



## FEDERALISMO, FACÇÕES E FREIOS E CONTRAPESOS NA EMERGÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO

### *FEDERALISM, FACTIONS AND CHECKS AND BALANCES IN THE EMERGENCY OF NORTH AMERICAN CONSTITUTIONALISM*

---

**Leonam Baesso da Silva Liziero**

Doutor em Direito, na linha de Teoria e Filosofia do Direito, pela UERJ. Pós-Doutorado em Direito pela UFRJ. Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e da Graduação em Direito do DCJ/UFPB. Foi bolsista Faperj Nota 10 durante o mestrado. Tem experiência na área de Direito, atuando nas seguintes áreas: Teoria do Direito (foco em Positivismo Jurídico), Teoria do Estado (foco em Federalismo e Estado Federal), Filosofia do Direito e Filosofia Política.

#### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo analisar a obra O Federalista de autoria de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (edição 2005) em seus principais aspectos que serviram de base para o desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano, em especial aos fundamentos do federalismo. Deste modo, mostra-se o Estado originado pela Constituição de 1787 uma forma de organização política inédita, superando o modelo das então antigas confederações. Da mesma forma, demonstra-se o equilíbrio buscado por Madison, evitando os extremos de tirania e anarquia, especialmente pelo fenômeno da formação das facções. Além disso, o sistema de freios e contrapesos se mostra como um aprimoramento da rígida doutrina da separação do poder, de modo a permitir um melhor encaixe na tensão entre interesses no exercício das funções soberanas do Estado.

**Palavras-chave:** Alexander Hamilton. Federalismo. Constitucionalismo. Freios e Contrapesos. James Madison.

#### **Abstract**

This article aims to analyze the work of The Federalist Papers authorship of Alexander Hamilton, James Madison and John Jay in their main aspects that served as a basis for the development of American constitutionalism, especially the foundations of federalism. In this way, the State originated by the Constitution of 1787 is shown an unprecedented form of political organization, surpassing the model

of the former confederations. In the same way, the balance sought by Madison is demonstrated, avoiding the extremes of tyranny and anarchy, especially by the phenomenon of the formation of the factions. In addition, the system of checks and balances is seen as an improvement of the rigid doctrine of the separation of power, in order to allow a better fit in the tension between interests in the exercise of the sovereign functions of the State.

**Key-words:** Alexander Hamilton. Checks and Balances. Constitutionalism. Federalism; James Madison.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A condensação de oitenta e cinco artigos publicados no *The Independent Journal* entre os anos de 1787 e 1788, assinados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay como *Publius* originou a obra *O Federalista* (originalmente em inglês *Federalist Papers*). O livro certamente é um marco na história constitucional por trazer as ideias de três dos teóricos do novo modelo de Estado emergente que uniu as treze repúblicas confederadas da costa leste do território norte-americano.

Após a promulgação da Constituição da Philadelphia em 1787, os artigos foram impressos em jornais destinados à população do Estado de New York. Todavia, apesar da linguagem acessível para que os leitores se convencessem a favor da ratificação da Constituição e a adesão à Federação, há um fortíssimo debate teórico inserido nos textos, fruto da grande densidade nos momentos antecedentes e posteriores à elaboração da Constituição de 1787.

Os três autores de “O Federalista”, além de formar parte da base teórica inicial para se compreender a realidade do início do Estado norte-americano, ocuparam lugares de destaque nos primórdios do país. Jay foi o primeiro *Chief of Justice*; Hamilton foi secretário do tesouro; Madison, provavelmente o principal elaborador do modelo a ser seguido pelos Estados Unidos, foi Secretário de Estado e o quarto Presidente.

A proposta deste artigo é demonstrar que determinados aspectos da obra que foram fundamentais para a configuração do Estado Federal, devido ao pioneirismo desta forma de Estado nas ideias formuladas. Na análise de “O Federalista”, será dada ênfase nos principais artigos/capítulos que foram mais essenciais para o desenho institucional do federalismo e do sistema de freios e contrapesos. Apesar de Hamilton ter avocado para si a autoria da maior parte dos artigos, muito do que será

demonstrado são ideias desenvolvidas por Madison.

Iniciar-se-á pela explanação sobre a crítica ao modelo confederativo, passando-se em seguida à organização política e a importância do papel que a Constituição da Philadelphia – a primeira do federalismo moderno – teve para o sucesso do novo modelo de Estado. Neste ponto, será interessante notar a relação evidente nas passagens da obra com teorias jurídicas e políticas desenvolvidas desde o Século XVI.

