

4

A Separação de Poderes na Constituição de 1787

4.1

Os Antifederalistas e a Doutrina Pura da Separação de Poderes

A despeito de sua heterogeneidade, o movimento antifederalista se formou para impedir a ratificação da Constituição de 1787 e seu projeto de centralização do poder. O caráter difuso e centrífugo que marcava a política confederativa seria sacrificado pela formação da república federal, tendente a usurpar o poder dos Estados.

A máxima de Montesquieu¹ segundo a qual uma república vingaria apenas em pequenos territórios – “É da natureza da república que seu território seja pequeno; se não for assim, ela dificilmente poderá subsistir.”² – serviu de munição aos antifederalistas, que acusavam seus inimigos de mostrar a bandeira federativa sem revelar sua verdadeira face. Na sua concepção, um país tão extenso só poderia ser efetivado por um Estado de feições monárquicas.³

Os antifederalistas afirmavam que esta ameaça poderia se concretizar com o sistema de freios e contrapesos da Constituição de 1787, que criava competências compartilhadas entre diferentes ramos do governo. Montesquieu já havia advertido que a concentração de poderes em um mesmo corpo de funcionários ou instituição política poderia levar um país à tirania.⁴ Norteando-se por esta afirmação, os antifederalistas elegeram o sistema constitucional de separação de Poderes como seu principal objeto de crítica.

¹ SPURLIN, Paul Merrill. *Montesquieu in America. 1769 – 1801*. New York: Octagon Books, 1969. Discorrendo sobre a importância suprema de Montesquieu para o debate público americano da segunda metade do século XVIII, Paul Merrill Spurlin afirma que o autor possuía tal ascendência que mesmo as correntes de opinião mais antagônicas se valiam de seus argumentos sem demonstrarem incômodo com o recurso à mesma fonte.

² MONTESQUIEU, op. cit., Livro VIII, cap. 16., p. 120.

³ Ibid., Livro VIII, cap. 16., p. 120; HAMILTON, *O Federalista* nº 9, p. 142 e 143. Hamilton rejeitou este argumento com a constatação de que o espaço ocupado pela maioria dos Estados da época já seria muito mais extenso do que o autor francês julgava ideal para uma república. Na verdade, Hamilton irá inverter a aparente aversão de Montesquieu pela república extensa adotando seu conceito de “república confederada”, que reúne as vantagens internas de um governo republicano, baseado na liberdade, e os benefícios externos de uma monarquia, cujo espírito é a expansão internacional pela guerra.

⁴ MONTESQUIEU, op. cit., Livro XI, cap. VI, p. 149.

Alternativamente a este mecanismo de controles recíprocos, os antifederalistas propunham a adoção da doutrina pura ou absoluta da separação dos Poderes, que se baseia na atribuição de diferentes funções aos ramos do governo. O legislativo seria responsável, apenas, pela elaboração das leis e o executivo e judiciário teriam, somente, o dever de efetivá-las. O primeiro o faria de acordo com o a urgência das decisões de Estado e o segundo, aplicaria a lei ao caso concreto.⁵

A separação absoluta impossibilitaria a concentração do poder, impedindo que um órgão tivesse o controle de todos os campos de atuação do governo, ou seja, que o legislativo aplicasse as leis que elabora e que o judiciário e o executivo legislassem no ato de aplicar e interpretar as leis.⁶

Outra vantagem da doutrina da separação pura seria a obediência ao imperativo da separação de funções governamentais. Dividindo-se o poder entre diferentes órgãos, cada um deles se especializaria mais na sua competência particular, aumentando a eficiência da máquina estatal.⁷

Além disso, a doutrina pura define com mais clareza as competências de cada órgão de governo, facilitando a fiscalização e compreensão da estrutura estatal pelo povo. Ao definir funções concorrentes a várias instituições, o texto da Constituição não só abriria espaço para a tirania, como daria vazão à ambigüidade, confusão e potencial conflito entre os Poderes para a definição do órgão realmente competente para agir. Como as decisões governamentais tinham que passar por várias instâncias para se aperfeiçoar, tornava-se difícil apontar qual era a autoridade responsável pelo resultado final, diminuindo-se, com isso, a possibilidade de fiscalização popular do governo.⁸

Os antifederalistas afirmavam que apesar da retórica de prevenção da tirania que a teoria dos freios e contrapesos se dispunha a solucionar, em verdade, não havia nenhuma garantia de que um Poder fosse exercer os mecanismos de controle e veto que tinham a sua disposição. Se os Poderes não se fiscalizassem mutuamente, o governo se tornaria incontrolável, uma vez que os mecanismos diretos de participação popular não foram desenvolvidos pela Constituição. O sistema de freios e contrapesos alijava o povo das instituições governamentais e

⁵ MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, cap. VI, p. 149 e MANIN, op. cit., p.270.

⁶ BELLAMY, op. cit., p. 437 e 438.

⁷ MANIN, op. cit., p. 260.

⁸ Ibid., p. 271 e 275.

refundava a esfera política em termos intra-estatais, o que feria o princípio da soberania popular.⁹

Contrariamente ao modelo federalista, a doutrina absoluta da separação de Poderes fazia uma opção clara pela supremacia do legislativo sobre os demais órgãos. A capacidade dos legisladores em criar as bases para a atuação do judiciário e do executivo lhes reveste de uma proeminência sobre estes Poderes.¹⁰ Na verdade, a própria separação pura seria uma forma de não se furtar à soberania popular pelo controle das atividades legislativas.¹¹

A despeito de sua aparente coerência, o desenvolvimento da doutrina pura pelos antifederalistas não levou em consideração que os Poderes, fatalmente, devem assumir funções alheias para viabilizar sua operatividade. O judiciário exerce uma função legislativa no sistema de vínculo ao precedente e no ato de selecionar a lei aplicável. Também o executivo deve criar alguns protocolos de ação que podem assumir a importância de leis. O legislativo, por sua vez, está sempre preocupado com a forma com que suas determinações devem ser interpretadas.¹² Como a lei possui caráter geral, haverá sempre uma delegação de interpretação ao responsável pela sua aplicação em circunstâncias concretas, função desempenhada tanto pelo executivo, como pelo judiciário.¹³

Além disso, os antifederalistas não apontavam nenhum mecanismo confiável para impedir que um Poder invadisse as competências de outro. Mesmo dentro da crítica antifederalista da ausência de meios de fiscalização popular da teoria dos freios e contrapesos, não houve a apresentação de uma alternativa consistente da participação política dos cidadãos como fator de legitimidade, controle e contenção do governo.¹⁴

4.2

A Influência da Teoria da Constituição Mista

Na Inglaterra e nas colônias norte-americanas pré-revolucionárias, o governo balanceado representava uma abertura à ação virtuosa dos cidadãos e à

⁹ Ibid., 275 et. seq..

¹⁰ MANIN, op. cit., p. 270.

¹¹ VILE, op. cit., p. 151.

