurar uma nova ordem institucional.

2.2. Concessões: as derrotas de Madison na convenção de Filadélfia

O “veto nacional”

Em 30 de maio, a primeira resolução aprovada pela Convenção da Filadélfia endossou a ideia geral do Plano da Virgínia de que as competências do governo central deveriam ser ampliadas. Como diretriz para a elaboração das reformas constitucionais que sairiam da

Convenção, a resolução determinou que “um governo nacional deve ser estabelecido com base em poderes supremos legislativo, executivo e judiciário” (transcrição do conteúdo da primeira proposta do Plano da Virgínia).⁴³

Nesse sentido, a pretensão de promover uma coesão e de fortalecer o ente federal responsável por unificar os Estados Unidos era consensual, não era apenas de James Madison. Inclusive, muito da visão inicial de Madison acabou não prevalecendo sobre as barganhas políticas e ideológicas da Convenção.

O epicentro da teoria de Madison era o “veto nacional” a ser exercido pelo Congresso dos Estados Unidos, ou seja, o poder de sustar os efeitos de qualquer legislação estadual por decisão política do poder legislativo federal.⁴⁴ Fazendo uma metáfora com a gravidade exercida pelo sol sobre seus planetas adjacentes, ele chegou a dizer: essa “prerrogativa do governo geral é o grande princípio abrangente que deve controlar a tendência centrífuga dos estados; que, sem ela, vão continuamente voar para fora de suas órbitas apropriadas e destruir a ordem e harmonia do sistema político”.⁴⁵

Para Madison, era preciso haver controle dos legislativos estaduais pelo legislativo central. Em última instância, precipuamente, originava-se naqueles o risco de medidas populistas e de ataques aos direitos individuais, sobretudo ao direito de propriedade. Por conta de sua teoria do “engrandecimento” do legislativo federal, Madison acreditava que apenas um grupo seletivo e qualificado de pessoas chegaria ao Congresso. O mesmo, contudo, não se aplicava a parlamentos

⁴³ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 109.

⁴⁴ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019.p. 151.

⁴⁵ MADISON, James. **Notes of Debates in the Federal Convention of 1787.** Ohio University Press, 1966, excerto do dia 6 de junho.

estaduais, sujeitos a pressões locais e especialmente vulneráveis a ofensivas de maiorias transitórias. A onda de leis populistas que perdoaram dívidas e emitiram papel-moeda provava isso de modo traumático.

Todavia, por mais central que fosse à visão do governo federal defendida por Madison, o “veto nacional” foi rejeitado pela Convenção da Filadélfia, mesmo em sua versão mais atenuada, na qual apenas leis estaduais inconstitucionais poderiam ser suspensas.⁴⁶ A história mostraria que essa foi a principal derrota do Plano da Virgínia, imposta pelos delegados mais céticos, com relação ao crescimento dos poderes do governo federal.

A representação dos estados no Congresso

Após a ampliação dos poderes do governo central, os estados perderiam sua soberania em troca de uma maior coesão nacional. Com a criação de um executivo nacional, além disso, os atos do governo federal incidiriam diretamente sobre os cidadãos, sem passar pelos poderes executivos estaduais. Madison acreditava que a igual representação dos estados no Congresso, estabelecida pelos *Artigos*, daria lugar a um novo critério, como o número de cidadãos de cada ente.⁴⁷

Estados pequenos, como Delaware e Rhode Island, seriam pesadamente prejudicados pela medida que conferiria, aos estados mais populosos, domínio sobre o Congresso. Estados escravocratas também protestaram durante a Convenção, pois seus números expressivos de escravos não seriam levados em conta pelo critério, já que escravos não eram considerados cidadãos.

⁴⁶ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 125.

⁴⁷ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 112.

A resposta negativa à regra de representação proposta por Madison não pôde ser contida pela vontade dos estados mais populosos, mesmo porque a Convenção ocorria na vigência dos *Artigos* que garantiam paridade de representantes. Em outras palavras, o *status quo* e a ausência de nova constituição preservariam o poder de estados pequenos. Para que eles embarcassem no novo projeto de nação, seria necessário convencê-los de que seus interesses não seriam diluídos.

A regra de contar uma pessoa escravizada como três- quintos de um cidadão comum (*three-fifths rule*) foi aprovada com ampla maioria pela Convenção como forma de massagear o ego dos estados sulistas, de cuja simpatia o texto constitucional precisava para unificar todo o país. No mesmo dia, todavia, a Convenção rejeitou, por um único voto, a proposta de tornar a representação no Senado igual para todos os estados.⁴⁸ Ela buscava preservar, na segunda câmara do novo Congresso, a estrutura representativa do Congresso estruturado pelos *Artigos da Confederação*.

Mais tarde, estados pequenos argumentariam em bloco a favor da aprovação da representação paritária. Empregando técnicas de negociação de *brinkmanship*, seus delegados definiram a proposta como um ponto sem o qual não apoiariam uma constituição em nenhuma hipótese. Em seguida, ameaçaram abandonar a Convenção e voltar para suas cidades.⁴⁹

A pressão levou estados mais populosos a cederem e, finalmente, apoiarem a proposta do delegado William Johnson, de Connecticut – um estado médio–, segundo a qual as duas câmaras do Congresso seguiriam regra distintas de representação. A primeira seria desenhada como uma casa do povo da sociedade nacional, enquanto que a outra seria a casa dos estados da federação. Nas palavras do idealizador da proposta, John Dickinson, “em uma câmara, o povo deverá estar

⁴⁸ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 127.

⁴⁹ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 140.

representado; na outra, os estados”.⁵⁰ Em outras palavras, foi feita uma troca entre estados grandes e estados pequenos: “os estados grandes haviam conseguido uma casa proporcional; os estados pequenos haviam conseguido uma representação paritária no Senado”.⁵¹

A “regra dos três- quintos” e a representação paritária no Senado não estavam no projeto inicial de Madison, que pretendia liberar os estados maiores de amarras excessivas impostas pelos *Artigos*. Entretanto, elas foram concessões imprescindíveis para o assente do texto constitucional pelos estados pequenos e escravocratas, os quais, juntos, eram maioria na Convenção da Filadélfia.

2.3. A Constituição de 1787 e sua ratificação

2.3.1. Os Artigos Federalistas

A Convenção da Filadélfia chegou a um texto consensual após semanas de debate intenso sobre interesses regionais aparentemente inconciliáveis. Por mais que a Constituição, escrita em 1787, não tenha endossado todos os pilares do Plano da Virgínia, Madison participou ativamente da campanha por sua ratificação, que deveria ocorrer em cada um dos estados-membros para que o texto constitucional pudesse começar a vigor.

A campanha de ratificação foi liderada, no âmbito intelectual, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, autores de *Os Artigos Federalistas*, um manual de explicação e de defesa dos principais trechos da Constituição escrita em 1787, usado para difundir, nos estados, os ideais da proposta constitucional e para convencer as assembleias locais a ratificarem o texto aprovado em Filadélfia.

⁵⁰ MADISON, James. **Notes of Debates in the Federal Convention of 1787**. Ohio University Press, 1966, excerto do dia 29 de junho.

⁵¹ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President**. New York: Random House, 2019, p. 199-200.

O mais famoso dos artigos federalistas é o de número 10, o primeiro escrito por Madison, no qual ele articulou e defendeu sua teoria do “engrandecimento” da república com a transferência de mais poder para o governo central. Nas palavras de Feldman,

O Madison teórico havia concebido o ‘engrandecimento’ da república como a solução para o problema da opressão pela maioria. O Madison constituinte havia, na Convenção, conseguido a aprovação da teoria. Agora o Madison agente político estava defendendo a ratificação com a mesma teoria.⁵²

A função precípua da nova estrutura constitucional seria “quebrar e controlar a violência de facção”.⁵³ Os principais motivos para a formação dessas facções, na visão de Madison, eram econômicos.⁵⁴ A melhor forma de impedir o império de facções locais seria erguer uma instituição sóbria e responsável para controlar excessos estaduais. A distância da população, garantida por mandatos mais longos e por competências sempre de abrangência nacional, impediria a captura do Congresso por facções e interesses isolados que oprimiriam minorias políticas.

Já antecipando ataques à Constituição pela baixa responsividade do Congresso – e especialmente do Senado – ao povo, Madison esclareceu, no artigo federalista de número 14, que a intenção do constituinte de Filadélfia não era fundar uma democracia pura, em que o eleitor dá *feedbacks* imediatos às decisões de seu representante, que reage de acordo. Nas palavras do delegado constituinte Benjamin Franklin, quando perguntado por uma senhora qual havia sido o resultado da Convenção de Filadélfia, ele respondeu: “uma *república*, se vocês conseguirem mantê-la”.

⁵² FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 183.

⁵³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers** (Clinton Rossiter ed.). Mentor Books, 1961, n. 10.

⁵⁴ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President.** New York: Random House, 2019. p. 181.

A Constituição pretendia criar um governo federal representativo, mas não inteiramente responsivo ao povo. Nesse sentido, Madison defendeu, ao longo dos artigos federalistas 52 e 53, eleições bienais – em vez de anuais – para a casa de representantes, argumentando ainda pela superioridade de uma republicana de governo.

Na mesma linha, no artigo federalista de número 14, explicou aos leitores do texto constitucional, em processo de ratificação, que a intenção dos delegados reunidos em Filadélfia foi desenhar uma república capaz de proteger direitos fundamentais, especialmente o direito de propriedade, com amplos – embora não absolutos – poderes às maiorias populares. O texto constitucional rejeitou a democracia pura por entendê-la suscetível à captura, por maiorias momentâneas, e vulnerável ao autoentrincheamento (*self-entrenchment*) realizado por forças políticas transitórias.

Fazendo alusão ao artigo federalista de número 10, Madison afirmou ainda que apenas uma União republicana e representativa, como a construída pelo texto de 1787, seria o “antídoto apropriado para as doenças da facção, que se provaram fatais para outros governos populares”.⁵⁵

Essa forma republicana estaria protegida não apenas pelas palavras da Constituição, mas pela estrutura em si do governo federal nela estabelecido: “a constituição não poderia limitar o poder governamental por simples declaração. Na verdade, a *estrutura* da constituição deve ser desenhada para que participantes no governo imponham esses limites”.⁵⁶

No artigo federalista 51, Madison explicou que a “ambição deve neutralizar a ambição”, em uma síntese da teoria de freios e contrapesos incorporada pelo texto constitucional. A solidez

⁵⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers** (Clinton Rossiter ed.). Mentor Books, 1961, N. 14.

⁵⁶ FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President**. New York: Random House, 2019. p. 206.

da forma republicana nos Estados Unidos estaria protegida pela ausência de força preponderante dentro do governo federal capaz de oprimir as demais instituições, pois, a cada departamento, seriam dados “os meios constitucionais necessários [...] para resistir a invasões dos outros”.⁵⁷

Em resumo, os artigos federalistas defendem a superioridade da forma republicana sobre democracias puras. Trata-se do instrumento ideal para impedir a ascensão de facções capazes de se insularem no poder ou de perseguirem minorias ocasionalmente na oposição. A estrutura em si do governo federal é capaz de preservar sua forma republicana, na medida em que os poderes são exercidos numa lógica permanente de freios e contrapesos. Além disso, mandatos mais longos e competências sempre nacionais levariam, segundo a teoria do “engrandecimento” de Madison, a decisões sóbrias pelo governo federal.

2.3.2. *O texto final da Constituição*

O texto final da Constituição dos Estados Unidos cumpriu o principal objetivo da Convenção de Filadélfia e atribuiu, ao governo central, novas competências para que ele pudesse agir pelo país.

De início, em observância à primeira resolução aprovada pela Convenção, os primeiros três artigos da Constituição criaram três poderes que comporiam o governo federal dos Estados Unidos: um legislativo, um executivo e um judiciário. A criação de um executivo federal garantiria a capacidade de o governo central atuar diretamente na vida dos cidadãos, sem necessidade de consenso por parte dos estados. Com isso, as normas federais deixariam de ser recomendações feitas aos estados e passariam a vigorar com eficácia imediata garantida pelo presidente, chefe do Poder Executivo.

⁵⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers** (Clinton Rossiter ed.). Mentor Books, 1961, N. 51.

Em segundo lugar, seu Artigo 1º, Seção 8, elencou as várias e novíssimas competências do Congresso, incluindo o poder de criar e de cobrar tributos, bem como o de regular o comércio internacional e interestadual:

Article 01, Section 08

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

Com a inauguração dos poderes legislativo, executivo e judiciário federais, os Estados Unidos poderiam agir como um corpo só, sem as amarras aos estados impostas pelos *Artigos da Confederação*. Por exemplo: o país poderia revidar com a imposição de tarifas e de tributos ao Império Britânico – na guerra comercial iniciada ao final da Guerra da Independência–, que bloqueou o acesso de boa parte dos consumidores aos produtos estadunidenses.

A Constituição também conferiu ao Congresso as competências necessárias para pôr fim à onda de populismo econômico que havia tomado os legislativos estaduais na década de 1780. Ela determinou, então, que apenas o Congresso poderia emitir moeda, tornando ilegal a prática estadual de emitir papel-moeda como medida de alívio econômico.