Posteriormente serão abordados o sistema de freios e contrapesos e, finalmente, será demonstrada a relevância da separação/divisão do poder soberano conforme proposto. E nestes três enfoques principais, procurar-se-á sempre mostrar as antíteses desenvolvidas pelos Antifederalistas, grupo político (e teórico) divergente das ideias de Hamilton, Madison e Jay, cujo maior expoente foi Thomas Jefferson.

## 2. A INSUFICIÊNCIA CONFEDERATIVA E A UTILIDADE DA UNIÃO

“Após uma experiência inequívoca da ineficácia do governo federativo em vigor, convoco-vos a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América” (HAMILTON, 2005, p. 1, em tradução livre)<sup>1</sup>. As primeiras palavras do primeiro dos oitenta e cinco capítulos de *O Federalista* são direcionadas a atacar o modelo confederativo no qual se organizavam aquelas treze jovens repúblicas. Segundo Hamilton, aquela confederação de Estados não era mais suficiente para a proteção dos homens e de suas propriedades e o estabelecimento de uma “nova Constituição” para os Estados Unidos da América era essencial para a garantia da liberdade daquele povo.

Duas considerações que dialogam com questões semânticas nesta primeira frase servem para expressar o ineditismo da proposta: Hamilton diz que a experiência mostrou – devido a uma crise institucional e financeira na qual as repúblicas americanas estavam desde a independência em 1776 – que o governo federativo era insuficiente na época. O termo que Hamilton usa, federativo, é como eram denominados o que atualmente se entende por confederações, uma vez que suas bases motivacionais eram as mesmas. Hamilton precisou dizer justamente que a federação atual era insuficiente porque aquele modelo de organização das repúblicas baseada em um acordo entre as soberanias não era mais capaz de assegurar a ordem,

---

<sup>1</sup> Do original em inglês: “After an unequivocal experience of the inefficacy of the subsisting federal government, you are called upon to deliberate on a new constitution for the United States of America.”

apesar de uma grande resistência por aqueles que defendiam a supremacia e absoluta independência de cada república (ONUF, 1983, p. 150).

A deliberação sobre a Constituição foi para efetivamente dar um novo sentido para o termo Constituição: ao invés de significar a organização política como ela é documentalmente, deve corresponder à uma ordenação para a realidade em um plano normativo. Os Estados Unidos não só precisavam de uma Constituição: eles precisavam de um novo sentido de Constituição, um sentido normativo com força e disposições institucionais suficientes para garantir o *Rule of Law* (CASALINI, 2007, p. 225).

O objetivo de índole republicana de Hamilton com a centralização do governo em uma União é a prosperidade política, da qual deriva os objetos que ele procura debater na obra, sempre ressaltando a utilidade dos Estados se unirem permanentemente. A União é um ente político inexistente nas (con)federações até então existentes, que, por sua vez, contavam com Dietas<sup>2</sup>, frágeis naturalmente pela ausência de grande eficácia do vínculo entre soberanias e pela existência justamente de uma multiplicidade de soberanias. A União, além de ser necessária para o avanço além do modelo confederativo, exerce a soberania porque todas as soberanias dos federados devem ser relativas (em um anacronismo porque uma soberania relativa não é uma soberania em si).

Hamilton utiliza boa parte de seus escritos iniciais para demonstrar como a confederação era ineficaz e, a partir disto, justificar a necessidade de uma União forte; ele faz isso por diversas maneiras e abordando vários assuntos de Estado. Em alguns capítulos ele resgata historicamente alguns modelos fracassados de confederações para deixar cada vez mais evidente a defesa do projeto federalista. No Federalista nº 11, por exemplo, Hamilton defende a importância da União para o estabelecimento de uma forte Marinha para os Estados Unidos, tanto a de guerra quanto a mercante.

Madison também escreve alguns capítulos (Federalista 18 a 20) nos quais observa a falta de êxito das confederações no passado, inicialmente as ligas Anfictônica e Aqueia na Grécia antiga, ambas enfraquecidas devido a dissidências internas. Utiliza a história do Império Germânico na Idade Média e as tensões

---

<sup>2</sup> “A autoridade central, que às vezes, é o único órgão comum da confederação, tem quase sempre o nome de Dieta. Esta não constitui um governo supremo, mas apenas uma assembleia de plenipotenciários dos governos dos Estados confederados. As suas decisões são adotadas por unanimidade e só podem ser executadas por intermédio do governo diretamente interessado”. (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 88).

constantes entre o poder do Imperador e os príncipes dos *regnum*, a formação da dieta como centro de poder daquela confederação (apesar do nominalmente império) (MADISON, 2005, p. 100). Disserta sobre como os cantões suíços estabeleceram uma conexão que não deveria nem ao menos ser denominada como confederação. Sua exposição demonstra a afirmação de que é uma tendência dos corpos componentes de uma confederação a preferirem a anarquia entre seus membros que se submeterem a uma tirania (MADISON, 2005, p. 97).