¹² BELLAMY, op. cit., p. 439 e MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, cap. VI, p. 152.

¹³ VILE, op. cit., p. 156 e 157.

¹⁴ MANIN, op. cit., p. 274.

expressão da ideologia *Country*. A incapacidade deste sistema em impedir a corrupção da Constituição inglesa e a usurpação das liberdades civis coloniais afastou a crença em sua eficácia durante a Revolução Americana. Ao contrário do princípio de equilíbrio e cooperação da constituição mista, o constitucionalismo revolucionário enfocava a supremacia do legislativo como a efetivação da soberania popular e a teoria da separação absoluta dos Poderes como um meio de evitar o que acontecera na Inglaterra.

Se na metrópole as relações entrelaçadas entre o Executivo (Rei) e o Legislativo (Parlamento) geraram a corrupção constitucional, os Estados Unidos não poderiam reproduzir este modelo novamente.

Porém, a abertura que o período revolucionário representou à participação popular fez com que a teoria do governo misto fosse reabilitada por alguns membros da elite norte-americana, no final do século XVIII. Identificada com o excesso de democracia que tomava os Estados, a doutrina pura foi criticada por vários publicistas que enxergavam a reabilitação da teoria da constituição mista como uma forma de solucionar o problema da contenção do legislativo. Este movimento começa a surgir antes mesmo de 1787, na alteração de várias Constituições estaduais. Nesta nova versão, o vínculo das instituições políticas às diferentes ordens sociais é extirpado da teoria, permanecendo, apenas, o princípio do controle recíproco dos Poderes.¹⁵

A função essencial da Câmara dos Lordes, no entanto, permanecia de grande importância diante do crescimento dos movimentos populares e da supremacia das Assembléias estaduais, o que Pocock qualificou como *legislative governments*.¹⁶

John Adams condenava um governo baseado unicamente na vontade majoritária de uma assembléia que pudesse controlar as funções judiciais e executivas. Esta forma seria pouco transparente e difícil de ser fiscalizada pelos constituintes. Além disso, o governo assembleístico era muito aberto para exercer o Poder executivo e muito lento e despreparado para a função judicial. Em consonância com outros publicistas, como Carter Braxton, Adams propunha a

¹⁵ VILE, op. cit., p. 165 e 166, 133 e 134. Vile afirma que os controles recíprocos não são uma invenção norte-americana. Embora o sistema possa ter sido desenvolvido na Constituição de 1787, suas origens remontam ao antigo constitucionalismo inglês, como parte integrante da teoria da constituição mista.

¹⁶ POCOCK, *Virtue, Commerce...*, p. 83; VILE, op. cit., p. 146.

formação de uma outra casa legislativa, com independência suficiente para vetar as determinações da assembléia.¹⁷

Braxton asseverava que a existência de uma assembléia popular com prerrogativas que garantissem sua independência contra a influência do capital financeiro seria importante, mas não suficiente. Fundada na dignidade e na vitaliciedade de seus membros, uma outra casa legislativa deveria refletir com cuidado sobre leis e políticas públicas inapropriadas ao bem comum e exercendo o poder de veto, se necessário.¹⁸

O próprio vocabulário empregado pela doutrina da constituição mista, que deve agregar monarquia, aristocracia e democracia, é alterado nos debates pré-constitucionais, que enfatizam a natureza técnica exercida por cada um dos Poderes e não sua origem classista. Esta mudança aponta o abandono da concepção de governo como um sistema de cooperação política entre ordens sociais, para a adoção da diretriz afeta à doutrina pura, que define os Poderes segundo o seu papel funcional.¹⁹

É o fato de fundamentar a atuação dos Poderes em suas funções e não em diferentes classes sociais que formará o arcabouço teórico federalista que vincula todos os ramos do governo, de maneira equânime, ao povo, e não apenas um deles, o legislativo, como determina a teoria da constituição mista.²⁰

Se os federalistas continuassem aceitando o fato de que a democracia estava confinada ao legislativo, fatalmente deveriam acolher o conceito de virtude, incondizente com seu pressuposto antropológico. Na teoria do governo misto, a aristocracia e a democracia possuíam qualidades diferentes. A primeira possui educação, honestidade, talento, inteligência e riqueza e a segunda, permite a expressão da ação cívica voltada à realização do bem comum. Quando os federalistas desqualificaram o legislativo como único representante dos “muitos” ou da democracia, a virtude ficou órfã e a supremacia legislativa, injustificável.²¹

Em síntese, a teoria constitucional americana evoluiu no sentido de adaptar os debates em torno da separação dos Poderes que percorreram a segunda metade

¹⁷ BAYLIN, op. cit., p. 289 et. seq..

¹⁸ BAYLIN, op. cit., p. 291 e 292.

¹⁹ ARON, op. cit., p. 36; MANIN, op. cit., p. 259; VILE, op. cit., p. 165 e 166.

²⁰ MANIN, op. cit., p. 259.

²¹ POCOCK, “Virtue and Commerce on the Eighteenth Century.”, p. 124 e 133.

do século XVIII às circunstâncias de um país que procurava uma saída para o controle das Assembléias estaduais.²²

Por um lado, o aspecto antifederalista da separação funcional garantia a eficiência do governo e permitia que todos os Poderes fossem dependentes, igualmente, do povo; por outro lado, o princípio do controle recíproco, próprio da teoria do governo misto, evitava a usurpação e concentração de poder. Este é o pano de fundo do debate constitucional norte-americano que adotou o sistema dos freios e contrapesos.

4.3

O Sistema de Separação de Poderes na Constituição de 1787

Richard Bellamy afirma que o objetivo da Constituição de 1787 foi a construção de um mecanismo eficiente de resolução de conflitos sociais. O pragmatismo federalista propunha que somente uma estrutura política ajustada às particularidades da sociedade norte-americana poderia criar um esteio sólido e duradouro para a defesa dos direitos individuais.

Os fundamentos deste pragmatismo estão no determinismo de Montesquieu, que afirmava a pertinência das leis dependendo das variáveis que caracterizam uma sociedade específica. Sendo assim, a natureza das instituições deve obedecer ao imperativo de adaptabilidade às circunstâncias sociais. Dado que os federalistas apresentavam o homem como egoísta e a sociedade como uma arena de conflito de interesses inconciliáveis, a constituição resultante deveria refletir o que o auto-interesse e o envolvimento do povo representavam para a república. Neste sentido, surge a concepção de separação de Poderes, que vem se somar à representação e à federalização como uma medida controladora da tendência perniciosa do homem e da sociedade.²³

Ao invés de proclamar formalmente uma série de garantias, a Constituição se vinculava a um sistema de separação de Poderes que assegurava, por via indireta, a proteção do indivíduo. Na verdade, os direitos não preexistiriam à

²² MANIN, op. cit., p. 261.