Por fim, concedeu, ao Congresso, a competência de suprimir insurreições internas, a exemplo da Rebelião de Shays que traumatizou o constituinte no ano da convenção de Filadélfia, em Massachusetts:

Article 01, Section 08

The Congress shall have Power [...] To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, [...] To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions;

De maneira mais controversa, o constituinte inseriu no texto final aprovado em Filadélfia uma cláusula geral de poderes ao Congresso: a *necessary and proper clause*. Ela soma ainda, a

cada competência elencada ao longo da Seção 8, todos os poderes “necessários e apropriados” para executar as competências expressas:

Article 01, Section 08

The Congress shall have Power [...] To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Trata-se de uma revolução contra o modelo engessado dos *Artigos da Confederação*, que garantia ao governo federal apenas os poderes explicitamente conferidos a ele. A Constituição incluiu, também, uma cláusula aberta de poderes implícitos para o governo federal, o que ampliou sua esfera de influência e também o medo dos opositores do texto constitucional, os quais desconfiavam de como todos esses poderes seriam executados quando sua vigência começasse.

Benedito Spinoza havia enfatizado, em sua obra escrita mais de um século antes, a impossibilidade lógica de dois soberanos coabitarem uma única ordem política.⁵⁸ Por mais que houvesse separação interna do poder, apenas a União ou apenas os estados-membros poderiam gozar de soberania. Não poderia haver *imperium in imperio*, ou seja, um império dentro de outro império.

Em Filadélfia, as alternativas eram claras. O país poderia permanecer uma *confederação*, em que a Constituição funcionaria como um tratado entre os estados soberanos, ou se transformaria em *união*, em que tudo gravitaria em torno da Constituição e apenas os Estados Unidos seriam soberanos. A parte inicial da Constituição deixou clara a escolha: o objetivo do novo texto seria “formar uma União”, não uma confederação, “mais perfeita”.⁵⁹

⁵⁸ SPINOZA, Benedict. **Theological Political Treatise**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 228.

⁵⁹ O famoso texto que dá início à Constituição, em sua íntegra: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the

Após sua ratificação em todos os estados, o texto de Filadélfia começou a vigor. Sua capacidade de preservar um país unificado e de promover o desenvolvimento de todas as suas partes foi então testada sucessivas vezes com sucesso, até demonstrar fraquezas que levariam à Guerra Civil e à morte de 2% da população do país.

general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

3. A CONSTITUIÇÃO E A SUPREMA CORTE: PRIMEIRAS INTERAÇÕES

A Constituição de 1787 criou um Poder Judiciário federal, encabeçado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e complementado por cortes inferiores, criadas pelo Congresso. Nos termos do Artigo 3º, Seção 1, da Constituição,

Article 03, Section 01

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.

A Seção 2 do mesmo artigo elenca cada competência da justiça federal estadunidense, sendo que os demais casos ficam reservados à autoridade das justiças estaduais. Por exemplo: casos surgidos de controvérsias em torno do conteúdo da Constituição (*cases arising under this Constitution*) está entre os que serão decididos pelo Poder Judiciário da União.

Nesse sentido, o constituinte de 1787 conferiu, à Suprema Corte e às cortes federais, autoridade para interpretar o texto constitucional por ele escrito, bem como para decidir sua aplicação em casos concretos.

O desenrolar da história estadunidense provaria que esse poder não é banal. Pelo contrário, por conta da altíssima rigidez da Constituição de 1787, muitas vezes a interpretação judicial por cortes federais – e especialmente pela Suprema Corte – seria utilizada para alterar a eficácia da Constituição por vias informais, driblando a dura regra de emendabilidade do Artigo 5º.

3.1. *Marbury v. Madison* (1804)

A primeira demonstração do poder interpretativo da Suprema Corte estadunidense ocorreu na célebre opinião do caso *Marbury v. Madison*, escrita pelo Chief Justice John Marshall. A conjuntura histórica do caso era uma disputa partidária entre federalistas, liderados pelo presidente

derrotado na sua tentativa de reeleição, John Adams, e democrata-republicanos, liderados pelo candidato vencedor na eleição presidencial de 1800, Thomas Jefferson.

Com a derrota nas urnas, Adams utilizou seus últimos dias de maioria para, ao lado do Congresso, ainda dominado pelo partido federalista derrotado, criar 42 postos no Poder Judiciário e preenchê-los com “nomeações judiciais de última hora”⁶⁰ antes que Jefferson assumisse a presidência.⁶¹ Em 04 de fevereiro de 1801, por exemplo, John Marshall foi indicado para o cargo de juiz-presidente, ou *Chief Justice*, da Suprema Corte estadunidense. À época, Marshall era Secretário de Estado, cargo que ocuparia concomitantemente ao de Chief Justice até o fim do governo Adams.

Mais tarde, em 02 de março, William Marbury foi nomeado para uma posição simples de juiz de paz. Marbury foi confirmado pelo Senado americano no dia 03 seguinte e teve sua comissão de magistrado assinada pelo presidente Adams naquela tarde, um dia antes da posse de Jefferson.

Entretanto, em meio à agitação do último dia de governo, seu título de detentor do cargo não foi entregue em tempo hábil por John Marshall, Secretário de Estado e responsável pelo envio burocrático da comissão de magistrado. No dia seguinte, seu envio foi bloqueado por James Madison, o novo Secretário de Estado dos Estados Unidos, no primeiro dia de governo do presidente Thomas Jefferson.⁶²

⁶⁰ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20. ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 2.

⁶¹ VAN ALSTYNE, William. A Critical Guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, v. 18, n.1, p. 4, 1969

⁶² VAN ALSTYNE, William. A Critical Guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, v. 18, n.1, p. 5, 1969.

William Marbury, então, peticionou “à Suprema Corte, buscando um *writ of mandamus* para obrigar Madison a entregar sua comissão que, segundo alegava, Madison não tinha o direito de reter”.⁶³

Curiosamente, James Madison, o principal arquiteto do Plano da Virgínia, projeto do qual surgiu a Constituição de 1787 em Filadélfia, tornou-se réu no antológico caso que reposicionou e ampliou o alcance do Poder Judiciário na separação de poderes por ele próprio idealizada.

No caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte teceu comentários sobre sua função e avançou algumas casas em direção ao centro do tabuleiro político americano. John Marshall, escrevendo pela Corte, deu sua contribuição à criação de Madison e do constituinte de Filadélfia.

O juiz-presidente da Suprema Corte apreciou a demanda de Marbury de maneira analítica, desdobrando-a em 03 perguntas:

1. O demandante tem direito à comissão pleiteada?
2. Se ele tem um direito, e esse direito foi violado, as leis deste país oferecem-lhe um remédio processual?
3. Se elas, de fato, oferecem um remédio processual, é ele um *mandamus* a ser emitido por esta Corte?

A resposta às duas primeiras perguntas foi afirmativa. Marbury tinha direito a sua comissão de magistrado e esse direito fora violado pelo governo de Jefferson, representado por Madison.

Contudo, a possibilidade de a Suprema Corte emitir ordens de *mandamus* havia sido criada pelo *Judiciary Act* de 1789, aprovado logo após a entrada em vigor da Constituição, com o objetivo de erguer cortes federais inferiores. Marshall havia entendido, entretanto, que uma lei ordinária

⁶³ VAN ALSTYNE, William. A Critical Guide to *Marbury v. Madison*. *Duke Law Journal*, v.18, n. 1, p. 4, 1969.

não poderia estender a competência adjudicativa originária da Suprema Corte, cristalizada no texto constitucional. Apenas uma emenda poderia fazê-lo.

Marshall esclareceu: “um sentido negativo ou exclusivo deve ser dado” ao rol de competências originárias da Suprema Corte, contido no Artigo 2º, Seção 03, da Constituição, sendo ele um rol taxativo; do contrário, o trabalho do constituinte de descrever as competências judiciais teria sido inútil e dispensável. Teria sido apenas “forma sem substância”.⁶⁴

A Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que ampliou a competência originária da Suprema Corte, foi então declarado inconstitucional na opinião de Marshall.⁶⁵ Por isso, a resposta para sua terceira pergunta seria negativa, o que impediria a Suprema Corte de emitir uma ordem de *mandamus* contra James Madison, para forçá-lo a entregar a comissão de Marbury.

O controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos ganhou notoriedade, nos Estados Unidos, a partir dessa decisão. Na opinião da Suprema Corte, consolidada a partir do precedente mencionado, Marshall afirmou não apenas o poder, mas o dever do Poder Judiciário de repelir leis contrárias à Constituição. O ex-Secretário de Estado asseverou que

[I]f a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the

⁶⁴ *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶⁵ Eis o inteiro teor da Seção 13 do Judiciary Act de 1789, 1 Stat. 73: “And be it further enacted, That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors, or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues of fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.”

constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.⁶⁶

Fundou-se, com isso, o chamado controle difuso da constitucionalidade de leis e de atos normativos, pois abriu-se a possibilidade de o Poder Judiciário, em um caso concreto, invalidar a aplicação de uma lei aprovada democraticamente, por ser ela contrária à Constituição.⁶⁷ A decisão representou “a primeira e mais elaborada justificação pela Corte do seu poder de *judicial review*”.⁶⁸

De fato, estudiosos contemporâneos esclareceram que Marshall não precisava ter adentrado o tema do *judicial review*, pois o caso poderia ter sido solucionado, pelo menos, de 04 formas diferentes: com interpretação construtiva da lei em questão, com aplicação do *common law* vigente, como uma questão política que não poderia ser tocada pela Corte ou com interpretação do rol de competências originárias como exemplificativo.⁶⁹

O controle de constitucionalidade estadunidense, contudo, é uma espécie de jurisdição constitucional na qual a inconstitucionalidade é apenas a causa de pedir, mas não o pedido. Esse consiste em algum bem da vida exoprocessual, demandado pelo requerente da ação.

No caso de William Marbury, por exemplo, ele demandava seu título de juiz, que James Madison se recusou a entregar, para poder iniciar o exercício da magistratura. A inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo Congresso estadunidense era apenas uma questão incidental e preliminar à solução do mérito.

⁶⁶ *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶⁷ VAN ALSTYNE, William. A Critical Guide to Marbury vs. Madison. **Duke Law Journal**, v.18, n, 1, p.1-47, 1969.:

⁶⁸ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019, p. 1.

⁶⁹ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019, p. 11.

A reação à decisão não foi inteiramente positiva. Os partidários de Jefferson alertaram que “um judiciário armado com a autoridade de invalidar atos do Congresso e, a uma só vez, insulado e isolado de responsabilidade política, se transformaria em um tirano, dobrando a nação de acordo com sua vontade”.⁷⁰

Entretanto, Marshall foi cuidadoso ao dar esse passo na direção do *judicial review* sem confrontar as forças políticas da época. Afinal de contas, a decisão foi tomada em favor do governo Jefferson e não obrigou James Madison, então Secretário de Estado, a entregar a comissão de Marbury. Por isso, não havia nada a ser feito pelo governo, nenhuma resistência a organizar ou ordem para descumprir. Tivesse a Suprema Corte decidido pela emissão da ordem de entrega da comissão, Jefferson e Madison teriam simplesmente ignorado essa ordem, o que teria feito a Corte parecer impotente e colocaria em foco a maleabilidade do Judiciário. Isso tudo num momento em que ele ainda sofria para se firmar e se afirmar na ordem constitucional.

Marshall afirmou o poder de *judicial review* da Suprema Corte ao negar seu poder para obrigar o governo Jefferson a entregar a comissão de Marbury. Ao mesmo tempo, restringiu a competência originária da Corte, limitando-a aos casos descritos no próprio texto constitucional. Ele inovou no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, na medida em que o constituinte, em si, não havia endossado a invalidação judicial de leis, especialmente não de leis federais.⁷¹

Aqui está a genialidade da decisão, que já foi chamada de heroica⁷², bem como o motivo de sua longevidade como precedente válido até hoje no *common law* dos Estados Unidos. Marshall moldou o conteúdo da Constituição, interpretando-a para dar, ao Poder Judiciário, a capacidade de

⁷⁰ O'FALLON, James. Marbury. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 219, 1992.

⁷¹ KRAMER, L.D. The Supreme Court, 2000 Term—Foreword: We the Court. *Harvard Law Review*, v. 115, p. 4-169, 2001.

⁷² WEINBERG, Louise. Our Marbury. *Virginia Law Review*, v.9, p. 1235, 2003.

invalidar leis democraticamente aprovadas, cujos conteúdos fossem inconstitucionais. Fez isso em uma decisão aparentemente humilde, na qual abre mão de competências e se recusa a intervir nas ações do Poder Executivo. A falta de inimigos políticos imediatos permitiu, à decisão, florescer. As sementes do *judicial review* estavam plantadas e seus frutos seriam colhidos mais tarde, no futuro, com altivez e enfrentamento dos outros poderes pelo Judiciário.

3.2. *McCulloch v. Maryland* (1819)

A Convenção de Filadélfia, que resultou na Constituição mais longeva da história, foi marcada pelo conflito entre, de um lado, estados que buscavam manter sua soberania, conferida pelos *Artigos da Confederação*, e, de outro, estados que gostariam de constituir um governo central forte e atuante.