No Federalista nº 15, Hamilton defende de forma mais analítica os motivos para o aumento de poder da União como estava prescrito na Constituição, buscando uma nova linha de raciocínio para criticar a corrente confederação, dando certa ênfase no endividamento das treze repúblicas, um sério problema social que assolava muitos trabalhadores naquele tempo. Destaca-se a contradição dos antifederalistas – os críticos ao texto constitucional aprovado – que reclamavam da falta de energia do governo dos Estados Unidos, mas criticavam as tentativas de suplantá-la. Desta forma, queriam aumentar a autoridade federal sem diminuir a autoridade dos Estados; que a União fosse soberana ao mesmo tempo em que os Estados tivessem completa independência (HAMILTON, 2005, p.76-77).

Logicamente, constituir um sistema jurídico com uma organização política unida não comporta negações completas da autoridade da União. Não há falhas pontuais na arquitetura do modelo político: há grandes erros fundamentais que comprometem todo o sistema. Erros esses oriundos do grande vício da confederação: a contraposição entre a legislação sobre corpos e competências coletivas e os indivíduos que as compõem, afetando os poderes da União que depende diretamente dos Estados. Aparentemente Hamilton (2005, p. 77) critica o engessamento das ações (con)federais que dependiam das repúblicas para terem eficácia.

Nesse caso, a coercibilidade das normas federais era prejudicada pela ausência de mecanismos institucionais de aplicação de sanção. Hamilton (2005, p. 78) escreve que a sanção é uma característica essencial do Direito; portanto, não poderia haver efetivamente normas jurídicas federais se os Estados tivessem o poder discricionário de obedecer ou não.

Por fim, destacam-se as críticas pontuais que Hamilton faz à confederação norte-americana no Federalista nº 21. A primeira delas, a ausência de mecanismos coercitivos para as leis da confederação. Uma vez que a confederação supõe uma associação de soberanias, não há como se pensar em eficácia das leis, já que não

pertencem a um mesmo ordenamento nacional. Factualmente, as confederações são agrupamentos de ordenamento jurídicos com normas comuns que direcionam suas condutas, mas sem poder que garanta sua eficácia frente às repúblicas confederadas (HAMILTON, 2005, p. 110).

A falta também de garantias mútuas dos governos dos Estados. A União sem poder coercitivo não consegue também proporcionar auxílio aos Estados para enfrentar os perigos domésticos, principalmente o de usurpação do governo. Sem uma União forte, qualquer uma das repúblicas da confederação poderia se transformar em uma tirania formada por uma facção forte e desta forma ter a liberdade de seu povo suprimida (HAMILTON, 2005, p. 111). Outra crítica é o corrente sistema tributário e financeiro da confederação, que não era coerente por depender de quotas e requisições, sem caráter coercitivo e sem preocupação com a igualdade entre os Estados (HAMILTON, 2005, p. 114).

Alguns outros pontos do sistema confederativo são perquiridos por Hamilton. Em todo caso, fica evidente que além de ter a finalidade de convencer o povo de New York a ratificar a Constituição da Philadelphia por vantagens que a federação oferecia, também tinha o objetivo de mostrar ao público como aquele cenário político da confederação era problemático e em seus propósitos, ineficaz. Finda esta breve exposição sobre os problemas apontados em *O Federalista*, segue-se a demonstração dos fundamentos do novo modelo de Estado presentes na obra – que para os propósitos deste trabalho são os mais relevantes – nos outros dois aspectos.

### **3. CONSTITUIÇÃO E FEDERALISMO: REMÉDIO CONTRA AS FACÇÕES E A RUÍNA DO ESTADO**

Ainda que tenha escrito menos capítulos que Hamilton, Madison desenvolveu mais profundamente as premissas estruturais do federalismo norte-americano e sua relação com a emergência da Constituição, evidentemente retratado no *Federalista* 10 e em alguns outros capítulos. E em muitos momentos há um diálogo implícito com teorias europeias que fomentaram o desenvolvimento da estrutura jurídica e dos propósitos políticos do Estado Federal.

Madison pressupõe uma antropologia pessimista no contexto da modernidade. A ideia de homem deste pai fundador usada para justificar a formação das facções transpõe a negação do animal político aristotélico e a metafísica mecanicista hobbesiana para a realidade americana. É necessário compreender porque ele utiliza

essa noção predatória do homem e como a liberdade natural os levaria ao temido estado de anarquia. Apesar de não citar expressamente a obra de Hobbes, Madison claramente utiliza elementos de sua teoria para motivar o combate às facções.