²³ ARON, op. cit., p. 47 cf WOOD, op. cit., p. 204.

sociedade política, mas seriam definidos a partir da esfera estatal criada pela Constituição.²⁴

O constitucionalismo americano rompeu com a concepção de governo misto, que Montesquieu defendia como um fator de manutenção da liberdade política na Constituição inglesa.²⁵ Em seu lugar, adotou uma definição jurídico-formal de governo e separação de Poderes. A distribuição das competências estaduais e federais, a representação e a solução dos conflitos políticos entre os Estados, tudo está inserido no tecido constitucional, celebrado pelos federalistas como grande instituição impessoal, que funciona como árbitro de uma sociedade que não poderia ser dividida nas mesmas bases classistas rígidas com as quais a teoria do governo misto fora criada.²⁶

A Constituição deu origem a um verdadeiro “organismo com vida própria” que funcionava separadamente da dimensão social e que se baseava na competição entre as diversas instituições oficiais. O conflito entre os Poderes não se resolveria pelo recurso aos mecanismos de consulta e decisão popular, mas estaria voltado para a solução apresentada na Constituição, que construiu um mecanismo “de controle recíproco de diferentes autonomias”, ou seja, o sistema de *checks and balances*.²⁷

Os federalistas remontaram a Montesquieu ao afirmar que a separação pura dos Poderes é quase impossível na prática. No artigo nº 47 de *O Federalista*, Madison elenca uma série de exemplos de como os Poderes já se encontravam imbricados nos Estados, cuja prática política os antifederalistas diziam resguardar ao se oporem à Constituição de 1787.²⁸

Ao mesmo tempo em que a separação pura seria inviável, um governo popular deveria conviver com a constante ameaça à estabilidade de uma maioria legislativa tirânica que poderia assumir as funções e competências de um outro Poder.²⁹ No artigo nº 48 de *O Federalista*, Madison elenca vários casos de usurpação legislativa nos Estados, concluindo que “O Legislativo está, por toda a

²⁴ BELLAMY, op. cit., p. 436 et. seq., 455 e 456.

²⁵ MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, cap. VI.

²⁶ ARON, op. cit., p. 333 e NEGRI, op. cit., p. 238 e 243.

²⁷ NEGRI, op. cit., p. 238, 244 e 245.

²⁸ MADISON, *Federalista* nº 47, p. 396 et. seq.; MANIN, op. cit., p. 262; MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, cap. VI, p. 152.

²⁹ BELLAMY, op. cit., p. 448 e MADISON, *O Federalista* nº 51, p. 417 e 419.

parte, estendendo a esfera de suas atividades e abarcando todo o poder com seus ambiciosos tentáculos.”³⁰

4.4

A Representação como Limitação da Soberania Popular

Tanto na Inglaterra quanto nas repúblicas em geral, o povo, identificado com o legislativo, era limitado por uma outra classe social, a nobreza. Os federalistas, porém, não tinham como fundar um governo misto num país que não possuía nobres. Durante o período revolucionário, este papel não foi cumprido a contento por quem poderia fazê-lo, as aristocracias naturais de cada Estado.

Na ausência de uma classe social que pudesse limitar o legislativo, a solução se voltou para o sistema de representação, responsável pela criação de uma elite de dirigentes políticos.

Se na teoria do governo misto o povo ocupava uma fração do poder e era contido horizontalmente pela nobreza, depois da Constituição a participação popular foi afastada do governo, opondo-se em termos verticais ao poder. Como não havia uma classe que limitasse o povo, então ele mesmo foi retirado da estrutura política, totalmente dominada por representantes e funcionários estatais. Sua função se restringia a escolher quem deveria governar em seu nome.³¹

A doutrina federalista conseguiu defender sua concepção de que todos os Poderes estavam submetidos à soberania popular como uma prova da concretização dos princípios democráticos nos Estados Unidos. A despeito de toda crítica da Constituição como um documento que criava uma elite dirigente, fixou-se a crença comum de que a sociedade norte-americana vivia sob uma democracia e que, por isto, seu conteúdo e forma não deveriam ser discutidos. Os princípios democráticos se tornaram apolíticos, assumindo a categoria de uma “fé à qual todos os norte-americanos e todas as instituições norte-americanas precisam, inquestionavelmente, aderir.”³² Defendia-se a Constituição por seus pontos democráticos, ainda que a soberania popular, na verdade, tivesse sido limitada e não contemplada em seus termos.

³⁰ MADISON, *O Federalista* nº 48, p. 402.

³¹ VILE, op. cit., p. 137 e NEGRI, op. cit., p. 245 e 246.

³² WOOD, op. cit., p. 208.

Apesar da representação limitar, efetivamente, a participação popular, Madison não se furtou a defender outros meios constitucionais que pudessem impedir uma exacerbação do Legislativo, ainda considerado a instituição mais próxima do povo. Estes outros mecanismos de contenção são definidos no sistema de freios e contrapesos da Constituição de 1787.

4.5

O Mecanismo de Freios e Contrapesos como um Aperfeiçoamento da Limitação da Participação Popular

A base material da concepção de separação dos Poderes da teoria do governo misto, que usava as vantagens de cada classe no exercício das funções de governo, não se sustentava nos EUA. Seria impossível, na sociedade norte-americana, estabelecer Poderes fundados em diferentes ordens sociais para limitar o povo. Para os federalistas, sem instituições de controle, a própria democracia poderia perecer frente a uma maioria tirânica legislativa ou degenerar para a anarquia, tal como previsto na *anakuklōsis politeiōn*.³³

O pensamento federalista buscou as soluções para impedir estes inconvenientes da democracia dentro da sua própria concepção de homem, motivado apenas pelo auto-interesse e que tende a se associar em torno de facções para a realização egoísta de suas vontades. Se o faccionismo social era considerado, isoladamente, uma ameaça à estabilidade republicana, dentro do organismo político-constitucional, foi uma solução.

Os federalistas souberam aproveitar a forma como definiram a sociedade para fundar uma estrutura política que julgavam mais adequada para inibir a participação política popular, bastante intensa no período revolucionário.

Com base no pressuposto do auto-interesse, os federalistas afirmavam que o melhor controle do governo se fazia pela ganância dos homens que ocupam os diferentes Poderes. Como cada instituição estatal é composta por indivíduos egoístas, sempre existiria a ameaça de que um órgão tentasse usurpar a competência e as funções de um outro ramo do governo. Mas como cada Poder ameaçado também seria composto por homens que visam o auto-interesse,

³³ BELLAMY, op. cit., p. 449.

certamente ele agiria de modo a conter os excessos que adviriam de uma outra instituição.