Um dos pontos polêmicos do novo texto constitucional foi a *Necessary and Proper Clause*, uma cláusula aberta de poderes do Congresso, que autorizava também poderes implícitos. Além dos vários poderes incluídos expressamente na Seção 08 do Artigo 1º, caberia também ao Congresso aprovar “toda lei que fosse necessária e apropriada para executar esses poderes”. Estava abandonado, portanto, o rol taxativo de poderes do governo federal adotado pelos *Artigos*.

Durante o processo de ratificação da Constituição nos estados, Madison escreveu, em *Os Artigos Federalistas*, que a cláusula seria inofensiva e, na verdade, já estaria implícita no restante do texto constitucional:

Tivesse a Constituição ficado em silêncio nesse tópico, não poderia haver dúvida de que todos os poderes particulares empregados como meio de se executar os

poderes gerais também teriam sido assegurados ao governo, por implicação inevitável.⁷³

Naturalmente, a abertura semântica das palavras “necessária” e “apropriada” deu ao Poder Judiciário, na decisão de casos difíceis sobre a extensão dos poderes do Congresso, a tarefa de endossar uma doutrina sobre a *Necessary and Proper Clause* que possibilitasse maior previsibilidade ao texto constitucional.

Foi o que a Corte fez no caso *McCulloch v. Maryland*, “a mais importante decisão da Suprema Corte na história americana, definindo a abrangência dos poderes do Congresso e delineando a relação entre o governo federal e os estados”.⁷⁴ Mais de uma década após a decisão do caso *Marbury*, ainda sob a liderança de John Marshall, a Suprema Corte voltou a enunciar uma decisão que marcaria a história dos Estados Unidos por mais de século.

O caso era simples, do ponto de vista dos fatos. O estado de Maryland havia criado um tributo sobre todas as notas de crédito emitidas por bancos incorporados fora de Maryland. À época, o tributo foi um avanço na batalha política do estado contra o *Second Bank of the United States*, banco federal criado pelo Congresso e único sobre o qual o novo tributo incidiria.⁷⁵

Mesmo após a aprovação da nova lei, James McCulloch, caixa em um estabelecimento do *Second Bank of the United States* em Maryland, continuou suas operações sem pagamento do novo tributo, o que levou o estado a processá-lo para cobrar o valor com multa.

⁷³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers* (Clinton Rossiter ed.). Mentor Books, 1961, n. 41.

⁷⁴ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 5 ed. New York: Aspen Casebook Series, 2017. p. 116.

⁷⁵ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. *Constitutional Law*. 20. ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 79-80.

Após ser condenado duas vezes por cortes estaduais, McCulloch recorreu à Suprema Corte. Em sua opinião, o juiz-presidente Marshall procedeu analiticamente, assim como fizeram no caso *Marbury*, dividindo-o em duas questões que precisariam ser decididas:

1. A Constituição deu ao Congresso autoridade para incorporar o *Second Bank of the United States*?
2. A Constituição permite a interferência de Maryland na atividade da entidade federal?

Na resposta à primeira pergunta, Marshall interpretou “amplamente” a *Necessary and Proper Clause* do Artigo 1º, Seção 8.⁷⁶ A criação de bancos não estaria entre os poderes expressos que foram conferidos pelo constituinte de 1787 ao Congresso. Trata-se, na visão da Corte, de um desdobramento do poder do Congresso de regular o comércio internacional e o comércio entre estados da federação. Nesse ponto, a decisão de Marshall deu início a uma cultura de “deferência” ao exercício, pelo Congresso, de seus poderes enumerados e endossou, pela primeira vez, a tese de que a Constituição criara para ele poderes implícitos.

Marshall entendeu que uma relação de meios e fins (*means and ends*) deveria existir entre a criação de um banco e o poder expresso que essa medida visa a executar. Em outras palavras, a Corte não decidiu, no caso *McCulloch*, apagar todo e qualquer limite à *Necessary and Proper Clause*. Para ser “necessária” e “apropriada”, uma medida, como criar um banco, deveria avançar em alguma finalidade legítima contida no texto constitucional.

⁷⁶ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20. ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 90.

Antes do caso *McCulloch*, a extensão da autoridade do governo federal era um tanto obscura.⁷⁷ Não havia sequer um critério claro de aplicação da *Necessary and Proper Clause*, o que foi desenvolvido na resposta à primeira questão levantada pelo caso. Na verdade, a constitucionalidade da criação de um banco pelo Congresso estava longe de ser óbvia para os constituintes (*framers*) de Filadélfia.

James Madison e Thomas Jefferson se opuseram à criação de um banco federal, pois acreditavam que a Constituição não havia outorgado esse poder ao Congresso. A incorporação do banco ocorreu na gestão Washington, primariamente por influência do então Secretário do Tesouro, Alexander Hamilton, também um pai-fundador dos Estados Unidos e coautor, ao lado de Madison, de *Os Artigos Federalistas*.

Hamilton prevaleceu no ambiente político, com a aprovação de dois bancos pelo Congresso, nos anos seguintes à ratificação da Constituição, e também na batalha judicial que teve como epicentro o caso *McCulloch*.

Mas o caso não discutia apenas a constitucionalidade do *Second Bank of the United States*. Em segundo lugar, sedimentada a constitucionalidade do banco criado pelo Congresso estadunidense, coube à Suprema Corte decidir se o tributo imposto pelo estado de Maryland estaria violando a Constituição.

Partindo do conteúdo literal da Constituição, a resposta seria de que, sim, o estado de Maryland poderia tributar uma entidade do governo federal, pois “nenhum trecho do texto especifica que entidades federais são imunes à tributação estadual”.⁷⁸

⁷⁷ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald. **Constitutional Law**. 8.ed. St. Paul: Thomson West, 2010. p. 141.

⁷⁸ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 91.

Entretanto, Marshall começou essa parte da opinião da Corte esclarecendo que o poder de tributar constituía, de maneira indireta, um poder para destruir (*the power to destroy*). A partir de um raciocínio estrutural, o Chief Justice concluiu, então, pela imunidade recíproca entre os entes da federação, ou seja, entre Maryland e o *Second Bank of the United States*, imunidade sem a qual não prevaleceria a harmonia entre as esferas federal e estadual de poder.

A criatividade interpretativa de Marshall criou o cânone “estrutural” de interpretação do texto constitucional, empregado hodiernamente por cortes supremas pelo mundo. Nas palavras de Charles Black Jr.,

O raciocínio de Marshall nessa parte do caso é, como eu o leio, essencialmente estrutural. Ele tem a ver enormemente com o que ele concebe como as propriedades relacionais desejáveis entre o governo nacional e os governos dos estados, com os corolários estruturais de supremacia nacional (...). Este julgamento é alcançado não fundamentalmente na base de exegese textual que costumamos enxergar como normal, mas na base de raciocínios a partir da estrutura total que o texto criou.

A decisão do caso *McCulloch* foi duplamente importante para a doutrina judicial de interpretação da Constituição americana. Além de endossar a teoria dos poderes implícitos e de ampliar o alcance da *Necessary and Proper Clause*, ela também deu forma a uma nova maneira de se ler o texto constitucional, procurando não apenas o sentido de suas palavras, mas dando força normativa à estrutura de supremacia nacional por ele criada.

3.3. *Gibbons v. Ogden* (1824)

Uma das preocupações centrais do constituinte de 1787 era garantir ao Congresso o poder exclusivo de regular o comércio interestadual, para impedir práticas discriminatórias entre estados e assegurar a livre circulação de mercadorias em território nacional.

Para tanto, foi incluída, no texto constitucional, a *Commerce Clause*:

Article 01, Section 08

The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

Entre outras coisas, a *Commerce Clause* dotou o governo federal das competências de que ele precisava para superar guerras comerciais entre os estados no contexto pré-Constituição. Além disso, ela possibilitou uma resposta enérgica dos Estados Unidos, como um corpo unido e orgânico, à política de discriminação contra produtos estadunidenses, implementada pelo Império Britânico após a derrota na Guerra de Independência.

A decisão da Suprema Corte no caso *Gibbons v. Ogden* fez, para a *Commerce Clause*, algo semelhante ao que o caso *McCulloch* havia feito para a *Necessary and Proper Clause*. O contexto fático do caso também não era dos mais complexos.

Segundo a lei do estado de Nova Iorque, Aaron Ogden possuía uma balsa para transporte de pessoas de Nova Iorque para Nova Jersey. Ele havia adquirido sua licença dos detentores do monopólio para operar barcos a vapor no território do estado. Por sua vez, Thomas Gibbons tinha uma licença federal para operar balsas “no comércio costeiro” e realizava o transporte de pessoas para o estado de Nova Iorque.⁷⁹

Nas cortes estaduais, Ogden conseguira uma ordem liminar que proibia Gibbons de continuar transportando pessoas em território nova-iorquino, mas ela foi revertida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em decisão redigida, mais uma vez, pelo Chief Justice John Marshall.⁸⁰

⁷⁹ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20. ed New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 114.

⁸⁰ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 114.

A pergunta que se colocou à Corte foi simples: o poder de regular o comércio interestadual, garantido pela Constituição ao Congresso, abrangia atos de navegação e trânsito de pessoas entre estados? John Marshall entendeu que sim e que atos de navegação interestadual, por configurarem uma modalidade de comércio, estariam fora do poder de política estadual. A licença federal de Gibbons, portanto, prevaleceria sobre o monopólio estadual concedido a Ogden.

Para chegar a essa conclusão, Marshall repetiu sua interpretação da *Necessary and Proper Clause* no caso *McCulloch*, só que de um jeito ainda mais extremo e deferente ao Congresso. Dessa vez, o Chief Justice escreveu que

Este poder [o poder de regular o comércio interestadual], como todos os demais poderes conferidos ao Congresso, é completo nele mesmo, pode ser exercido em seu limite máximo e não admite limitações, a não ser aquelas prescritas pela própria Constituição. Se, como sempre se entendeu, a soberania do Congresso, embora limitada a objetos específicos, é plena para esses objetos, o poder sobre o comércio é conferido ao Congresso de maneira tão absoluta como seria concedido a um governo unitário [...].

Em outras palavras, a *Commerce Clause* não poderia sofrer limitações interpretativas, de forma que apenas a literalidade do texto constitucional poderia restringi-la.

Como havia feito no caso *McCulloch*, também no *Gibbons*, Marshall deu um passo na direção do empoderamento do governo federal, lendo a Constituição de maneira a ampliar as competências e os poderes do Congresso, rejeitando a possibilidade de podar leis federais em defesa dos estados-membros.

3.4. Conclusão

Cada um a sua forma, *Marbury*, *McCulloch* e *Gibbons* moldaram as normas constitucionais em vigor nos Estados Unidos. Normas, nesse caso, são as determinações jurídicas extraídas do texto constitucional.

Como visto, a invalidação judicial de leis aprovadas pelo Congresso não foi antecipada pelo constituinte de Filadélfia quando ele criou um poder judiciário federal, encabeçado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Trata-se de inovação não óbvia do ordenamento jurídico estadunidense, iniciada com a decisão no caso *Marbury*, promovida pela via informal da interpretação judicial, sem passar pelos rigores da regra de emendabilidade do Artigo 5º.

O mesmo se aplica à amplíssima leitura da *Necessary and Proper Clause* feita pelo Chief Justice Marshall ao decidir o caso *McCulloch*. Naquela ocasião, apenas uma relação meio/fim entre, de um lado, a nova lei e, do outro, um dos poderes enumerados no texto constitucional, seria suficiente para justificar qualquer medida adotada pelo Congresso.

A Suprema Corte poderia ter decidido de maneira diferente. Na verdade, o principal membro da Convenção de Filadélfia, James Madison, manifestou-se pela impossibilidade de a União incorporar um banco federal, por entender que essa competência estaria incluída na 10ª emenda e poderia ser exercida apenas pelos estados.

Nesse sentido, as decisões dos casos *Marbury*, *McCulloch*, e *Gibbons* foram fundacionais (*landmark cases*) do constitucionalismo dos Estados Unidos. Por terem sido tomadas poucos anos após a aprovação da Constituição, elas moldaram sua interpretação ao longo dos seus dois séculos de vigência.

No caso *Marbury*, fundou-se o conceito de *judicial review* e abriu-se a porta para futuras intervenções judiciais nas leis inconstitucionais aprovadas pelo Congresso. No caso *McCulloch*, foram ampliados, agressivamente, os poderes do governo federal frente aos estados, com a teoria

dos poderes implícitos, além de se ter introduzido a ideia de imunidade recíproca entre os entes da federação. Por fim, o caso *Gibbons* conferiu uma interpretação ampliativa à *Commerce Clause* que garantia, ao governo federal, ampla margem de manobra na regulação de qualquer atividade remotamente relacionada ao comércio, o que mudou apenas anos depois com o *New Deal*.

Por seus precedentes, mesmo não tendo integrado a Convenção de Filadélfia, John Marshall deixou uma marca significativa na Constituição dos Estados Unidos, se se entender Constituição não como palavras em um pedaço de papel, mas como as regras do jogo democrático de um país.