É preciso brevemente resgatar o entendimento que Hobbes constrói na figura do homem, o que não é satisfeito apenas na expressão “o homem é mau por natureza”. É muito mais profundo que essa mera frase para entendedores iniciantes do filósofo de Malmesbury.

Hobbes (2002) concebe o homem como personagem central de sua filosofia. Todo o constructo estatal posterior é erguido pelo e para o sujeito. O pensamento hobbesiano, além ser uma teoria destinada para a especulação e compreensão do Estado, consagra a racionalidade tão necessária ao antropocentrismo moderno em oposição à sociabilidade natural humana, pensada desde Aristóteles.

A finalidade da associação não é uma tendência natural; representa sim uma artificialidade comportamental. Ao se associar, o homem deixa de agir de acordo com suas sensações para tomar seu comportamento de acordo com comandos inerentes de sua razão, o que Hobbes denomina por leis naturais. Ele assim define a lei natural com “o ditame da reta razão no tocante àquelas coisas que, na medida de nossas capacidades, devemos fazer, ou omitir, a fim de assegurar a conservação da vida e das partes de nosso corpo” (HOBBS, 2002, p. 38). A primeira e mais fundamental dessas leis, da qual derivam todas as outras é a procura que o homem tem pela paz. O pessimismo antropológico está claramente presente nos escritos federalistas e influenciou bastante as justificativas políticas da Constituição.

Veja-se o que Madison (2005, p. 50), no Federalista nº 10, escreve a respeito de sua concepção do comportamento humano:

Tão forte é a propensão da humanidade em se deixar levar por recíprocas animosidades, que onde não há ocasiões substanciais para estarem presentes, as mais frívolas e fantasiosas diferenças são suficientes para acender suas paixões hostis, e os excitam aos mais violentos conflitos<sup>3</sup>.

Esse homem que, por sua natureza, é conflituoso não seria tendente a se associar de forma espontânea a não ser por alguma necessidade maior e, ainda sim, há a necessidade da força de uma autoridade para colocar freios aos impulsos

---

<sup>3</sup> Do original em inglês: “So strong is this propensity of mankind to fall into mutual animosities, that where no substantial occasion presents itself, the most frivolous and fanciful distinctions have been sufficient to kindle their unfriendly passions, and excite their most violent conflicts”.

ambiciosos e altamente destrutivos de suas ações.

Madison faz a leitura deste homem levado à negatividade comportamental para justificar a formação do maior de todos os perigos para o governo: a violência gerada pelas facções, associações de pessoas unidas por determinados interesses comuns que gerariam um inevitável conflito entre elas, devido à postura não dialógica. O conceito de facção trabalhado por Madison (2005, p. 48) é “um número de cidadãos, reunidos em uma maioria ou minoria do todo, que são unidos e movidos por um mesmo impulso passional, ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e agregados da comunidade”<sup>4</sup>.

As facções representavam para Madison os dois maiores temores que poderiam trazer malefícios ao governo daquele emergente Estados Unidos: a tirania e a anarquia. O primeiro era opressor e ameaçava as liberdades de cada cidadão, rejeitado expressamente devido à necessidade de ruptura com o modelo da monarquia inglesa, que, apesar de naquele tempo já não ter mais uma tendência ao absolutismo em sua própria terra, onerava por meio de excessivos tributos e por outras formas de controle social os cidadãos americanos.

Esta visão retrata bem a realidade dos treze Estados nos anos entre a Independência e a promulgação da Constituição da Filadélfia, sobretudo após o final da guerra em 1783, em que grupos minoritários de grandes proprietários de terra e portadores de imensa fortuna sofriam constantemente violações em seus domínios da maioria da população de pequenas posses e altamente endividada. Essa tensão constante provocava alta insegurança jurídica, já que os devedores tinham ações violentas inclusive para impedir as execuções das suas dívidas. Além do mais, a Coroa inglesa era constante ameaça aos Estados recém-independentes, além dos domínios franceses em terras conflitantes (GARGARELLA, 2006, p.174).

A existência das facções levaria a uma instabilidade institucional, além de uma supressão inevitável de liberdades dos membros da facção mais fraca, à opressão da maioria sobre os interesses daqueles grupos minoritários. Nesse sentido, haveria uma sobreposição dos interesses particulares dessas facções em detrimento ao interesse público maior, crucial ao republicanismo almejado pelos pais fundadores. A baixa estabilidade seria causada porque “o bem público é desconsiderado nos conflitos de

---

<sup>4</sup> Do original em inglês: “a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens or to the permanent and aggregate interests of the community.”

partidos rivais; e que as medidas são tão frequentemente decididas, não de acordo com as regras de justiça, e os direitos da minoria, mas por uma força superior de uma interessada e opressora maioria” (MADISON, 2005, p. 48).