Os três Poderes deveriam se contralar mutuamente, formando uma estrutura *dans laquelle les limites de chaque pouvoir sont le produit de la résistance et la réaction éventuelles des autres*.³⁴

A política transcenderia a ação de grupos sociais e se transportaria para o jogo de forças entre os Poderes. A racionalidade inerente ao sistema equilibraria as disputas, uma vez que cada ramo de governo não deveria extrapolar suas funções porque saberia que, se o fizesse, seria contido. A Constituição criou uma teoria auto-reforçante da estabilidade política, o que leva alguns autores a descrever sua dinâmica entre os Poderes como uma concepção da teoria dos jogos³⁵ ou um jogo de soma zero.³⁶

A irracionalidade, própria do engajamento popular, é afastada do governo e o perigo da usurpação ou da ditadura de um dos Poderes se anula por uma solução que brota do próprio tecido constitucional e que não depende da intervenção popular para funcionar.³⁷ Os federalistas construíram uma teoria constitucional que afastou o poder constituinte da política como um meio de torná-lo soberano.³⁸

Contrariando as críticas antifederalistas, Madison afirmou que Montesquieu não condenava a intervenção recíproca entre os três Poderes, mas sim a concentração total de funções em um mesmo órgão, o que geraria um governo tirânico:

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”³⁹

E, após discorrer sobre a competência de cada poder e as formas de controle recíproco, conclui:

³⁴ MANIN, op. cit., p. 274.

³⁵ Ibid., p. 289.

³⁶ VASCONCELOS, op. cit., p. 23.

³⁷ NEGRI, op. cit., p. 245 e 246 e MANIN, op. cit., p. 287 e 292.

³⁸ MANIN, op. cit., p. 291 e 292.

³⁹ MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, cap. VI, p. 149.

“Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo.”⁴⁰

Os freios e contrapesos seriam a forma norte-americana de impedir a ameaça de usurpação de poder que Montesquieu atribuiu à Constituição mista inglesa. Tal como os federalistas afirmavam, o Livro XI da obra *Do Espírito das Leis* corrobora que o “oráculo” francês, longe de repudiar mecanismos de controles mútuos, exaltava-os.⁴¹

A defesa jurídico-formal da teoria dos freios e contrapesos se sustenta sobre a igualdade hierárquica das instituições controladoras, ou seja, os três Poderes e suas respectivas funções fiscalizatórias estão definidas na mesma fonte de legitimação, a Constituição de 1787.⁴² Estes mecanismos jurídicos de controle recíproco representam um sistema de regulação endógena do poder, que atua preventivamente ao desequilíbrio entre os órgãos republicanos.⁴³

Embora a participação política dos cidadãos seja menosprezada neste modelo político, a retórica federalista se negava a assumir seu caráter refratário à vontade popular. O objetivo dos freios e contrapesos seria impedir a manifestação efêmera e conturbada do povo por meio de mecanismos de filtragem, dos quais se destacam o papel do Senado e da Suprema Corte. A vontade popular não seria esquecida ou alijada do governo, mas sim submetida a uma ponderação *mûrement réfléchie*.⁴⁴

John Taylor repudiou a limitação da participação popular no governo, ao afirmar que o sistema de separação de Poderes adotado criava, em verdade, uma nova aristocracia nacional. Esta classe não se vincularia à terra, como a nobreza feudal européia, mas sim aos grandes interesses financeiros nacionais, que atuariam diretamente na esfera federal para cumprir seus objetivos. A ação desta nova aristocracia era viabilizada pelo modelo de freios e contrapesos que permitia a inter-relação e interdependência dos Poderes, principalmente, entre Executivo e Legislativo. O primeiro atuaria pervertendo as ligações populares do segundo,

⁴⁰ Ibid., livro XI, cap. VI, p. 153.

⁴¹ Ibid., livro XI, cap. VI, p. VILE, p. 175 e MADISON, *O Federalista* n° 47, p. 393 e 394. O termo “oráculo” é usado pelo próprio Madison nesta passagem do livro.

⁴² MANIN, op. cit., p. 286.

⁴³ Ibid., p. 286.

⁴⁴ MADISON, *O Federalista* n° 63, p. 486 e 487 e MANIN, op. cit., p. 292.

usando expedientes clientelistas para submetê-lo aos interesses dos *big business men*.⁴⁵

4.6

O Poder Legislativo

A Constituição estabeleceu um Legislativo que deveria compor os diversos interesses sociais com a marca de um país já segmentado em diversos Estados autônomos. Segundo Bellamy, este objetivo foi atingido *through dividing the legislature against it self*, ou seja, adotando critérios distintos para a composição de cada casa legislativa.⁴⁶

Madison afirmou que, em um regime republicano, o legislativo é dotado de uma supremacia que advém de sua legitimidade popular. Além disso, o poder dos legisladores é potencializado pela sua competência para definir tributos e pelo caráter indeterminado de sua função. Um ramo de governo tão poderoso poderia assumir as atribuições judiciais e executivas, tendendo a perverter os termos da separação de Poderes originalmente fixados pela Constituição.⁴⁷

O recurso a convenções constitucionais que pudessem corrigir eventuais desequilíbrios na separação de Poderes é descartado por Madison nos artigos nº 48 e nº 49 de *O Federalista*, sob o argumento de que a consulta popular constante ou periódica minaria a confiança da sociedade em seu governo.⁴⁸

Madison julgava que a solução mais adequada à limitação do Legislativo seria a doutrina dos freios e contrapesos, que facultava uma parcela da função típica de um ramo do governo a outras instituições. Esta teoria não seria, porém,

⁴⁵ VILE, op. cit., p. 184, 188, 189 e 290. Taylor afirmava, porém, que a separação pura não seria suficiente para garantir a expressão da soberania popular. Defendia um o no princípio de fragmentação do poder em diversas esferas, o que não se restringe ao âmbito do governo nacional, mas, também, à relação entre Estados e Federação. Tal como Jefferson, defende a separação pura e as eleições para o Judiciário como forma de submeter todos os poderes ao povo. No entanto, afirma que a independência dos Estados frente ao governo federal seria indispensável para a efetivação da soberania popular, pois impediria que a esfera nacional pudesse submeter os mecanismos decisórios das populações locais. Embora Calhoun não fosse partidário da doutrina pura, a origem de sua bandeira política se situa neste conceito tayloriano de fragmentação vertical do poder, da onde deriva a afirmação do poder de veto ou nulificação dos Estados contra as decisões da Federação.

⁴⁶ BELLAMY, op. cit., p. 450.

⁴⁷ MADISON, *O Federalista* nº 48, p. 402 e 403 e MANIN, op. cit., p. 279 et. seq.

⁴⁸ MANIN, op. cit., p. 284 e 285.

uma exceção à separação dos Poderes, mais o princípio fundamental do sistema político.