Sua contribuição para a leitura oficial do papel do Poder Judiciário, da *Necessary and Proper Clause* e também da *Commerce Clause* deu continuidade à tendência de empoderamento e de expansão do governo federal, iniciada na Convenção de Filadélfia. Ela encontrou seu próximo pico na guerra civil dos Estados Unidos, com as emendas de reconstrução que trouxeram novas competências explícitas para o governo federal. No âmbito judicial e interpretativo, contudo, o próximo teste do poder do governo federal viria com a crise econômica de 1929 que levou à Grande Depressão e à aprovação do *New Deal*, pela coalização do presidente Franklin D. Roosevelt.

4. NEW DEAL: SUPERANDO A DEPRESSÃO ECONÔMICA DE 1929

4.1. A crise econômica de 1929

A queda da bolsa de valores de Nova Iorque, a *New York Stock Exchange* (NYSE), ocorreu primariamente em outubro de 1929, quando os preços das ações de empresas listadas na NYSE despencaram. O mercado de ações é apenas um espelho que reflete a situação econômica subjacente do país. A produção causa o fracasso da bolsa de valores e nunca o contrário.

No caso da queda de 1929, todavia, o espelho demorou para refletir a situação de depressão econômica que se instalava nos Estados Unidos no final da década de 1920 e culminaria com o *crash* de outubro de 1929.⁸¹

O altíssimo nível de especulação financeira protegeu o clima de otimismo com o progresso econômico em *Wall Street*. Isso durou até o momento em que a crise se tornou implacável e, de certo modo, grande demais para ser controlada.

De fato, os preços das ações continuaram a subir no início de 1929, assim como o nível escandaloso de especulação financeira. Essa ocorria pelo crescimento do valor nominal das empresas listadas na bolsa, desacompanhado de um crescimento real equivalente a seus níveis de produção.⁸²

Inicialmente, a expansão agressiva da bolsa de Nova Iorque em 1929 (chamada na literatura econômica de *boom of the nineteen-twenties*) não foi associada a níveis exagerados – e até criminosos – de especulação financeira. Ganhos empresariais também aumentaram e

⁸¹ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap.5. 1955.

⁸² GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap.4, I, 1955.

interpretava-se o *boom* da NYSE como um movimento do mercado financeiro para acompanhar o crescimento da capacidade produtiva dos Estados Unidos.⁸³

A desconfiança de alguns céticos, que profetizavam a queda bolsa que ocorreria em outubro, era respondida pelo Secretário do Tesouro do governo Calvin Coolidge, Andrew Mellon, à época no poder, com segurança na solidez do mercado. “Não existe causa para preocupação”, disse ele em 1929, pois “a onda alta de prosperidade vai continuar”.⁸⁴ Contudo, não continuou.

A bolha especulativa foi construída ao longo dos anos em que a prática de se investir dinheiro na bolsa de Nova Iorque era o melhor negócio possível para todos, até mesmo para empresas consolidadas. *Wall Street* oferecia retornos significativos e um risco baixo, evitando-se, com isso, as intempéries e complicações de se produzir algo. Todo o país queria fazer parte dessa grande proliferação de riquezas.

Um grande rio de ouro começou a convergir para *Wall Street* [...]. Empresas também consideravam essas taxas atrativas. Em 12%, *Wall Street* conseguiria mesmo oferecer um emprego mais lucrativo para o dinheiro em caixa de uma empresa do que uma produção adicional. Algumas firmas tomaram essa decisão: em vez de tentar produzir com suas várias dores de cabeça e inconveniências, eles se limitaram à especulação financeira. Várias novas empresas decidiram emprestar seus acúmulos de capital para *Wall Street*.⁸⁵

Em outras palavras, *Wall Street* havia desenvolvido uma maquinação para obter lucros, evitando, ao mesmo tempo “retornos indesejados e fardos” enfrentados por empresas do setor produtivo.⁸⁶ Lucros consideráveis foram auferidos pelos investidores.

⁸³ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap.1, III-IV, 1955.

⁸⁴ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap., V, 1955.

⁸⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap.01, VII, 1955.

⁸⁶ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap.01, VII, 1955.

Embora, de fato, os anos de 1928-29 tenham sido um momento particularmente positivo para a arrecadação de dinheiro na bolsa, o propósito especulativo era predominante naqueles anos.⁸⁷ Até mesmo pessoas comuns se apressavam para comprar ações e auferir ganhos de capital com o aumento contínuo de preços. Em síntese, todos procuravam “o aumento no preço sem os custos de propriedade [sobre um negócio]”.⁸⁸

Cada agente econômico, ao investir, pretende maximizar seus ganhos de capital. Empresas do ramo automotivo, por exemplo, não irão produzir mais carros numa margem de lucro de 10%, se investimentos igualmente seguros na bolsa rendem 12%. Nesse sentido, a lucratividade desproporcional da especulação na NYSE ampliou a dissonância entre o mundo financeiro e a realidade produtiva do país.

Nos anos que antecederam o *crash* da bolsa, cada vez mais empresas optavam por adiar projetos próprios a fim de obter lucros imediatos no mercado. O mesmo ocorreu com pessoas físicas, com poupanças que foram investidas na bolsa. A bolha apenas crescia.

Não é difícil entender o raciocínio matemático da onda de novos investidores que tomou *Wall Street* na década de 1920. Hodiernamente, no século XXI, a grande maioria de empresas toma decisões de investimento, calculando o valor presente líquido (*net present value*, ou NPV) dos usos alternativos do dinheiro em caixa. Nesse sentido, um ganho futuro, para fazer sentido, precisa ter um NPV positivo. Calcula-se o NPV através da divisão dos ganhos realizados com um investimento X pela taxa de juros que seriam auferidos caso o dinheiro fosse investido no mercado.

⁸⁷ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap. 03, I, 1955.

⁸⁸ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap.1, VII, 1955.

Em resumo, calcula-se se os ganhos com a produção serão maiores do que os ganhos com a especulação daquele valor.⁸⁹

A expansão agressiva da taxa de juros provoca uma fuga do dinheiro disponível da produção para a especulação financeira, que se torna incomparavelmente vantajosa para investidores. Uma taxa de juros alta provoca NPV's quase sempre negativos e, com isso, projetos promissores de produção deixam de ser interessantes.⁹⁰

A análise de projetos (*project analysis*) pode ser levada a cabo de várias maneiras pelos executivos do setor produtivo de uma empresa. Seu dever, entretanto, será sempre o de maximizar o valor da empresa para seus acionistas.⁹¹ Nesse sentido, o princípio da maximização do valor para o acionista (*shareholder primacy*) serve de guia para a atuação de empresas cujas ações se encontram listadas e são publicamente vendidas na bolsa, já que elas pertencem a um grupo difuso e diverso de investidores.⁹² A medida objetiva de sua vontade, para os gerentes da empresa, é colocar o dinheiro por eles investido nos projetos mais lucrativos.

Quando os executivos e gerentes de uma empresa precisam decidir entre uma pluralidade de projetos e aplicações possíveis para o dinheiro investido por seus acionistas, a melhor ciência sobre financiamento de empresas ensina vários possíveis critérios de escolha: análise de sensibilidade (*sensitivity analysis*), análise de cenário (*scenario analysis*), análise *break-even*, simulação Monte Carlo, árvores decisórias com opções reais, entre outras.⁹³

⁸⁹ BREALEY, Richard; MYERS, Stewart; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. New York: McGraw-Hill Education, 2020. p. 118.

⁹⁰ BREALEY, Richard; MYERS, Stewart; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. New York: McGraw-Hill Education, 2020. p. 135.

⁹¹ PALMITER, Alan. **Corporations: Examples & Explanations**. Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 11.

⁹² BEBCHUK, Lucian. The Case for Increasing Shareholder Power. **Harvard Law Review**, v. 118, n.3, 2004, p. 5-6.

⁹³ BREALEY, Richard; MYERS, Stewart; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. New York: McGraw-Hill Education, 2020. p. 257-266.

Elas têm, entre si, um ponto em comum: o custo de oportunidade do capital é levado em conta. Investir o dinheiro em caixa de uma empresa em ações significa abrir mão de expandir sua capacidade industrial, ou seja, por exemplo, aumentar o número de, voltando ao exemplo da indústria automotiva, carros por ela produzidos. Para simplificar, na análise de projetos, o NPV “depende apenas dos ganhos previstos para o projeto e do custo de oportunidade do capital”.⁹⁴

O custo de oportunidade para criar empregos, expandir indústrias e produzir era altíssimo em 1929. O altíssimo retorno oferecido por *Wall Street*, que chegou a 12% em títulos segurados de ações e dívidas, representou o pico do avanço da disparidade entre a especulação financeira e o investimento em produção. Houve uma fuga de capital das empresas para os bancos, as quais preferiam investir na bolsa do que em ativos reais de produção.

Por óbvio, contudo, a bolha da dissonância entre mercado e realidade não se sustentaria para sempre.

Em outubro de 1929, chegou a conta negativa da dissociação entre mercado e setor produtivo. No início da queda vertiginosa da bolsa de Nova Iorque, o índice de produção industrial do país já estava em 117, representando uma queda de 9 pontos em quatro meses. A produção de aço e de veículos caiu de junho em diante, assim como o setor da construção civil.⁹⁵

Em última instância, como um espelho atrasado da realidade produtiva do país, dias trágicos se concretizaram na NYSE. Com quedas monumentais nos preços das ações (foram 11 pontos a menos apenas em 19 de outubro, a *black monday*, proporção que se repetiu em 29 de outubro, a *black tuesday*), estava tomando forma o maior tombo do sistema financeiro de Nova Iorque já registrado até os dias de hoje. Quando o valor das empresas listadas na bolsa atingiu seu

⁹⁴ BREALEY, Richard; MYERS, Stewart; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. New York: McGraw-Hill Education, 2020. p. 110.

⁹⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap. 05, 1955.

piso, em 13 de novembro, ele correspondia a menos da metade do seu valor no início da crise financeira, 3 de setembro.⁹⁶

Após ensaiar uma recuperação no primeiro trimestre de 1930, a bolsa de valores voltou a cair abruptamente em junho daquele ano e, “desde então, com algumas poucas exceções, o mercado caiu semana a semana, mês a mês, e ano a ano até junho de 1932”.⁹⁷

Algo semelhante jamais aconteceu desde esse período, classificado pelos historiadores como a Grande Depressão. Para fins comparativos, enquanto o PIB global caiu cerca de 15% nessa época, entre 1929 e 1932, a queda do PIB global foi de menos de 1% como resultado da crise bancária de 2008 e 2009, que produziu na Grande Recessão.⁹⁸

À época da crise financeira de 1929 a 1933, Herbert Hoover chefiava o poder executivo federal como presidente dos Estados Unidos. Com o agravamento da queda produtiva e da disponibilidade de capital, Hoover manteve-se em uma posição coadjuvante na recuperação econômica.

Nas palavras do historiador Eric Rauchway, o presidente enxergava-se mais como um líder de torcida (*cheerleader*) do país. Nessa posição, ele recomendou que os governos estaduais expandissem gastos públicos para criar empregos, pediu que empresas não despedissem seus funcionários em meio à crise, promoveu reuniões entre líderes empresariais para discutir como evitar uma depressão econômica que se avizinhava. O governo federal, entretanto, não assumiu

⁹⁶ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap. 07, III, 1955.

⁹⁷ GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, Cap. 07, V, 1955.

⁹⁸ LOWENSTEIN, Robert. Economic History Repeating. **Wall Street Journal**, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/book-review-hall-of-mirrors-by-barry-eichengreen-1421192283>.

uma função protagonista na economia pós-crise, pois limitou-se a liderar uma tentativa de “cooperação inteligente” entre os motores produtivos do país.⁹⁹

A intensificação da crise representou, para governos locais e estaduais, uma perda de receita que comprometia sua capacidade de investimentos públicos. “À medida que a crise continuava, eles tinham menos para gastar. A receita tributária caiu”.¹⁰⁰

Talvez, de maneira ainda mais prejudicial, Hoover tenha decidido manter uma postura distante e imparcial em relação ao *Federal Reserve System*, responsável pelas funções de banco central do país.

À época, a opinião da instituição seria dominada pelos “anti-intervencionistas”, que eram maioria nos círculos econômicos da década de 1920. Em sua maioria, “economistas pensavam que uma economia em crise não deveria sofrer intervenções do estado e que bancos e empresas mais fracas deveriam quebrar”.¹⁰¹ Com a desaceleração econômica, um grande número de bancos perdeu suas duas principais fontes de renda: abertura de novas contas e pagamento de empréstimos pelos clientes.¹⁰² Ainda assim, a postura de distanciamento do *Federal Reserve* mantinha sua posição sobre “a falência de bancos ser uma parte natural, e talvez dolorosa, do ciclo da vida dos negócios modernos e não preveniu essas falências”.¹⁰³

Ainda que o *Federal Reserve System* decidisse agir, pouco se sabia sobre a renda das famílias, o desemprego ou o desempenho econômico total do país, dados que não eram mantidos

⁹⁹ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 26.

¹⁰⁰ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 27.

¹⁰¹ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 27.

¹⁰² RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 30. “Payment on loans and new deposits provided banks with their major source of income”.