Madison enxerga apenas duas saídas em teoria para conter as facções: preventivamente, evitando sua formação, ou contendo seus efeitos, com o intuito de impedir que uma delas tome o poder e com isso oprima a outra, ou ainda que diferentes facções gere um cenário anárquico. Seria impossível impedir que as facções se formem sem que isso configurasse uma política opressora, pois a associatividade por meio de interesses particulares que formem uma ideologia em comum é inerente à vida política, uma manifestação da natureza e da liberdade de cada homem, direito que nenhum governo justo pode tolher pela via da lei (MADISON, 2005, p. 49). Leciona, nesse assunto, Gargarella (2006, p. 175):

A proposta federalista de reorganizar o sistema institucional apareceu, então, como impossível de esquivar: dado o grave risco criado pela existência das facções e dada a impossibilidade de eliminá-las, a única alternativa disponível era a de organizar as instituições de modo tal a fazê-las resistentes perante as primeiras, de modo a evitar que o sistema de governo ficasse exclusivamente em mãos de algum dos diferentes grupos em que estava dividida a sociedade.

Restava discutir, então, como amenizar os efeitos da formação das facções, já que não é possível prevenir as causas de surgimento delas. Neste sentido, a construção das instituições deveria levar em conta e conciliar a proteção dos direitos daqueles de interesses contrários à facção mais poderosa (MADISON, 2005, p. 51), o republicanismo necessário para o governo popular representativo em oposição ao governo democrático direto e a submissão desse governo a uma Constituição que consagrasse a forma federativa, a única que poderia oferecer a estabilidade para o cumprimento das leis, a vontade geral (RENAULT, 2000, p. 47). Pressupondo um homem levado por paixões inerentes à sua natureza, liberdades fundamentais, republicanismo e federalismo, conceitos que, em teoria política, são muitas vezes antagônicos, encaixavam-se de forma necessária no modelo imaginado por Madison.

A defesa destas liberdades, que, no plano jurídico, se revestem sob a forma de direitos individuais, foram um dos principais enfoques do projeto federalista norte-americano (bastante inspirado por Montesquieu), cujo debate acirrado entre federalistas e antifederalistas levou à reflexão a respeito da necessidade ou não de se fazer reconhecer um rol de direitos na Constituição, além de outras questões

fundamentais (ONUF, 1983, p. 173). Sobre este aspecto, comenta Grondona (2000, p. 66): “Hamilton suspeitou que definir direitos é limitá-los. Definir é colocar uma cerca, colocar limites. Se eu defino um direito, a definição o limita. Por isso, quanto mais leis que ‘regulem seu exercício’ existirem, menos direitos teremos”.

Tanto os federalistas quanto os antifederalistas tinham um grande objetivo: assegurar a liberdade dos cidadãos e evitar qualquer forma de governo tirano e opressor. Isso pode ser constatado em diversas passagens escritas por tanto por Madison quanto por Jefferson. O grande debate era uma questão eminentemente de justiça política: qual é a melhor forma de se garantir a liberdade.

Nesta ideia é que Pettit (2009, p. 227-228) caracteriza como as três condições de se evitar a arbitrariedade e opressão em um Estado republicano. A primeira é que o sistema constitua um império das leis e não dos homens. A segunda, é que os poderes sejam devidamente distribuídos entre diferentes órgãos. A terceira, por fim, é que a lei seja resistente à mera vontade da maioria. Essa terceira condição se coaduna diretamente com o forte pensamento liberal na defesa do indivíduo e com um sistema que permita uma distinção entre uma categoria normativa além das leis normais, que limite efetivamente também o poder de criação de leis.

A terceira destas condições reveste-se no movimento constitucionalista em seu sentido moderno – contrapondo-se aos conceitos de Constituição dos antigos ou documental – ou seja, perfazendo-se no ineditismo da ideia de normatividade constitucional. Para Neves (2009, p. 21), “as Constituições em sentido moderno são normativas, não simplesmente porque se compõem de normas jurídicas, mas, especificamente, por apontarem para a diferenciação funcional entre direito e política, implicando a vinculação jurídica do poder”.