O constitucionalismo norte-americano inverteu as bases da Constituição mista inglesa, que delegava a um órgão específico, a Câmara dos Comuns, a legitimidade para representar o povo. No sistema de separação de Poderes adotado em 1787, porém, decai a vinculação dos ramos do governo a diferentes ordens sociais, típica da teoria da constituição mista e nasce a vinculação equânime de todas as instituições à soberania popular. Isto cria, obviamente, uma janela à fiscalização do Legislativo, uma vez que os legisladores não seriam os únicos a representar o povo. Neste escopo, os mecanismos de veto presidencial e exame judicial da constitucionalidade das leis – o *judicial review* – se consolidam como controles externos do Legislativo, enquanto o bicameralismo ou a existência do Senado, como um controle interno.⁴⁹

4.6.1

A Câmara dos Representantes

A Constituição de 1787 estabelece que a Câmara dos Representantes obedece ao princípio majoritário e à eleição direta, consagrando de maneira mais completa a soberania popular. Representando os interesses nacionais, a Câmara deveria intervir em eventuais abusos de poder ou violação dos direitos das minorias praticados pelos Estados. Sendo assim, no quadro dos órgãos federais a Câmara seria um órgão da maioria e na sua relação com os Estados, protegeria a minoria local segundo uma ótica nacional.⁵⁰

A maior parte das críticas federalistas dirigidas ao Legislativo tem por objetivo, na verdade, a Câmara dos Representantes, mais intimamente ligada ao interesse popular, tanto pela brevidade do mandato de seus membros, como pelo critério de eleição direta. Sendo assim, a leitura do questionamento sobre a atuação de Legislativo deve ser compreendida, como uma contenção da Câmara dos Representantes e, em última instância, do próprio povo.⁵¹

⁴⁹ VASCONCELOS, op. cit., p. 28; VILE, op. cit., p. 174 e 175. O veto presidencial encontra-se no art. I, seção VII, alíneas 2ª e 3ª da Constituição. Destacam-se, ainda, a proibição de leis retroativas e a prática de atos condenatórios, individuais e concretos sob a forma legislativa - *Bill of Attainder Clause* - no art. I, seção IX, alínea 9ª.

⁵⁰ BELLAMY, op. cit., p. 451.

⁵¹ MANIN, op. cit., p. 289.

4.6.2

O Senado

"Ressentimentos e temores transbordam dos artigos do *Federalist* sobre o Senado: o espírito constituinte, as massas livres e democráticas que vivem o novo espaço americano - eis o inimigo."⁵²

Eleito pelos Legislativos estaduais, o Senado deveria servir como um contraponto à tendência nacional da Câmara dos Representantes, impedindo que o poder central pudesse negligenciar os interesses locais ou que os Estados mais populosos e ricos pudessem ter um predomínio sobre os demais, uma vez que a eleição de senadores se baseava na igualdade de representação (dois por Estado).⁵³ Este veto local também atuaria no caso de alteração formal da Constituição, que precisa da aprovação senatorial para se efetivar.⁵⁴

O Senado também cumpriria a função classicamente atribuída à nobreza dentro da teoria do governo misto: o controle, realizado por uma elite política, da Câmara dos Representantes, órgão de feição majoritária que poderia se desviar da realização do bem comum para satisfazer os interesses de uma maioria ocasional. O Senado teria a competência de moderar o Legislativo,⁵⁵ exercendo na República uma função estabilizadora que advém da exigência de gozo de direitos políticos por nove anos para a candidatura e da longa duração de seu mandato (seis anos).⁵⁶ Estes requisitos somados à eleição “filtrada” pelos Legislativos estaduais contribuiriam para que os senadores fossem homens de “maior grau de conhecimento e firmeza moral”.⁵⁷

Os antifederalistas criticavam o papel do Senado pela sua acumulação de funções legislativas, executivas – aprovação da nomeação presidencial de autoridades públicas e de celebração de tratados – e judiciais, quando do

⁵² NEGRI, op. cit., p. 251.

⁵³ Artigo I, seção III, alínea 1ª da Constituição dos Estados Unidos.

⁵⁴ MADISON, *O Federalista* nº 62, p. 480 e 481 e BELLAMY, op. cit., p. 451. Mais uma característica da proteção do interesse local numa alteração da Constituição seria a exigência de sua aprovação pelos Legislativos estaduais, além do Senado e da Câmara dos Representantes.

⁵⁵ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: EGRT, 1968, p. 20. Alguns autores como Romagnosi e Luigi Palma chegaram a qualificar o Senado como um poder Moderador e não Legislativo, dada a sua função de coordenar e mediar o conflito entre os demais.

⁵⁶ Artigo I, seção III, alínea 1ª da Constituição dos Estados Unidos.

⁵⁷ MADISON, *O Federalista* nº 62, p. 479 e 480 e BELLAMY, op. cit., p. 451.

julgamento do *impeachment* do presidente e da aprovação dos nomes que este indicar para a Suprema Corte. A Constituição teria criado uma assimetria legislativa ao atribuir poderes exacerbados justamente à Casa menos representativa da soberania popular, fato corroborado pela eleição indireta dos senadores.⁵⁸

Segundo Negri, se a Constituição se apresenta como uma contenção do poder constituinte, por outro lado, o próprio fortalecimento do poder central se opõe à autonomia dos Estados. Neste ponto, o Senado, órgão formado pelas aristocracias locais, que deveria servir como instituição de defesa dos Estados, assume uma função concentradora, bem próxima à exercida pelo Executivo. Despido dos inconvenientes da representação por critério majoritário, como a Câmara dos Representantes, o Senado serve como instituição republicana de solução de conflitos estaduais, manutenção da estabilidade política, proteção das garantias constitucionais e controle do Executivo. Logo a instituição que deveria representar a mais completa descentralização de interesses federativos, servirá como um meio de nacionalização do poder e defesa incondicional da Constituição, tal como o Judiciário.⁵⁹

4.7

A Presidência da República

Na ausência de uma monarquia hereditária e na sua insustentabilidade frente ao discurso federalista de formação de um governo popular, o Poder Executivo foi confiado ao cargo de um presidente da República, que deveria gozar de certas prerrogativas inerentes à eficiência exigida para o desempenho de suas funções. Embora a Constituição lhe outorgasse poderes discricionários, sua atividade deveria ser limitada pela aprovação senatorial de algumas de suas decisões e pela possibilidade do *impeachment*. Em consonância com a teoria dos freios e contrapesos, o presidente tem uma função limitadora dos abusos eventualmente realizados pelo Legislativo através do mecanismo de veto e

⁵⁸ MANIN, op. cit., p. 264 et. seq.; VASCONCELOS, op. cit., p. 31. Estas competências senatoriais de controle do Executivo encontram-se no art. II, seção II, alínea 2ª da Constituição. A prerrogativa de aprovação dos recursos financeiros do Estado, bem como do poder de declara a guerra, não pertencem somente ao Senado, mas a todo o Congresso Federal, conforme o art. I, seção VIII, alínea 1 e o art. I, alínea 2ª, respectivamente.