¹⁰³ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 30.

até 1929. Uma ação coordenada sem essas informações dificilmente otimizaria os recursos do governo e poderia, inclusive, “sair pela culatra”.¹⁰⁴

O resultado não foi positivo. A cautela excessiva do *Federal Reserve* “trabalhou com o Congresso e o presidente para trazer a economia internacional próxima a uma parada”.¹⁰⁵

Uma das únicas medidas agressivas do governo Hoover para conter a depressão econômica crescente foi sancionar o *Smoot-Hawley Tariff Act*, que impunha tarifas aos Estados Unidos sobre produtos importados. A tentativa protecionista de assegurar a vitalidade e a saúde financeira da produção nacional foi uma tentativa robusta e assertiva de conter os efeitos nocivos da crise. Contudo, ela se provou destrutiva, pois sucessivos países aprovaram tarifas semelhantes. Com isso, juntos, os países conseguiram reduzir o comércio internacional em mais de um quarto, medida especialmente prejudicial para a indústria automotiva nos Estados Unidos, responsável por 10% de todas as exportações do país.¹⁰⁶

Mesmo com o agravamento da situação financeira, Hoover manteve-se intransigente contra qualquer papel protagonista do governo federal na recuperação econômica. Em outubro de 1930, um ano após a chamada *black tuesday*, com o país em pleno desespero, Hoover reiterou que não seriam necessárias medidas do Congresso contra o desemprego, pois “o senso de organização voluntária e espírito de comunidade no povo americano não haviam desaparecido”.¹⁰⁷

Mais uma vez, via-se o foco do presidente no uso do poder de organização, de convencimento e de mobilização do governo federal, em um exercício claro de *soft power*, com

¹⁰⁴ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 28.

¹⁰⁵ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 28.

¹⁰⁶ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 29.

¹⁰⁷ Work for Jobless Put at \$450.000.000,00. *New York Times*, 25 de outubro de 1930. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1930/10/25/archives/work-for-jobless-put-at-450000000-woods-lists-bond-issues-for-state.html>.

uma rejeição frontal de novas leis e políticas que intervissem diretamente para resgatar a economia.

No fim de 1930, após quase dois anos de governo Hoover, o partido republicano perdeu suas maiorias nas duas casas do Congresso¹⁰⁸, abrindo espaço para os democratas crescerem às vésperas da campanha presidencial de 1933.

Mesmo com duas derrotas avassaladoras nas eleições legislativas, Hoover preferiu manter-se firme contra qualquer medida de intervenção na economia pelo governo federal. Anunciou, em fevereiro de 1931, quando o desemprego atingiu mais de 11 milhões de americanos (25% da força de trabalho)¹⁰⁹, que apenas sustentaria um programa federal de apoio a desempregados “se o tempo mostrasse que ações voluntárias pelo país, ao lado de governos locais e estaduais, eram incapazes de encontrar recursos para prevenir fome e sofrimento”.¹¹⁰

A resposta política à Grande Depressão foi a eleição de Franklin D. Roosevelt para a presidência dos Estados Unidos em 1933, com a promessa de colocar em ação planos que recuperassem a economia de baixo para cima, não de cima para baixo, confiando nas pessoas situadas na base da pirâmide econômica do país.¹¹¹ Saiu-se derrotado o presidente e candidato à reeleição Herbert Hoover, culpado pela estagnação e pela impotência da economia do país para se levantar.

¹⁰⁸ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 31.

¹⁰⁹ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 40.

¹¹⁰ HOOVER, Herbert. February 3, 1931: Statement on Unemployment Relief. **Miller Center**: Presidential Speeches, Disponível em: <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/february-3-1931-statement-unemployment-relief>.

¹¹¹ OLSON, James. **Saving Capitalism: The Reconstruction Finance Corporation and the New Deal, 1933–1940**. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 55. Em discurso durante as eleições primárias do Partido Democrata, Roosevelt disse: “These unhappy times call for [...] plans [...] that build from the bottom up and not from the top down, that put their faith once more in the forgotten man at the bottom of the pyramid”.

Para virar o jogo, Roosevelt lançou, em seus primeiros 100 dias de governo, o pacote de medidas de aceleração econômica que ficaria conhecido como o *New Deal*. Entre suas prioridades, estava a regulação do mercado financeiro para impedir que uma nova Grande Depressão se repetisse no futuro, fruto de especulação financeira desenfreada e do seu descompasso em relação à capacidade produtiva do país.

4.2. O New Deal

O programa *New Deal* era sustentado por dois pilares: alívio e estímulo econômicos (*economic relief and reflation*). De um lado, era necessário subsidiar o sustento dos mais prejudicados pela Grande Depressão, em especial os desempregados. Em seguida, gradualmente, o governo devia alavancar uma aceleração econômica, num processo de reativação da economia, especialmente pelo crédito bancário.

Com isso em mente, “Roosevelt começou resgatando os bancos” por meio do *Emergency Banking Act* de 1933, divulgado em seu segundo dia de governo.¹¹² A lei expandiu o poder do *Federal Reserve Board* para regular a atividade bancária, a fim de impedir excessos especulativos semelhantes aos que haviam causado o tombo da bolsa de Nova Iorque em 1929. O regime jurídico de bancos de varejo (*retail banks*) seria diferente daquele aplicável a bancos que investiam seus fundos em *Wall Street* (*investment banks*).

Era a primeira vez que, pela urgência e pela gravidade da conjuntura econômica, “o presidente tomava ações por vezes de constitucionalidade duvidosa”.¹¹³ Mais tarde, muitas dessas

¹¹² RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 40.

¹¹³ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 57.

ações seriam questionadas e invalidadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em exercício do controle de constitucionalidade fundado em 1804 com a decisão no caso *Marbury*.

Mais tarde, Roosevelt avançou em seu projeto de regular o sistema financeiro e de impedir a criação de novas bolhas de dissonância entre o mercado e a realidade produtiva do país. Foi aprovada, pelo Congresso, a criação da *Securities and Exchange Commission* (SEC) por meio do *Securities Exchange Act* de 1934. Com amplos poderes, a SEC teria como principal tarefa vedar e impedir práticas de compra e de venda de títulos de ação e de dívida com o uso de informações privilegiadas, prática popularmente conhecida como *insider trading*.¹¹⁴

Com medidas concretas para salvar os bancos e estabilizar o mercado de crédito no país, Roosevelt se debruçou sobre medidas que apoiariam pessoas na base da pirâmide, afetadas pela Grande Depressão. Estava ganhando forma a segunda etapa do *New Deal*.

Pela primeira vez na história dos Estados Unidos, “o governo federal [...] oferecia ajuda direta aos desempregados do país”.¹¹⁵ Nesse sentido, ainda no primeiro mês de governo, o Congresso, controlado por forças leais a Roosevelt, criou o *Civilian Conservation Corps* (CCC), responsável por providenciar trabalho para o coração da força de trabalho braçal do país: homens solteiros, saudáveis e desempregados entre 18 e 35 anos.¹¹⁶

Em seguida, três meses após o início do governo Roosevelt, em junho de 1933, o Congresso destinou 3.3 bilhões de dólares ao programa *Public Works Administration* (PWA), um investimento equivalente a quase 6% do PIB de 56 bilhões de dólares dos Estados Unidos daquele

¹¹⁴ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 62.

¹¹⁵ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 63.

¹¹⁶ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 64.

ano.¹¹⁷ O programa funcionaria como um fomento financeiro, vindo dos cofres federais, mas destinado aos governos locais e estaduais e executados por eles mesmos.

Uma extensão desse programa, o *Civil Works Administration* (CWA), permitiu mais tarde a contratação de projetos e de trabalho diretamente pelo governo federal, o que culminou com uma força de trabalho de 4 milhões de americanos a serviço do governo federal em janeiro de 1934.¹¹⁸

Na visão política de Roosevelt, alívio econômico por meio de empregos (*work relief*) era economicamente mais eficaz e eleitoralmente mais popular do que distribuição indiscriminada de renda. “Ele gostava da ideia de alívio pelo emprego mais do que distribuir dinheiro”.¹¹⁹

Por isso, a política se tornaria o carro chefe da intervenção econômica autorizada pelo *New Deal*, para estimular diretamente a base da pirâmide produtiva do país e fortalecer o sustento das famílias. Mais tarde, quando os programas PWA e CWA mostraram-se insuficientes para tirar a economia do país da depressão em que se encontrava, o Congresso aprovou o *Emergency Relief Appropriation Act* (ERAA) em 1935, com o investimento público de outros 5 bilhões de dólares para a construção de rodovias, de moradias, para irrigação, eletrificação, saneamento, reflorestamento e qualquer outro bem público que pudesse ser imaginado.¹²⁰

A criação da *Works Progress Administration* (WPA) marcaria a consolidação da agência burocrática responsável por executar os investimentos públicos autorizados pelo ERAA de 1935. A agência se tornaria “um traço permanente e central do governo *New Deal*”.¹²¹

¹¹⁷ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 65.

¹¹⁸ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 65.

¹¹⁹ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 67.

¹²⁰ MERIAM, Lewis. Relief and Social Security., **The Economic Journal**, v. 56, n. 224, p.650-53, 1946.

¹²¹ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 67.

Era o início da expansão agressiva do papel do governo federal na economia do país, a qual estava apenas começando. Em 1932, os gastos públicos do governo federal foram ainda menores do que os dos governos locais e estaduais somados, o que mudaria em um futuro próximo.¹²²

As medidas de alívio econômico, consubstanciadas na WPA, tinham sido consideradas as melhores de todo o *New Deal* por 28% dos americanos e as piores, por 23% da população. Nesse sentido, havia pouco de unanimidade nas decisões inovadoras e constitucionalmente questionáveis do governo de Franklin Roosevelt. O debate eventualmente chegou ao Poder Judiciário e, em última instância, à Suprema Corte, pois envolvia a abrangência da autoridade do governo federal para arrecadar e gastar fundos, bem como para regular a economia e a atividade bancária.

Para muitos constitucionalistas, o governo de Roosevelt não se encaixava no molde de Poder Executivo federal traçado pelo constituinte de 1787, em Filadélfia, com o objetivo mais singelo de apenas impedir o esfacelamento da união construída pelas treze ex-colônias e fortalecer o Congresso central. A decisão sobre os programas governamentais do *New Deal*, tão questionados e divisores de opiniões, caberia, em última instância, à Suprema Corte dos Estados Unidos.

4.3. O New Deal nos tribunais

Franklin Roosevelt era um membro da elite política e econômica dos Estados Unidos. Ele pertencia à classe alta do país e aproveitou “todos os privilégios disponíveis em uma sociedade democrática”.¹²³

Contrariamente, porém, a evolução do *New Deal* provou ser amplamente favorável às classes mais baixas, na visão de Roosevelt indispensáveis à recuperação do país. Mas cada

¹²² RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 66.

¹²³ RAUCHWAY, Eric. *The Great Depression and the New Deal*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 105.

programa foi inicialmente concebido de maneira cautelosa, moderada e “respeitosa ao federalismo americano [...] e aos direitos dos estados”.¹²⁴ Por óbvio, o objetivo era evitar uma inflação desproporcional do governo federal, a qual levaria inevitavelmente a questionamentos severos acerca da amplitude constitucional dos programas apoiados por Roosevelt.

O melhor exemplo da cautela do *New Deal* foi a criação de um sistema federal de seguridade social que se tornaria, mais tarde, “a base para o estado de bem-estar americano”.¹²⁵ Em sua proposta inicial, o sistema cobriria universalmente todos os trabalhadores americanos, de maneira solidária, o que dependeria exponencialmente de fundos do tesouro nacional dos Estados Unidos.

Entretanto, Roosevelt rejeitou essa proposta por sua ênfase exagerada no poder para gastar (*spending power*) do governo federal. Ele deveria dar lugar a um projeto fiscalmente sólido. Por isso, Roosevelt encomendou a sua equipe econômica um projeto de seguridade social financiado pelos empregados e empregadores coletivamente, por meio de tributação na folha de pagamento, o que veio a ser aprovado em 1935.¹²⁶

A preocupação de Roosevelt em podar potenciais excessos constitucionais dos programas do *New Deal* não foi suficiente para conter uma reação da Suprema Corte contrária à ideia central do programa: incluir o governo federal ativamente no trabalho para vencer a Grande Depressão. A reação foi liderada por juízes de perfil conservador que enxergavam um exagero na atuação protagonista assumida pelo governo federal a partir de 1933.

Em 27 de maio de 1935, a primeira reação da Suprema Corte ao *New Deal* veio pela decisão, por maioria, no caso *Schechter v. United States*. O caso envolvia uma empresa que

¹²⁴ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 107.

¹²⁵ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 101.

¹²⁶ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 98-99.

comercializava aves domésticas (*poultry*) para consumo humano. Ela fora multada pelo governo federal, por uma agência subordinada ao presidente dos Estados Unidos, com base no *National Industrial Recovery Act*. Esse delegava ao presidente poder para estabelecer normas de conduta e de qualidade para várias indústrias, como a de aves domésticas, incluindo o poder de tabelar preços e salários de maneira uniforme.¹²⁷

Na visão da Corte, a lei de recuperação industrial – um dos marcos do *New Deal* – delegava poderes irrestritos ao presidente e carecia de diretrizes específicas sobre como as competências delegadas deveriam ser exercidas pelo Poder Executivo. Por isso, sem afirmar que não cabia ao Congresso regular o comércio de aves domésticas, a Corte limitou-se a dizer que o poder de delegar atribuído ao presidente era inconstitucional, por conta de sua abrangência exagerada.