O constitucionalismo norte-americano mostrou uma inovação na história do pensamento jurídico ao conseguir uma conciliação entre a vontade política como legitimadora da lei e a proteção de direitos individuais, ainda que como forma de contrariar a vontade da maioria, inerente ao mito da vontade geral rousseauiana. A calibração, em um primeiro momento, do constitucionalismo americano entre a política e a normatividade permitiu o surgimento de um modelo de Estado pensado em baseado em uma soberania popular exercida por meio de uma democracia constitucional, que, ao mesmo tempo, fosse conciliável com uma autonomia individual frente à vontade representada do Estado. Nesse sentido Ferrajoli (2011, p. 29) faz interessante observação:

As constituições outra coisa não são que contratos sociais em forma escrita e positiva: pactos fundantes da convivência civil gerados historicamente pelos movimentos revolucionários que foram impostos aos poderes públicos, de outra forma absolutos, como fontes de sua legitimidade. E no sentido de que a ideia de contrato social é uma metáfora da democracia: da democracia política, dado que alude ao consenso dos contraentes e vale então fundar, pela primeira vez na história, uma legitimação de baixo, e não do alto, do poder político; mas também uma metáfora da democracia substancial, dado que esse contrato não é um novo acordo, mas tem como cláusulas e, conjuntamente como causa e razão precisas, a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação por parte do soberano legitima a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência.

Explica, neste contexto, Renault (2000, p. 26) que foi impreterível no projeto constitucional, “para o povo não perder a soberania, transformar a democracia como modo de governo (democracia direta) para salvar a democracia enquanto teoria da soberania (soberania do povo)”. Comenta Mansfield Junior (1988, p.95) que “um sistema de interesses não é nada mais que a definição rigorosa de um país de dependentes. Para ser independente, alguém terá que escolher; mas escolher é quase sempre dispendioso, e mais fácil [...] é deixar que alguém escolha por você”. A democracia direta poderia ser funcional em pequenas comunidades, mas em uma extensa área territorial a democracia representativa é capaz de manter a titularidade da soberania no povo sem provocar-lhe uma entropia, no sentido dito acima por Renault.

A necessidade da proteção do indivíduo pela forma jurídica dos direitos subjetivos inicialmente não se encontrava expressa na defesa dos federalistas por considerarem uma arquitetura constitucional restrita às competências de cada órgão estatal. O que a Constituição não permitisse como ação ou criação normativa, o poder do Estado não deveria agir. Há uma concepção liberal do poder político, no qual o Estado deveria participar minimamente da sociedade e uma basilar ideia de federalismo no qual a União não adentraria no poder de cada Estado, apenas seria o espaço de resolução de conflitos entre estes e trataria de assuntos gerais.

Todavia, a União deveria também ser útil, de acordo com Madison, para combater a formação e consolidação das facções, o maior dos perigos naquela emergente nação. Dentro do debate republicano, os efeitos de uma facção poderiam ser vencidos pelos próprios mecanismos políticos por meio da votação. A votação, quando um partido faccioso não é maioria, impede que os interesses particularizados desse bloco político afrontem os ditos interesses comuns a todos.

A grande questão é como defender o governo republicano quando a facção se forma como maioria no governo. Uma vez que o principal foco desse estado de tensão

seja a vontade majoritária atentando contra interesses minoritários, o Estado deve ser capaz de conter esse domínio a se evitar tal opressão. Esta era uma das iniciais preocupações de Madison, como anteriormente exposto ao se demonstrar o que ele entende por facção. Assim, o importante justamente era oferecer um molde constitucional de proteção aos cidadãos e evitar o uso da coisa pública para as finalidades não virtuosas que as facções poderiam destinar. Neste sentido, explica Madison (2005, p. 51), “assegurar o bem público e os direitos individuais contra o perigo de tais facções, e ao mesmo tempo preservar o espírito e a forma do governo popular, é então o grande objetivo ao qual nossas indagações são dirigidas”<sup>5</sup>.

Verifica-se que é possível inferir uma relação necessária entre o liberalismo em suas concepções mais basilares, como as obras de Locke, e a necessidade de proteção dos direitos individuais no Federalista nº 10, uma das bases para todo pensamento explanado posteriormente na obra de Madison e dos demais coautores. O constitucionalismo norte-americano emergente é liberal em suas raízes, uma vez que a finalidade última do Estado é a proteção desses direitos do indivíduo.

O desenho institucional dos Estados Unidos se direciona para a proteção desses direitos. Em um primeiro momento pela existência de uma Constituição que seja uma norma acima das outras leis produzidas pelo Congresso e que dê a elas validade. Além disso, a Constituição determina os limites possíveis dos poderes políticos de criação de normas e de sua execução pelo Estado. Com a Constituição de 1787, efetivamente pode-se observar o Poder Constituinte Originário impondo limites ao Poder Constituído e esse limite é precisamente a normatividade constitucional.