⁵⁹ NEGRI, op. cit., p. 250 e 251.

resguarda a competência de indicar os membros do órgão capital do Judiciário, a Suprema Corte.⁶⁰

Parte dos publicistas antifederalistas consideravam esta interferência em outros ramos do governo como um indício da perigosa concentração de Poderes posta em marcha pela Constituição.⁶¹

Segundo os federalistas, o mecanismo de eleição presidencial pelo colégio eleitoral, que atribui a função de escolha do candidato a determinados delegados serviria não apenas para garantir a legitimidade popular de sua escolha, mas também para filtrar o desejo popular contra a atuação de políticos demagógicos.⁶²

4.8

O Poder Judiciário

Montesquieu qualificava o Judiciário como um poder nulo ou invisível, que nascia do Executivo e velava pela aplicação das leis em seu desenvolvimento espaço-temporal. Os tribunais não deveriam ser fixos, mas fundados na rotatividade de seus membros. Seus “julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que o texto exato da lei.”⁶³ Nos Estados Unidos, porém, a atividade judicial ganhou um peso inédito na teoria da separação dos Poderes.

O Federalista atribui ao poder judiciário a função de equilibrar as disputas entre Legislativo e Executivo, atuando como uma fonte de estabilidade das instituições e de guarda dos preceitos constitucionais. Contra as determinações perniciosas de uma maioria ocasional, principalmente advindas do Legislativo, o Judiciário deveria proteger a vontade popular, expressa na Constituição. Sempre que os legisladores pervertessem os preceitos constitucionais, os juízes teriam a incumbência de resguardar a vontade constituinte. Desse modo, embora o Judiciário não fosse escolhido diretamente pelos cidadãos, sua função estaria intimamente ligada à defesa dos interesses do povo.

⁶⁰ MADISON, *O Federalista* n° 69, p. 522 e 525 e BELLAMY, op. cit., p. 452.

⁶¹ MANIN, op. cit., p. 268.

⁶² BELLAMY, op. cit., p. 451.

⁶³ MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, cap. VI, p. 149 a 151; MELLO, op. cit., p. 18; AVRIL, Pierre. “La séparation des pouvoirs aujourd’hui” in TROPER, Michel; JAUME, Lucien. *1789 et l’invention de la constitution*. Paris: L.G.D.J. - Bruylant, 1989, p. 296 e 297.

Sob este prisma nasce o *judicial review*, praticado antes mesmo de 1787, em alguns Estados.⁶⁴ O exame judicial se coadunaria com a própria idéia de Constituição, obrigando o Judiciário a não aplicar leis incongruentes com a vontade constituinte originária. Vile salienta, porém, que este papel não teve um desdobramento natural tão grande em outros países e que, em nenhum deles, a função judicial alcançou, desde logo, a competência para invalidar leis consideradas inconstitucionais.⁶⁵

Segundo Vile, a possibilidade de exercício destes mecanismos de controle na Constituição, como o poder de veto e o próprio *judicial review*, deve ser compreendida dentro de uma lógica bastante vinculada com a teoria dos freios e contrapesos como barreiras essenciais à tentativa de um Poder extrapolar suas competências. Sem este compromisso, não há como justificar uma intromissão tão grande na esfera funcional alheia, a não ser pelo fato de ambos os institutos servirem, em regra, para a limitação do Legislativo, considerado o ramo do governo mais aberto a extrapolar sua esfera de poder.⁶⁶

Tal como os agentes de outras instituições, os juízes também deveriam ser controlados. Hamilton afirmou no Federalista nº 78 que a ausência de controle sobre os recursos de segurança, orçamento e finanças do Estado - “the sword or the purse” - mina a potencial ameaça da atividade judicial. Além disso, o Congresso teria competência para criar regras e estabelecer exceções à jurisdição da Suprema Corte.⁶⁷

Em síntese, defende-se a independência e o fortalecimento do papel dos juízes como um meio de garantia dos direitos contra os prejuízos que uma maioria ocasional pudesse trazer ao país. O Judiciário torna-se, também, uma instância de inovação e adaptação do ordenamento jurídico que a rigidez constitucional poderia engessar. Uma vez que a realidade social é mutável, o juiz assume a

⁶⁴ KRAMER, Larry. “Foreword: We the Court” in *The Supreme Court 2000 Term. Harvard Law Review*. 115:4, 2001, p. 36 e 37.

⁶⁵ VILE, op. cit., p. 173.

⁶⁶ Ibid., p. 173.

⁶⁷ MADISON, *O Federalista* nº 78, p. 576 e BELLAMY, op. cit., p. 452. Esta prerrogativa, no entanto, resta em desuso, tendo sido empregada somente uma vez, durante a Reconstrução (período imediatamente posterior à Guerra de Secessão) para subtrair a competência recursal da Suprema Corte no julgamento de *habeas corpus*, cujo direito de exercício havia sido suspenso nos Estados do sul durante a guerra civil.

legitimidade de ajustar a interpretação constitucional a estas novas situações de fato, como se incorporasse uma competência do poder constituinte.⁶⁸

A função judicial definida pelos federalistas funda, segundo Ackerman, uma democracia dual nos EUA. A participação política popular só se inflama em momentos extraordinários, de efervescência constitucional, marcados pela fixação de padrões nacionais e duradouros de direitos ou de regras políticas. Nestes momentos, os homens assumem um caráter cívico diferente, uma cidadania pública, que forma uma atmosfera de deliberação em torno das questões de grande relevo para o país. Esta conjuntura democrática, no entanto, não é contínua. A política ordinária criada pela Constituição de 1787 é marcada pela cidadania privada, quando os homens estão mais voltados para realização de seus projetos pessoais de vida e delegam o exercício das funções de governo a representantes.⁶⁹

Ackerman afirma que neste período de política ordinária, o Legislativo segue a tendência geral da sociedade, buscando a realização de interesses de alguns grupos políticos mais bem organizados. Nasce, então, a ameaça de uma maioria legislativa ocasional, que pode perverter os valores fundados nos momentos de política constitucional. A retórica federalista não negava a supremacia legislativa, mas também não queria torná-la onipotente, posto que esta característica pertence ao povo e não ao Legislativo, definido como um poder derivado inferior.⁷⁰

O Judiciário serviria, segundo esta concepção de democracia dual de Ackerman, para resguardar as decisões fundamentais do povo durante estas ocasiões em que se revestiu da cidadania pública. O controle de constitucionalidade assumiria, então, uma função conservadora positiva, preservando aqueles momentos de ampla deliberação democrática.⁷¹ A Suprema Corte, localizada no cume da função judicial de controle de constitucionalidade,

⁶⁸ NEGRI, op. cit., p. 254 et. seq.

⁶⁹ ACKERMAN, op. cit., p. 6, 10, 15, 191 et. seq. e 296; BELLAMY, op. cit., p. 452 e 453.

⁷⁰ LAMBERT, Edouard. *Lé Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états – Unis. L’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard, 1921, chapitre I, p. 15 e 16 *apud* MELLO, op. cit., p. 34 e 35; VILE, op. cit., p. 158 e 167. LAMBERT afirma que se a teoria da separação dos poderes consagrou a supremacia legislativa na França e na Inglaterra, nos EUA ela não só foi combatida como o Judiciário ganhou a proeminência sobre os demais ramos do governo.