Ainda, a Suprema Corte entendeu que regular uma indústria de processamento de aves domésticas extrapolava o poder do Congresso contido no Artigo 1º Seção 8 da Constituição para regular o comércio interestadual. Por mais que as aves viessem de alguns estados da federação e fossem enviadas para outros, seu processamento era feito em um único estabelecimento. Para a Suprema Corte, isso não consistia em atividade interestadual, interpretação capaz de blindar as indústrias de processamento de aves de qualquer regulação federal. Na opinião da Corte, “quando as aves domésticas chegavam às casas de processamento, o comércio interestadual já havia terminado”.¹²⁸

O governo procurou defender sua legislação federal, propondo um teste diferente para leis aprovadas no exercício da *Commerce Clause* pelo Congresso. O teste do fluxo do comércio

¹²⁷ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 108.

¹²⁸ No original: “When the poultry had reached the defendants' slaughterhouses, the interstate commerce had ended”. **A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States**, 295 U.S. 495 (1935).

(*stream of commerce test*) havia sido endossado pela Suprema Corte no caso *Swift and Company v. United States*¹²⁹ em 1905, quase três décadas antes do *New Deal*, e o governo pediu que uma analogia fosse usada para avaliar a constitucionalidade do *National Industrial Recovery Act*.

No caso *Swift*, para que o comércio interestadual se configurasse, o teste de constitucionalidade exigiu apenas que o objeto, em algum momento de seu fluxo de produção e de comercialização, tanto como matéria-prima quanto como produto para consumo final, tivesse ficado em, pelo menos, dois estados.

Nesse teste, as aves domésticas de *Schechter*, provenientes de outros estados, configuravam objetos do comércio interestadual e eram passíveis de regulação pelo governo federal. Contudo, não foi o que entendeu a Suprema Corte.

A frase que eternizaria a decisão no caso *Schechter* foi escrita pelo então Chief Justice Charles Hughes, opositor notório do *New Deal* que havia sido governador do estado de Nova Iorque e secretário de estado no governo Calvin Coolidge, sempre pelo partido republicano. Hughes afirmou, na opinião da corte, que “condições extraordinárias”, a exemplo da Grande Depressão, causada pelo tombo financeiro de 1929, “podem exigir soluções extraordinárias, mas não podem criar ou ampliar poderes constitucionais”.¹³⁰

Nesse sentido, para frustração do governo Roosevelt, a Suprema Corte afirmou que faria prevalecer e continuaria aplicando, mesmo em tempos de crise severa, a mesma doutrina constitucional de não-delegação ao poder executivo, consolidada nos anos que antecederam ao *New Deal*.

¹²⁹ *Swift and Company v. United States*, 196 U.S. 375 (1905).

¹³⁰ No original: “Extraordinary conditions, such as an economic crisis, may call for extraordinary remedies, but they cannot create or enlarge constitutional power”. **A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States**, 295 U.S. 495 (1935).

Como sedimentado em 1804, na decisão do caso *Marbury v. Madison*, o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos era feito de maneira difusa e necessariamente incidental. Em outras palavras, a inconstitucionalidade do *National Industrial Recovery Act* foi questionada e decidida apenas como causa de pedir do pedido final: retirada da multa imposta à indústria de aves domésticas da parte demandante, a A.L.A. *Schechter Poultry Corporation*.

Contudo, a tese firmada no caso *Schechter* poderia ser estendida a outros casos concretos e abrangeria todas as indústrias reguladas pelo presidente, por autoridade do *National Industrial Recovery Act*. Essa autoridade era um dos pilares do *New Deal* e abrangia as indústrias de mineração, de manufaturados, a agricultura e a construção civil, os quatro principais motores da economia estadunidense à época.¹³¹

O motivo principal de preocupação para o governo Roosevelt era a interpretação restritiva da *Commerce Clause*, endossada pela Suprema Corte. O fato de a matéria-prima da atividade industrial vir de fora do estado era insuficiente para permitir sua regulação pelo governo federal. O que foi decidido para aves domésticas não demorou a se estender a toda a economia.

O potencial destrutivo da decisão para o *New Deal* fez Roosevelt compará-la à decisão *Dred Scott*, que declarou inconstitucional a proibição, pelo Congresso, da escravidão em territórios federais e invalidou o famigerado *Missouri Compromise*. Muitos, à época, inclusive o futuro presidente Abraham Lincoln, consideraram a decisão como o estopim da Guerra Civil que se iniciaria poucos anos depois.

Segundo Roosevelt, os Estados Unidos precisavam de um governo nacional que foi colocado em perigo com a interpretação restritiva do texto constitucional no caso *Schechter*. “Nós somos interdependentes, nós estamos amarrados juntos”, disse o presidente três dias após a decisão

¹³¹ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 109.

da Suprema Corte. Sua interpretação restritiva da *Commerce Clause* significava que havia “48 nações a partir de agora, numa interpretação estrita dessa decisão”,¹³² referindo-se aos estados do país na época, a quem pertencia, de maneira exclusiva na leitura da Suprema Corte americana, a competência para exercer o tipo de regulação federal imposta pelo *National Industrial Recovery Act*.

A decisão no caso *Schechter* sepultou as pretensões do *National Industrial Recovery Act* de dar ao chefe do Poder Executivo federal poderes amplos sobre várias indústrias americanas. Contudo, Roosevelt ainda acreditava que, ao menos a indústria do carvão, por sua complexidade produtiva, envolvia o comércio interestadual, portanto, estaria abarcada pela *Commerce Clause*. Por isso, mais tarde, em 1935, o Congresso aprovou o *Guffey Coal Act*, uma “miniatura” da lei declarada inconstitucional aplicável apenas à indústria do carvão.

À época de sua aprovação, Roosevelt afirmou não estar certo de que a constitucionalidade do texto aprovado seria sustentada pela Suprema Corte, considerando a interpretação minimalista da *Commerce Clause* utilizada no referido caso *Schechter*.

A lei permitia que o governo federal fixasse carga horária máxima e preços e salários mínimos para a indústria do carvão, bem como que criasse regras de segurança e de qualidade de produção para esse setor.

De fato, a preocupação do governo provou-se justificada, pois assim como a lei mais abrangente, o *Guffey Coal Act* também foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte americana no caso *Carter v. Carter Coal Co.*¹³³ Essa foi a primeira de “um grupo de decisões que,

¹³² ROOSEVELT, Franklin D. **Conferência de Imprensa**, 31 de maio de 1935. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/press-conference-23>.

¹³³ *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

ao longo de um ano, posicionava-se, em sua maioria, contra o *New Deal*".¹³⁴ Na opinião da Corte, o Justice George Sutherland reiterou a leitura minimalista da *Commerce Clause* adotada no caso *Schechter*:

O efeito das regras trabalhistas da lei recaem primariamente sobre a produção e não sobre o comércio. Produção é uma atividade puramente local. Segue-se disse que nenhum desses antecedentes essenciais da produção constitui uma transação ou integra o comércio interestadual.

Em outras palavras, a Corte entendeu que a “produção” de bens para serem inseridos no comércio interestadual era fase anterior – e também inteiramente dissociada – ao comércio em si, estando fora do alcance da competência da *Commerce Clause*, instituída pela Constituição americana. Uma exceção não seria aberta para a produção de carvão, por mais peculiar e específica que fosse seu preparo e processamento industrial.

Estava totalmente superado o *stream of commerce test*, pois cada atividade – extração de matéria-prima, produção, comércio – seria avaliada separadamente na análise constitucional da *Commerce Clause*.

E não foi só. O que parecia ser apenas uma continuação da nova doutrina sobre o poder de regular o comércio interestadual mostrou-se muito mais do que isso. No ano seguinte, em 1936, a Suprema Corte decidiu ir além da decisão do caso *Carter*, ao decidir o caso *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*¹³⁵. Sua maioria entendeu que nem mesmo o governo estadual podia fixar salários mínimos para trabalhadoras mulheres, pois tal medida violaria o direito à liberdade contratual entre as duas partes da relação trabalhista. Em outras palavras, o que, inicialmente, era uma limitação

¹³⁴ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 109.

¹³⁵ *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*, 298 US 587 (1936).

federativa ao Congresso tornou-se uma limitação de direito fundamental a todos os níveis de governo.

A Corte estava dando continuidade à jurisprudência iniciada no caso *Lochner v. New York*¹³⁶, interpretando, de forma ampliativa, o texto da 14ª emenda à Constituição, de modo a extrair, do seu texto, a proteção à liberdade contratual contra qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, “lia-se ‘liberdade’ de maneira a incluir a liberdade de contratar”.¹³⁷

A limitação, que, para o governo federal era de cunho federativo, transformou-se numa restrição também para os governos estaduais, com base no direito fundamental à liberdade contratual implícito na Constituição.

Para Roosevelt, a decisão evidenciava a politização da Corte. A leitura minimalista da *Commerce Clause* não poderia ser compatibilizada com a leitura ampliativa da 14ª emenda, que levou à identificação da liberdade contratual como princípio implícito da Constituição. Onde estaria o critério? Para o presidente, era hora de reagir, pois a Suprema Corte havia criado uma “terra de ninguém onde nenhum governo – estadual ou federal – pode funcionar de maneira clara”.¹³⁸

A estabilização econômica causada pelo *New Deal* no primeiro mandato de Roosevelt conquistou boa parte do eleitorado americano, em que pese a invalidação de medidas importantes pela Suprema Corte. O resultado foi uma reeleição absolutamente avassaladora de Roosevelt em 1936, quando sua maioria, nas duas casas do Congresso, também cresceu. O apoio majoritário da população ao *New Deal* era evidente.

¹³⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹³⁷ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed.. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 495.

¹³⁸ LEUCHTENBURG, William. When the People Spoke, What Did They Say? The Election of 1936 and the Ackerman Thesis. **The Yale Law Journal**, v. 108, p. 2084, 1999.

Após sua vitória nas urnas, o governo canalizou esforços para salvar o *New Deal* da invalidação judicial, o que poderia travar qualquer nova proposta aprovada pelo Congresso ou atingir as que permaneciam intactas. Leis relevantes, como a Lei de Seguridade Social e a Lei Nacional de Relações Trabalhistas, ainda vigoravam, mas não se sabia por quanto tempo, pois a postura da Corte, dominada por juízes conservadores, era a de resistência ao crescimento do governo federal e de oposição à leitura da Constituição proposta no *New Deal*.¹³⁹

Em 1937, logo após o início do seu segundo mandato, Roosevelt propôs ampliar o número de assentos na Suprema Corte, criando 6 postos. Seria o suficiente para reverter a maioria anti-*New Deal* na Corte, após a nomeação de 6 novos juízes pelo governo reeleito. Tratava-se do chamado *court-packing plan* de 1937.¹⁴⁰ Em defesa desse plano, Roosevelt não hesitou em ressaltar a importância de seus programas para a recuperação econômica em construção no país. Já numa postura de ataque à Corte, ele disse:

Quando o Congresso procura estabilizar a agricultura nacional, melhorar as condições de trabalho, proteger empresas contra a prática de competição injusta, proteger nossos recursos naturais e de muitos outros jeitos servir nossas evidentes necessidades nacionais, a maioria da Corte tem assumido o poder para se sobrepor à sabedoria dessas leis do Congresso – e para aprovar ou desaprovar a política pública escrita nessas leis.¹⁴¹

Roosevelt se autoproclamava um defensor da ordem constitucional e dos interesses da população, representada pelo Congresso, o qual havia sido repetidamente censurado pela Suprema

¹³⁹ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 126.

¹⁴⁰ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 126.

¹⁴¹ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 127.

Corte, em sua busca de, ativamente, alavancar o desenvolvimento econômico no período pós-depressão. Suas palavras:

Nós chegamos ao ponto, como Nação, em que precisamos agir para salvar a Constituição da Corte e a Corte de si mesma. Esse plano vai salvar nossa Constituição de artérias judiciais endurecidas.¹⁴²

Em última instância, a proposta de Franklin Roosevelt, para aumentar o número de juízes de 09 para 15, foi preliminarmente rejeitada por uma das comissões do Senado em junho de 1937. Entretanto, por mais que tenha perdido a batalha a favor do plano *court-packing*, ele ganhou a guerra judicial pela constitucionalidade dos programas da era *New Deal*.

O juiz Owen Roberts havia feito parte da maioria que entendeu ser inconstitucional a aprovação de salários-mínimos por legislativos estaduais, por violação do direito de liberdade contratual, o qual estaria implícito na décima-quarta emenda. Contudo, no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, ele mudou de ideia e compôs a maioria pela constitucionalidade de leis estaduais de salário-mínimo, revertendo a jurisprudência da Corte e acalmando os ânimos dos defensores mais agressivos do projeto *court-packing*. O precedente ficou famoso por encerrar a era *Lochner* na Suprema Corte e por superar a invalidação de regras trabalhistas de salário-mínimo, de condições de trabalho e de carga horária, entre outras.