#### **4. OS FREIOS E OS CONTRAPESOS COMO METAESTABILIDADE NA DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DO PODER**

Para a contenção das facções que se formavam na sociedade era necessário que o poder soberano fosse exercido de modo organizado pelos representantes do povo, respeitando os princípios políticos republicanos, mas não forma concentrada em um único órgão. A junção das funções do Estado era uma porta aberta para o autoritarismo autocrata, extremo que os Federalistas e seus adversários políticos

---

<sup>5</sup> Do original em inglês: “To secure the public good, and private rights against the danger of such a faction, and at the same time to preserve the spirit and the form of popular government, is then the great object to which our enquiries are directed.”

repudiavam.

Além do modelo federativo, que tinha como objetivo evitar invasões estrangeiras e garantir uma estabilidade interna com um governo republicano, a doutrina da separação do poder tem o propósito de evitar a tirania e é igualmente importante para assegurar a liberdade do cidadão.

O diálogo que *O Federalista* faz com Montesquieu sobre a organização federal como meio de defesa contra as ameaças externas e internas é também observável no que diz respeito à garantia das liberdades públicas. Montesquieu aponta a relação entre a vontade de se evitar o despotismo, a pior das formas de governo, e a necessidade de proteção da liberdade, que em tal governo não pode ser respeitado em razão justamente do descumprimento das leis pelo próprio governante.

Nesse caso, a linha entre o sentido de monarquia empregada por Montesquieu e de despotismo é bem definida: ambos são governos de uma só pessoa, mas a diferença é justamente que o governo despótico é feito com medo ao invés de honra e há um desrespeito possível às leis. Isso quer significar que, no despotismo, o governante está acima do Direito, enquanto na monarquia seu poder político é pelo limitado pelo Direito. As leis do Estado cumprem exatamente a função, neste caso, de evitar um governo despótico. O absolutismo, na visão de Montesquieu, seria certamente um exemplo de despotismo que não permite que o homem tenha sua liberdade.

O autor francês vê na Inglaterra uma forma de governo ideal, já que é monárquico porque há uma submissão do monarca às leis em contraposição ao absolutismo na França. A questão da garantia desta submissão do governante às leis tem uma explicação precisa no Estado inglês: as potências soberanas não estão concentradas no monarca, mas distribuídas em outros órgãos, havendo uma separação de exercício do poder soberano. Neste caso, é essencial que, para que um governo não se torne despótico, não seja exercido por apenas uma pessoa; é preciso que haja uma separação deste poder para que a liberdade do homem possa ser assegurada.

Apesar do repúdio à monarquia, os federalistas se influenciaram imensamente pela tese da separação do poder na obra de Montesquieu, como distribuição de competências para que cada um dos órgãos – doravante chamados de poderes – exercesse uma potência soberana independentemente de outros, sem submissão. Todavia, no projeto constitucional para separação do poder funcionar havia um

característica fundamental. Não basta apenas a separação, já que isso poderia levar a um enrijecimento desastroso na condução do Estado e uma disputa entre os poderes. A fórmula que proporciona a efetiva separação do poder precisava de um elemento para lhe dar flexibilidade: o sistema de freios e contrapesos, do termo em inglês *checks and balances*, que permite uma metaestabilidade.

Havia uma disputa política sobre a forma da separação do poder. Enquanto os federalistas defendiam a flexibilização na separação, de modo que os poderes participassem das funções típicas do outro e estivessem em si vinculados, os antifederalistas tinham em mente que a melhor saída era justamente a separação absoluta do poder, para garantir a independência de cada poder no exercício de suas atividades básicas estatais: legislar, administrar e julgar.

Os antifederalistas, defensores do sistema de democracia representativa mais próxima da antiga democracia direta, em um viés deliberativo (GARGARELLA, 2006, p. 185), criticavam o sistema de freios e contrapesos porque entendiam que, em um regime efetivamente democrático, o controle do poder deveria ter origem do povo para as instituições e não entre elas.

Conforme escreve Jefferson (1983, p. 23): “Considero o povo que constitui a sociedade como a fonte de toda a autoridade nessa nação; como sendo livre para conduzir seus interesses comuns através de quaisquer órgãos que julgue adequados; para modificar esses órgãos individualmente ou sua organização na forma ou função sempre que lhe apraz;” Ainda defende Jefferson (1983, p. 27), em sua ideia de republicanismo, que “a *lex majoris partis* constitui lei fundamental de toda sociedade de indivíduos de iguais direitos”.