⁷¹ ACKERMAN, op. cit., p. 191 et. seq.; BELLAMY, op. cit., p. 453.

seria uma instituição de representação do povo, desmobilizado nos momentos de apatia, ignorância e egoísmo que marcam a vida coletiva da cidadania privada.⁷²

Tal como a concepção de governo federalista só tem cabimento segundo seu pressuposto antropológico particular, o papel reservado ao Judiciário só resiste diante da distinção estabelecida por Ackerman entre cidadania privada e pública. Se esta diferença não existir, sucumbe a diferenciação entre os momentos de política ordinária e política constitucional, além da própria função garantidora da Suprema Corte.

Ackerman não discute frontalmente se havia uma cultura política profundamente enraizada nos conceitos do republicanismo clássico na sociedade norte-americana pré-constitucional.⁷³ Se o fizesse, talvez tivesse de admitir que a Constituição rompeu com esta ideologia em nome da concepção dualista. Ao invés disso, Ackerman prefere ressaltar a força do liberalismo e da defesa dos direitos naturais à vida, liberdade e propriedade na história americana. Em suas palavras, *the ghost of Republicanism has long since deserted the center of American life, where Liberalism is now Hegemonic*.⁷⁴

Se a tônica da sociedade norte-americana for o liberalismo, talvez seja pertinente interpretar o evento constitucional como um momento de garantia que a cidadania pública pudesse se expressar em momentos ocasionais de grande relevância nacional. Esta consideração, no entanto, sucumbe ante a crítica da própria Constituição americana como um documento inibitório do poder constituinte.

Segundo Negri, se a Constituição consegue enfraquecer a soberania popular a ponto de confinar a política em termos meramente estatais, a atividade judicial de guarda constitucional deve ser considerada como mais um meio de limitação do poder constituinte, da remissão de sua manifestação à malha republicana de contenção da atividade criativa e inovadora das massas. Se for verdade que o poder constituinte se revelou em alguns momentos da história americana, não se deve imputar esta manifestação à Constituição, que simboliza uma contenção da participação do povo na política, típica da era revolucionária.⁷⁵

⁷² ACKERMAN, op. cit., p. 265.

⁷³ Ibid., p. 27 et. seq..

⁷⁴ Ibid., p. 28 et. seq..

⁷⁵ NEGRI, op. cit., p. 256, 271 e 272.

Já na época dos debates sobre a ratificação da Constituição, os antifederalistas criticavam o excesso de poder que havia sido confiado ao poder judiciário e, em especial, à Suprema Corte. O medo desta ingerência judicial desmedida se baseava na franquia ao julgamento com base na equidade, tal como previa o texto de 1787⁷⁶ e na garantia que interpretação constitucional fosse uma tarefa exclusiva dos juízes. Este questionamento se baseava não só na leitura da Constituição, mas também nas impressões de Hamilton no *Federalista* n° 78 a respeito da competência da Suprema Corte para o controle de constitucionalidade. Em 1803, esta prerrogativa foi finalmente confirmada por uma decisão do presidente deste tribunal, John Marshall, no caso *Marbury vs Madison*.⁷⁷

O julgamento com base na equidade oferecia uma margem muito ampla e discricionária para a atuação do juiz, que poderia até mesmo anular leis que, em sua interpretação, fossem contrárias à Constituição. Esta prerrogativa judicial iria, mais uma vez, estabelecer uma invasão na competência de outro Poder, o Legislativo, fato que é duramente condenado pelos antifederalistas, dentro da lógica da separação pura:⁷⁸

“Il n'y a pas de limites bien définies des Pouvoirs Judiciaires, il semble qu'on les ait laissés comme un océan sans bornes, qui a submergé les digues établies par le Législateur Suprême ... et, comme ils ne peuvent pas être compris par les intelligences les plus pénétrantes, ni par les esprits les plus sagaces, ce serait une tâche herculéenne que de tenter de décrire les dangers dont ils sont gros.”⁷⁹

Walter Burns compara a compreensão de Hamilton sobre o Judiciário como uma tentativa de substituição do papel exercido pelo monarca e pela Câmara dos Lordes, na Inglaterra. Assim como estas instituições conservavam prerrogativas de limitação do povo pelo controle da Câmara dos Comuns, o *judicial review* teria sido a solução federalista para a contenção da participação popular na política. O reflexo desta afirmação se comprovou tanto pela submissão da legislação estadual à federal, quanto pela contenção do Legislativo, ações que

⁷⁶ Artigo III, seção II, alínea 1ª da Constituição dos Estados Unidos.

⁷⁷ MANIN, op. cit., p. 268, 269 e 276.

⁷⁸ MANIN, op. cit., p. 268 e 269.

⁷⁹ WARREN, Mercy. “Columbian Patriot”, *Storing*, IV, 28, 4, *apud* MANIN, op. cit., p. 271 e 272. Mercy Warren era um publicista antifederalista.

foram efetivadas pela Suprema Corte logo nas primeiras décadas posteriores à vigência da Constituição.⁸⁰

Enquanto a Inglaterra usava a concepção classista do poder (realeza e nobreza) para limitar o povo, os federalistas tiveram que buscar dentro do sistema de freios e contrapesos uma solução para o controle da democracia ou dos “muitos” – o Judiciário. É neste escopo que a oposição do ativismo judicial ao interesse dos Estados e do Poder Legislativo, mais próximos da influência popular, deve ser interpretada.⁸¹

4.8.1

A Consolidação do Projeto Federalista pela Suprema Corte

O papel decisivo que a Suprema Corte assume na História americana comprova este receio antifederalista. O momento de destaque, porém, pertence à presidência de John Marshall à frente do tribunal, de 1801 a 1835.⁸²⁸³

Neste período, as decisões da Suprema Corte não se restringiram ao mérito dos processos, mas afirmaram competências e funções que reforçavam o poder nacional, garantiam o cumprimento dos contratos e disciplinavam o comércio, três pilares do projeto constitucional federalista.⁸⁴

No caso *Marbury v. Madison*, Marshall afirmou que a rigidez de uma constituição implica na declaração de nulidade de leis incongruentes com seus termos, sob pena de se comprometer sua supremacia. Se o controle de constitucionalidade não se efetiva, a constituição passa a ser flexível. Além de defender a restrição da autonomia legislativa, a decisão ainda solidificou a interpretação de Hamilton, no *Federalista* nº 78, sobre a competência do Judiciário para este exame de constitucionalidade, o *judicial review*.⁸⁵

⁸⁰ BERNES, Walter. “A Constituição ‘Assegura Estes Direitos?’” in GOLDWIN, Robert A. e SCHAMBRA, William A., op. cit., p. 270 e 271.

⁸¹ Ibid., p. 270 e 271.

⁸² MELLO, op. cit., p. 30.