A pressão política exercida pelo presidente Roosevelt foi considerável, inicialmente com críticas às decisões da Corte e, finalmente, com a proposta de aumentar o número de seus membros. A maioria, formada pela constitucionalidade das leis estaduais de salário-mínimo, historicamente rejeitadas desde 1905, interpretou a *Commerce Clause* de maneira aberta, de modo a conceder, ao governo federal, amplos poderes na regulação da atividade econômica.

¹⁴² SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 127.

Três casos marcariam a *Commerce Clause* pró-*New Deal* e concederiam ao governo federal um papel protagonista no gerenciamento e na regulação da economia

Primeiramente, a decisão da Corte no caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*¹⁴³ que reconheceu a constitucionalidade de uma agência federal responsável por gerenciar conflitos trabalhistas entre empregadores e empregados. Na medida em que salários e condições de trabalho impactavam diretamente o preço do que era produzido, entendeu-se que as relações de trabalho também impactariam, indiretamente, o comércio interestadual, razão pela qual estariam passíveis de regulação aprovada pelo Congresso.

Em segundo lugar, no caso *United States v. Darby*¹⁴⁴, foram declaradas constitucionais as inovações do *Fair Labor Standards Act* (Lei de Condições Justas de Trabalho, em português), incluindo o estabelecimento de um salário-mínimo, de horas máximas e a vedação federal ao trabalho infantil.

Darby, um produtor de madeira, foi preso por violar as novas regras federais de trabalho. Ele questionou a constitucionalidade da lei, que foi mantida pela Suprema Corte numa opinião baseada largamente no caso *Gibbons v. Ogden*. Num primeiro momento, a maioria da Corte afastou a decisão de Carter, segundo a qual produção e o comércio seriam etapas claramente dissociadas e, por isso, a primeira não era abrangida pelos poderes do governo federal sob a *Commerce Clause*.

Em outras palavras, “enquanto a manufatura não era, em si, um comércio interestadual, o transporte de bens manufaturados para fora do estado representava tal comércio”.¹⁴⁵ Com esse raciocínio, chegou-se à conclusão lógica de que o Congresso não podia banir a produção de bens

¹⁴³ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937).

¹⁴⁴ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

¹⁴⁵ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

em si, mas podia banir a circulação desses mesmos bens no mercado. O resultado seria idêntico, pois nenhum empresário produziria algo para mantê-lo estocado. Nesse sentido, o propósito da regulação do *New Deal* estava protegido pela decisão da Corte.

Seguindo o precedente do caso *Gibbons*, escrito em 1824 pelo Chief Justice John Marshall, a Corte então reconheceu a aplicação ampla e quase irrestrita do poder do governo de regular o comércio interestadual em todas as suas ramificações.

Por fim, a decisão do caso *Wickard v. Filburn*¹⁴⁶ representou a vitória completa do *New Deal* nos tribunais. Em 1942, ano de sua decisão, já faziam parte da Suprema Corte vários juízes nomeados pelo presidente Roosevelt ao longo dos seus primeiros três mandatos, incluindo Felix Frankfurter e William Douglas. Na verdade, apenas entre 1937 e 1941, sete novos juízes foram nomeados para a Corte pelo presidente democrata.¹⁴⁷

No caso *Wickard*, a Corte entendeu que mesmo atividades remotas e praticamente desligadas do comércio estadual podiam sofrer regulação do governo federal. A balança que um dia pendeu contra o *New Deal* dessa vez se moveu para o outro extremo do espectro jurídico.

Filburn era um pequeno fazendeiro no estado de Ohio, que produziu mais trigo do que era permitido pelo *Agricultural Adjustment Act* de 1938, uma lei apoiada por Roosevelt que criava limites para cada produtor a fim de evitar quedas nos preços causadas pela oferta excessiva de trigo no mercado. Em sua opinião, a Corte reconheceu, como propósito central da lei, “aumentar o preço de mercado do trigo e, para esse fim, limitar o seu volume que poderia afetar o mercado”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

¹⁴⁷ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20. ed New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 135.

¹⁴⁸ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

Filburn alegou que havia produzido em excesso para consumo próprio e que não pretendia comercializar trigo para além da cota estabelecida pela lei federal. Entretanto, a Corte entendeu que aquele trigo, mesmo nunca sendo inserido no mercado, poderia ser regulado pelo governo federal por conta do seu impacto na demanda desse grão. Isso porque a família Filburn, assim como todas as famílias produtoras de trigo, deixaria de adquirir trigo no mercado e passaria a produzir para consumo próprio, impactando o comércio de trigo para além das fronteiras de um único estado. De acordo com a Corte, era inegável que “um fator como o consumo caseiro de trigo pudesse ter influência substancial em seu preço e nas condições de mercado”.¹⁴⁹ Em outras palavras, abrir uma exceção para o consumo familiar de Filburn poderia desvirtuar todo o propósito da lei federal.

O ponto em comum nos três casos decididos pela Suprema Corte em favor do *New Deal* foi a nova interpretação da *Commerce Clause*. A visão minimalista da decisão no caso *Schechter* foi abandonada em favor do teste de efeitos substanciais (*substantial effects test*). Ele se tornou “a base da autoridade do Congresso para regular atividades econômicas”¹⁵⁰ e foi aplicado nas três decisões pela maioria progressista de juízes que ocupou os assentos da Suprema Corte.

Nesse sentido, por mais que a produção e o consumo caseiro de trigo não consistisse em sua comercialização, essa prática, na visão da Corte, tinha o potencial de carregar efeitos substanciais sobre o comércio desse produto, *commodity* de fluxo interestadual. O governo federal tinha, portanto, autoridade para regular essa atividade.

¹⁴⁹ Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942).

¹⁵⁰ SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20. ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019. p. 135.

5. MOMENTOS CONSTITUCIONAIS

5.1. A teoria dos momentos constitucionais de Bruce Ackerman

Para tratar de mudanças informais do conteúdo constitucional, Bruce Ackerman desenvolveu, no livro *We The People - Foundations*, uma teoria de deferência judicial à vontade popular. Trata-se da teoria dos "momentos constitucionais".

Preliminarmente, Ackerman criticou a leitura monista da Constituição e avançou sua teoria do dualismo constitucional.¹⁵¹ Ele distinguiu política comum de política constitucional, em uma diferença qualitativa. Essa última trata de temas essenciais à nação, como "direitos dos cidadãos e interesses permanentes da comunidade".¹⁵² A política deixa de ser comum e torna-se constitucional quando a medida em questão recebe um extraordinário apoio em todo o país. Esse apoio, segundo Ackerman, deve ser profundo (*deep*), amplo (*breadthful*) e decisivo (*decisive*).¹⁵³ Configura-se, assim, um momento constitucional, quando uma demanda popular em ebulição na sociedade redefine o alicerce constitucional do país e exige uma nova leitura da Constituição por parte do Poder Judiciário.¹⁵⁴

Em momentos constitucionais, a capilaridade da discussão legislativa é tamanha que desencadeia um processo de ressignificação da Constituição. Essa é a segunda principal tese de Ackerman: a possibilidade de alterações informais do conteúdo da Constituição, sem necessidade de emenda.¹⁵⁵

¹⁵¹ ACKERMAN, Bruce. **We The People - Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 7-8, 295.

¹⁵² ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, v.. 99, p. 453-547, 1989, p. 476; ACKERMAN, Bruce. **We The People - Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 240.

¹⁵³ ACKERMAN, Bruce. **We The People - Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 272.

¹⁵⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Poder Executivo na Construção do Direito Constitucional: Uma Breve Análise do Caso Brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 2, p. 52, 2014,

¹⁵⁵ ACKERMAN, Bruce. **We The People - Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 268.

Quando as circunstâncias necessárias à revolução no significado da constituição se reúnem e inicia-se um momento constitucional, Ackerman reconhece que a proposta legislativa, apoiada pela população, pode ser incompatível com a leitura em vigor da Constituição. Nesse caso, ele prevê um conflito entre poderes (*interbranch conflict*): os poderes políticos (Legislativo e Executivo), apoiados pela população, aprovam medidas incompatíveis com a leitura constitucional em vigor, e o Judiciário, em legítimo exercício do *judicial review*, impede tais medidas de prevalecerem.¹⁵⁶

Uma vez derrubada a lei amplamente apoiada pela população, cabe aos poderes políticos aprovarem uma nova onda de leis encampando, mais uma vez, a vontade popular. Trata-se de enfrentamento explícito da posição do Judiciário, a fim de demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, o suporte que a medida legislativa encontrou na população.

A questão então retornará ao Judiciário, e esse, segundo a teoria de deferência constitucional de Ackerman, deve acolher a ressignificação do texto constitucional vinda das ruas, para reconhecer a alteração informal da Constituição e abrir mão de rever as leis aprovadas. Mas fará isso, apenas, se reconhecer a escolha "decidida e duradoura" da população, entendendo que "qualquer nova resistência seria contraproducente".¹⁵⁷

O Poder Judiciário deve ser deferente à vontade popular de ressignificar a Constituição, caso perceba o desenrolar de um momento constitucional com ampla, profunda e decidida comoção popular. Com isso, reforma sua jurisprudência e consolida uma nova leitura da Constituição, compatível com a escolha popular manifestada.

¹⁵⁶ ACKERMAN, Bruce. **We The People** - Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 268-69.

¹⁵⁷ ACKERMAN, Bruce. **We The People** - Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 268.

Nas palavras de Ackerman, "os juízes [...] proferem votos transformadores, validando a segunda onda de leis, em que pese sua inconsistência em relação a princípios basilares que eram fundamentais do regime anterior".¹⁵⁸

5.2. A emenda informal aos poderes do governo federal americano

O *New Deal* encontrou na Suprema Corte seu principal adversário. Roosevelt precisou usar muito do seu capital político, após a reeleição de 1936, para reverter decisões tomadas por “uma Corte ainda controlada por cinco juízes conservadores que estavam invalidando como inconstitucionais aspectos-chaves do *New Deal*”.¹⁵⁹

Pressão política e nomeações democratas, em última instância, prevaleciam para formar uma Corte que “agora estava regularmente sustentando, muitas vezes por votos unânimes, legislações regulatórias extraordinariamente expansivas aprovadas pelo Congresso”.¹⁶⁰

De fato, seria inimaginável, em 1787, que o governo federal assumisse as proporções que assumiu em 1943, especialmente com a decisão proferida no caso *Wickard*.

Com o avançar da trajetória histórica dos Estados Unidos, “talvez a narrativa central do desenvolvimento constitucional americano, ao longo do último século, tenha sido o falecimento gradual da autonomia dos estados em nome de interesses e de valores nacionais”.¹⁶¹ Nesse ponto, sem dúvidas, o *New Deal* atuou diretamente na concretização desse fenômeno. As mesmas medidas de intervenção do governo federal na economia, derrubadas em 1935 e 1936, foram

¹⁵⁸ ACKERMAN, Bruce. **We The People** - Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 268.

¹⁵⁹ LEVINSON, Sanford. **Framed: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 251.

¹⁶⁰ LEVINSON, Sanford. **Framed: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 251.

¹⁶¹ LEVINSON, Sanford. **Framed: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 301.

declaradas constitucionais pela Suprema Corte alguns anos depois, em versões ainda mais extremadas.

O conteúdo normativo da Constituição de 1787 mudou com o *New Deal*, e essas “mudanças não podem ser enxergadas apenas pela lente da Constituição existente e pelo processo de emenda descrito no Artigo 5^o”.¹⁶² Na verdade, não houve mudança formal do texto constitucional que tratasse das relações de trabalho, da regulação dos bancos e dos mercados de capitais ou do tabelamento de preços e de cotas produtivas para *commodities*, como o trigo.

A mudança foi informal. Ela se originou no conflito entre poderes que se desenrolou ao longo do primeiro mandato de Franklin Roosevelt. O *New Deal*, inicialmente, desencadeou a declaração de inconstitucionalidade de vários pilares de seu governo, numa tentativa inicial da Corte de resistir à onda progressista que nasceu com a Grande Depressão, preservando as tendências conservadoras dos precedentes da era *Lochner*.

A reeleição de 1936, nesse sentido, configurou um típico processo eleitoral de referendo acerca do conflito entre o presidente e a Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo os próprios rivais do presidente, a campanha de reeleição foi definida pela posição de cada partido em relação à Suprema Corte¹⁶³, especialmente após a decisão do caso *Carter*, que seguiu a linha do caso *Schechter* e impediu também o governo federal de regular a produção de carvão.

A tríade temporal de um momento constitucional de mudança informal da Constituição, na definição de Ackerman, estava presente no *New Deal*. O conflito entre os poderes teve início logo com a eleição de Roosevelt, com a Suprema Corte dominada por juízes nomeados por presidentes republicanos.

¹⁶² LEVINSON, Sanford. **Framed**: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 341.

¹⁶³ RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 110.

Ao tentar mudar o paradigma da relação do governo federal com o cidadão, Roosevelt esbarrou na estrutura firme da Suprema Corte, e a divergência ficou clara para o país. O partido republicano saiu em defesa da Corte, colocando-se como defensor de suas decisões, e Roosevelt, como seu opositor principal. Na Convenção Republicana Nacional, o ex-presidente Herbert Hoover, derrotado por Roosevelt em 1932, disse: “Cada americano deve agradecer a Deus pela Constituição e pela Suprema Corte”,¹⁶⁴ num claro sinal de aplauso às decisões que haviam invalidado programas do *New Deal*. Contudo, essa estratégia não rendeu bons frutos.

Em sua reeleição, Roosevelt venceu em todos os estados, exceto Vermont e Maine, assumindo uma maioria ainda mais implacável no Congresso. Agora, munido do capital político para enfrentar a Corte, o texto constitucional cederia.

A tragédia econômica da Grande Depressão plantou as sementes para a mudança radical ocorrida nos anos do *New Deal*. Um momento constitucional é possível, apenas, se houver um apoio enraizado, profundo e constante da população a uma inovação constitucional. Movimentos transitórios não bastam. Eles se apagam facilmente e não têm o condão de promover mudanças informais na Constituição. Nesse sentido, o período da Grande Depressão foi capaz de unir partes muito significativas do eleitorado americano por trás de Roosevelt e do projeto *New Deal*.

A pressão política, aliada a sucessivas nomeações para a Corte, permitiu uma ressignificação monumental do texto de 1787. O governo federal, após o caso *Wickard*, “detinha muito mais poder para controlar a economia do que jamais fora imaginado”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ LEUCHTENBURG, William. When the People Spoke, What Did They Say? The Election of 1936 and the Ackerman Thesis. *The Yale Law Journal*, v. 108, p. 2090, 1999.

¹⁶⁵ LEVINSON, Sanford. **Framed**: America’s 51 Constitutions and the Crisis of Governance. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 341.

Diferentemente do período pós-guerra civil, chamado de “Reconstrução”, nem mesmo houve tentativa de se emendar formalmente a Constituição para resguardar o *New Deal*. Por mais agressiva que fossem as mudanças constitucionais propostas por Roosevelt, num abandono completo e assertivo da doutrina conservadora de *Lochner* e *Schechter*, tudo ocorreu pela via informal, em evidente desvio do processo de emenda do Artigo 5º, da Constituição.

Alguns elementos essenciais, nesse sentido, caracterizaram o momento constitucional e estiveram presentes no desenrolar histórico da Grande Depressão. Talvez o mais importante deles tenha sido o propósito universal de superar a crise econômica e de reativar a vida financeira do país. Por mais que houvesse divergências importantes quanto aos métodos de superação da crise, a intenção, em si, foi universalmente difundida.

O conflito entre poderes tornou-se então cristalino, pois a democracia atingiu imediatamente apenas os Poderes Legislativo e Executivo. Com a saída de Hoover e a entrada de Roosevelt, ao lado de um Congresso de maioria democrata, o país escolheu caminhar numa nova direção. Contudo, demorou mais um tempo para que essa escolha se refletisse na Suprema Corte em si. Isso ocorreu apenas quatro anos depois, após várias decisões contrárias aos interesses do partido no poder, quando a pressão profunda (*deep*), ampla (*breadthful*) e decisiva (*decisive*) da população empurrou as políticas de Roosevelt para outro patamar e forçou a Suprema Corte a ceder, especificamente, com a mudança de posição do juiz Owen Roberts.¹⁶⁶

Infere-se, dessa forma, que o *New Deal* foi prova de que momentos constitucionais alteram o conteúdo normativo da Constituição. Para tanto, o contexto social e político do país deve empurrar o órgão responsável pela interpretação do texto constitucional nessa direção. Com a visão de estado de bem-estar social, ainda desconhecida nos Estados Unidos, os programas de Roosevelt

¹⁶⁶ ACKERMAN, Bruce. **We The People** - Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 272.

tiveram, na Grande Depressão, sua condição de possibilidade, na medida em que o desespero onipresente no país reuniu o apoio intransigente e decidido da maioria do eleitorado americano a um novo caminho para construir o futuro.

Na decisão da Suprema Corte no caso *Schechter*, o Chief Justice Hughes escreveu a famosíssima frase de que “condições extraordinárias [...] não podem criar ou ampliar poderes constitucionais”. Isso foi dito literalmente na p. 64. Por mais que a afirmação esteja dogmaticamente perfeita, condições extraordinárias de fato podem, sim, viabilizar a alteração o conteúdo da Constituição.

Isso ocorrerá sempre que forças políticas souberem, a exemplo de Roosevelt e do partido democrata, canalizar seus esforços para tanto, através de um momento constitucional apoiado de forma duradoura pela sociedade e capaz de forçar a Suprema Corte, intérprete máxima da Constituição, a atualizar o texto em relação às necessidades dos tempos atuais. O apoio ao *New Deal* proporcionou esse processo de reformulação do conteúdo normativo da Constituição de 1787, historicamente um texto baseado na autonomia dos estados.

A União expandiu-se como resultado disso, tendo reconhecida sua autoridade para regular as vidas financeira e industrial do país. O teste de efeitos substanciais – novo critério para interpretação da *Commerce Clause* – superou a era *Lochner* de precedentes conservadores decididos pela Suprema Corte e consolidou a existência o papel da *Securities and Exchange Commission*, destinada a evitar uma nova crise especulativa nos mercados de capitais, e a criação de regras trabalhistas em nível federal.

CONCLUSÃO

O pêndulo federativo dos Estados Unidos teve três de seus movimentos marcantes analisados no presente trabalho. Inicialmente, no nascimento do novo ordenamento jurídico, a Constituição de 1787 idealizada por Madison superou os *Artigos da Confederação* e conferiu, ao Congresso, poderes significativos, como o de criar tributos e o de regular o comércio interestadual.

Depois, a Corte Marshall foi responsável por interpretar amplamente vários poderes do governo federal, destacadamente na *Commerce Clause*, nos precedentes *McCulloch* e *Gibbons*.

Por fim, já no século XX, a rejeição eleitoral da postura apática do presidente Herbert Hoover, diante da Grande Depressão iniciada em 1929, levou Franklin Roosevelt à presidência. Contudo, ao adotar um papel protagonista, seus programas de alívio e de estímulo econômico (*economic relief and reflation*) foram invalidados sucessivas vezes pela Suprema Corte, a começar pela declaração de inconstitucionalidade do *National Industrial Recovery Act*, de 1933, na decisão do caso *Schechter*. Entretanto, após sua reeleição em 1936, o exercício da pressão política e de nomeações democratas para a Corte possibilitaram um processo de ressignificação do texto constitucional.

Já no início de seu segundo mandato, Roosevelt lançou-se à missão de preservar os programas do *New Deal* de participação do governo federal na economia. Entre eles, destacou-se a criação da *Securities and Exchange Commission*, com o propósito de evitar os níveis agressivos de especulação financeira, em completo descompasso com a realidade produtiva do país, que haviam provocado o tombo da *New York Stock Exchange* em outubro de 1929.

A autoridade para regular o mercado de capitais, operado nas bolsas de valores, surgiu no terceiro movimento do pêndulo federativo americano, sob a liderança do presidente Roosevelt.

Para tanto, provou-se crucial a interpretação ampla da *Commerce Clause*, que atingiu sua extensão máxima na decisão da Suprema Corte no caso *Wickard*. Nesse, foi reconhecida a competência do governo federal para regular qualquer atividade que possa ter efeitos substanciais sobre o comércio interestadual, ainda que ela não configure, em si, uma atividade comercial.

O *substantial effects test* abandonou a lógica adotada no caso *Schechter* de enfrentar o poder do governo federal de regular a produção industrial, os mercados de capitais e as relações de trabalho. Reconheceu-se que as três coisas, por mais que não envolvam diretamente o comércio entre estados, têm impacto direto sobre ele.

Dessa forma, a regulação federal, pela União, dos mercados de capitais nasceu nos Estados Unidos, de uma evolução histórica contínua que iniciou com a invenção da *Commerce Clause* pelo constituinte de Filadélfia. À época, ela foi destinada a conter o embargo produtivo imposto pelo Império Britânico contra produtos estadunidenses.

A evolução interpretativa das competências do governo federal ocorreu em pêndulo, passando por decisões como as do caso *Carter*, que enfatizou uma visão minimalista do papel do governo federal na economia. Contudo, mais tarde, nos casos *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, *United States v. Darby* e *Wickard v. Filburn*, a revolução no conteúdo normativo da Constituição ficou completa, politicamente patrocinada pela vitória avassaladora de Roosevelt nas urnas, em 1936.

Apenas um apoio popular tão profundo e duradouro foi capaz de promover um momento constitucional e de efetivar o giro normativo na *Commerce Clause* que sedimentou a atuação do governo federal para regular as relações de trabalho, a produção industrial e os mercados de capitais.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, v. 99, p. 453-547.1989.
- ACKERMAN, Bruce. **We The People**. Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1991.
- BEBCHUK, Lucian. The Case for Increasing Shareholder Power. **Harvard Law Review**, v. 118, n.3, 2004. BREALEY, Richard; MYERS, Stewart; ALLEN, Franklin. **Principles of Corporate Finance**. New York: McGraw-Hill Education, 2020
- BROWN, Roger. **Redeeming the Republic**: Federalists, Taxation, and the Origin of the Constitution. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2000.
- CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. 5.ed. New York: Aspen Casebook Series, 2017.
- EINHORN, Robin. **American Taxation, American Slavery**. Chicago: University of Chicago Press, 2008.
- FELDMAN, Noah. **The Three Lives of James Madison**: Genius, Partisan, President. New York: Random House, 2019.
- GALBRAITH, John Kenneth. **The Great Crash 1929**. New York: Mariner Books, 1955.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O Poder Executivo na Construção do Direito Constitucional: Uma Breve Análise do Caso Brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n.2, 2014.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Mentor Books, 1961.
- HOOVER, Herbert. February 3, 1931: Statement on Unemployment Relief. **Miller Center: Presidential Speeches**. Disponível em: <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/february-3-1931-statement-unemployment-relief>
- KLARMAN, Michael. **The Framers' Coup**: the Making of the United States Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- KRAMER, L.C. The Supreme Court, 2000 Term—Foreword: We the Court. **Harvard Law Review**, v 115, p. 4-169,2001.
- LETTER FROM George Washington to James Madison (November 5, 1786). **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0070>
- LETTERS FROM George Washington to John Jay, August 16, 1787. **National Archives** – Founders Online. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/04-04-02-0199>.

LETTER FROM George Washington to John Jay (August 16, 1787). **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/04-04-02-0199>

LETTER FROM James Madison to James Madison Sr., (April 1, 1787). **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0188>.

LETTER FROM James Madison to James Monroe, August 7, 1785. **National Archives - Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0178>.

LETTERS FROM James Madison to Thomas Jefferson, August 12, 1786. **National Archives – Founders Online**, Disponível em: <https://founders.archives.gov/?q=Project%3A%22Madison%20Papers%22%20Recipient%3A%22Jefferson%2C%20Thomas%22&s=1511311113&r=80>

LETTERS FROM Edward Carrington to Randolph, April 2, 1787, LDC. **Washington: National Archives**, 24:193.

LETTERS FROM James Madison to Richard Henry Lee, July 7, 1785. **National Archives – Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0168>.

LEUCHTENBURG, William. When the People Spoke, What Did They Say? The Election of 1936 and the Ackerman Thesis. **The Yale Law Journal**, v. 108, 1999.

LEVINSON, Sanford. **Framed: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LOWENSTEIN, Robert. Economic History Repeating. **Wall Street Journal**, 15 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/book-review-hall-of-mirrors-by-barry-eichengreen-1421192283>.

MADISON, James. **Notes of Debates in the Federal Convention of 1787** (Adrienne Koch, Ed.). Ohio University Press, 1966, excerto do dia 06 de junho. Disponível em:

MADISON, James. Vices of the political system of the United States. **Founders Online**. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0187>.

MCCLOSKEY, Robert G.; LEVINSON, Sanford. **The American Supreme Court** (5th ed.). Chicago: University of Chicago Press, 2010.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald. **Constitutional Law**. 8. ed. St. Paul: Thomson West, 2010.

O'FALLON, James. Marbury., **Stanford Law Review**, v. 42, 1992.

OLSON, James. **Saving Capitalism: the Reconstruction Finance Corporation and the New Deal, 1933–1940**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

PALMITER, Alan. **Corporations: Examples & Explanations**. Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

RAUCHWAY, Eric. **The Great Depression and the New Deal**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

RICHARDS, Leonard. **Shay's Rebellion: the American Revolution's Final Battle**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003.

SPINOZA, Benedict. **Theological Political Treatise**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SULLIVAN, Kathleen; FELDMAN, Noah. **Constitutional Law**. 20.ed. New York: Foundation Press (University Casebook Series), 2019.

VAN ALSTYNE, William. A Critical Guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, n. 1, 1969.

WEINBERG, Louise. Our Marbury. **Virginia Law Review**, v.09, 2003.

WOOD, Gordon. Interests and Disinterestedness in the Making of the Constitution. IN: BEEMAN, Richard; BOTEIN, Stephen; CARTER, Edward (eds.). **Beyond Confederation**. Raleigh: UNC Press Books, 1987, p. 69-109.