⁸³ JEFFERSON, Thomas. *Democracy*. Edição: Saul K. Padover. Nova Iorque: D. Appleton – Century Company, 1939, p. 100, em carta a Pleasant (1821). As decisões da Corte Suprema são emitidas em apenas um acórdão, facultando-se a declaração dos juizes de voto discordante. Marshall fazia questão de redigir a maior parte das decisões da Suprema Corte, ainda que não concordasse com seus termos.

⁸⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 33, 39 e 42.

⁸⁵ MELLO, op. cit., p. 35 e 36; RODRIGUES, op. cit., p. 35 et. seq.

No mesmo caso, Marshall estabeleceu a doutrina das questões políticas, segundo a qual o presidente e os altos funcionários do Executivo estão investidos de um alto grau de discricionariedade em razão de sua função.⁸⁶

Uma outra indicação do confinamento do poder constituinte na esfera estatal foi a solução criada pela jurisprudência americana para preencher as lacunas de poder. A doutrina dos poderes implícitos – *implied powers* – definiu que a interpretação sistemática da Constituição afirmava o princípio da supremacia nacional em todos os casos em que a Constituição não fosse expressa. Ou seja, o próprio sistema constitucional deveria procurar uma solução intrínseca à esfera estatal para resolver os casos lacunosos, sem espaço para a manifestação da soberania popular.⁸⁷

No mesmo sentido de reforçar a consolidação do poder nacional, no caso *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), Joseph Story estabeleceu a competência da Suprema Corte em reformar decisões das cortes estaduais e federais em matéria de direito constitucional.⁸⁸ Marshall reforçou tal função no caso *Cohens v. Virginia*, em 1821, declarando que

"A América escolheu ser, sob muitos aspectos, uma nação; e em relação a todos eles seu governo é completo, ... competente, ... supremo. Pode, para atingir esse efeito, controlar legitimamente todos os indivíduos ou governos dentro do território americano. A Constituição e as leis de um Estado, se Contrárias à Constituição e às leis dos Estados Unidos, são absolutamente nulas. Os Estados são partes constituintes de um grande império - para alguns fins, soberanos, para outros subordinados."⁸⁹

Nos casos *Gibbons v. Ogden*, em 1821, e *Brown v. Maryland*, em 1827, Marshall defendeu a competência da esfera federal para regulamentar o comércio interestadual e internacional, proibindo os Estados de tributá-lo.⁹⁰

Nos casos *Fletcher v. Peck*, em 1810, e *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, em 1819, Marshall desprezou a onerosidade excessiva de contratos que prejudicavam os Estados e que haviam sido revogados por lei das respectivas

⁸⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 38 e 39.

⁸⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 33; VASCONCELOS, op. cit., p. 26; NEGRI, op. cit., p. 238 e 242. Foram as decisões nos casos *Mac Culloch v. Maryland* (1819) e *Gibbons v. Ogden* (1824) que delinearam a teoria dos poderes implícitos. No primeiro destes casos, houve uma restrição do poder dos Estados em benefício da competência do Congresso Federal.

⁸⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 39 e 40. Story era contemporâneo de Marshall, como juiz da Suprema Corte e compartilhava da maior parte de seus posicionamentos constitucionais.

⁸⁹ *Cohens v. Virginia*, 6, Wheat, 1821, p. 413 e 414, 1821 *apud* RODRIGUES, p. 41.

⁹⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 49 et. seq..

assembléias. Apesar do prejuízo à população local, a Suprema Corte protegeu o regular cumprimento dos contratos e declarou estas leis estaduais como inconstitucionais.⁹¹

4.9

Conclusão

O conceito de soberania se origina com o Estado absolutista moderno na Europa. A Reforma não foi apenas um conflito entre credos, mas entre duas bases sociais antagônicas, burgueses protestantes e nobreza rural católica. Para dirimir estes conflitos, o Estado absorveu atividades outrora praticadas pela sociedade civil, como a estrutura tributária e militar dos feudos e a organização econômica do comércio baseado em corporações. Estas funções se transformaram em poderes públicos, de modo que a soberania nasce como reflexo da capacidade de operação e controle do Estado absoluto.⁹²

Tanto na Inglaterra quanto na França, o constitucionalismo e a teoria da separação de Poderes atuaram no sentido de enfraquecer esta soberania do Estado absolutista e de consagrar formas variadas de supremacia legislativa. Nos EUA, porém, a conjuntura sócio-política era diferente da européia. A sociedade colonial americana já vivia sob o manto do sistema constitucional inglês de garantias individuais. O rompimento com a metrópole não só manteve estas liberdades, como potencializou a ação do povo no cenário político, fato que gerou a Constituição e seu sistema de freios e contrapesos como um meio de limitar este engajamento popular.

Estes países que lutaram contra o absolutismo consagraram a supremacia legislativa como um meio de aproximar o povo do governo. Os federalistas norte-americanos, porém, estavam alarmados, justamente, com o aumento da participação popular no período revolucionário e não se empenharam em desenvolver um tipo de governo centrado no Legislativo. Ao contrário,

⁹¹ RODRIGUES, op. cit., p. 46 e 47. Nestes dois casos, destaca-se o interesse pessoal do presidente da Suprema Corte e de sua família, proprietários de vastas extensões de terras, em garantir a estabilidade das obrigações contratuais.

⁹² GRIMM, Dieter. “Souveraineté et *checks and balances*” in TROPER, p. 226 e 227.

construíram mecanismos que o contivessem, como o veto presidencial, o controle interno do Senado e o *judicial review*.⁹³

Bandeira política dos antifederalistas, a doutrina pura da separação dos Poderes era refratária a estes mecanismos constitucionais de controle do Legislativo e propunha que a ação dos departamentos deveria se restringir à sua esfera de competência. Isto garantiria a eficiência governamental e impediria a usurpação de poderes alheios. A teoria da constituição mista, no entanto, ressurgiu no período pré-constitucional como uma solução de equilíbrio entre Poderes contra a supremacia legislativa.

Da doutrina pura, os federalistas aproveitaram o requisito funcional de cada poder como pressuposto para que não fossem atribuídos a uma classe específica. E, da teoria da constituição mista, o pensamento federalista absorveu o espírito cooperação e controle recíproco entre os Poderes.

A operação constitucional de vinculação equânime dos três ramos do governo ao povo descredenciou o Legislativo como seu único representante. Além disso, a teoria dos freios e contrapesos fundou uma forma de política que dependia da dinâmica entre os três Poderes e não da relação entre governo e governados.

Negri afirma que embora *O Federalista* apresente a soberania popular como um meio de se fiscalizar o governo e impedir a violação dos direitos das minorias, a Constituição não criou um sistema de contrapoder que fortalecesse a sociedade de modo satisfatório e suficiente para cumprir esta função de controle.⁹⁴

⁹³ LAMBERT, op. cit., p. 15 e 16 *apud* MELLO, op. cit., p. 34 e 35.

⁹⁴ NEGRI, op. cit., p. 245 e 246.