Entre os poderes da república, o poder legislativo era o que representava melhor a vontade popular. Logo, uma limitação da função legislativa por outros poderes seria uma forma antidemocrática de condução do Estado, já que contrariaria a posição majoritária firmada por meio do voto. Nesse sentido, leciona Gargarella (2006, p. 176):

A principal razão que motivou os antifederalistas a criticarem o sistema de “freios e contrapesos” foi a convicção de que se deveria resguardar o poder da Legislativa. O raciocínio dos críticos da Constituição era simples e atraente. Em sua opinião, se o poder do povo encontrava lugar fundamentalmente no Poder Legislativo, não se justificava a existência de tantas travas capazes de diluir a vontade coletiva, nem de “filtros” capazes de distorcer a voz pública. Criticar o sistema dos mútuos controles, dessa maneira, passou a ser uma forma de proteger o pensamento majoritário.

Madison escreve os argumentos sobre o sistema de freios e contrapesos principalmente no Federalista nº 51. Na defesa da liberdade, é necessário que a separação de poderes seja desenvolvida de modo a possibilitar que cada um deles possa exercer de forma distinta e autônoma suas atividades. Os poderes devem ser o máximo possível independentes um dos outros, inclusive o Executivo e o Judiciário do Legislativo nas questões orçamentárias, já que, se isso não fosse possível, a independência seria meramente nominal (MADISON, 2005, p. 281).

Todavia, ainda com a separação de poderes, pela natureza de cada uma das organizações, o Legislativo, em um regime republicano, tenderia a ser o mais forte (MADISON, 2005, p. 282). A solução, para evitar esse desequilíbrio, seria dividi-lo em duas partes, com diferentes funções específicas e distintos modo de eleição. A obra desenvolve os argumentos sobre as casas legislativas, inicialmente sobre a Câmara dos Representantes, a partir do Federalista nº 52, e do Senado, do Federalista nº 62.

Na república federal norte-americana em especial, Madison chama a atenção para dois aspectos. O primeiro é a dificuldade em usurpação do poder. O governo é separado em dois âmbitos separados, o Federal e o Estadual, e estes, por sua vez, têm duas divisões. As diferentes dimensões do poder estabelecem uma vigilância recíproca e, em cada uma delas, há um mútuo controle de um poder em relação ao outro. O segundo é a proteção das minorias contra a maior parte da população. Proteger a sociedade contra a opressão dos governantes não é o bastante; é necessário proteger os direitos das minorias contra a vontade predominante da maioria, que pode, muitas vezes, ser também opressora (MADISON, 2005, p. 282).

Em uma federação, deve existir um equilíbrio que evite formação de uma maioria entre os Estados membros, inclusive relativo aos próprios, de forma que boa parte dos Estados seja privilegiada em demasia em comparação aos outros.

Madison (2005, p.283) entende que a justiça é o fim do governo e da sociedade civil. O propósito de garantir a liberdade do cidadão deve ser sempre perseguido. Uma vez, como fica bem evidente em todo *O Federalista*, os grupos majoritários são facções que geram um dos dois extremos a serem evitados (como melhor explorado no Federalista nº 10): a tirania e a anarquia. A duas situações vão de encontro à proteção da liberdade. A respeito disto, Madison adverte sobre um estado de natureza no qual não há nada que assegure que os mais fracos não sofram violência pelos mais fortes, com inspiração fortemente hobbesiana.

É bem interessante verificar que a grande preocupação não é pensar uma ética

dos governantes, mas sim um desenho institucional que fosse equilibrado o suficiente para evitar perda da liberdade. Todavia, a harmonia deve ser estabelecida de modo que não seja suficientemente rígido a ponto de ser ineficaz.

Verifica-se, portanto, o grande objetivo do projeto federalista: um Estado unido por uma Constituição e que, em razão dela, pudesse fragmentar a concentração do poder político. O equilíbrio dado pelo sistema de freios e contrapesos é necessário tanto na divisão horizontal quanto na vertical (NATHAN, 2006, p. 508). O novo Estado somente poderia ser republicano se transformasse a ideia de democracia direta e deliberativa em uma democracia representativa que une representantes e representados a nível constitucional (JELINNEK, 1997, p. 349), adaptável e a serviço dos direitos e liberdades fundamentais. Na tensão constante entre direitos e democracia, os primeiros devem prevalecer sobre a segunda, de forma a evitar a tirania e garantir o efetivo funcionamento das instituições constitucionalmente estabelecidas como salvaguarda contra a anarquia.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra conjunta *O Federalista*, reunião de artigos escritos por Hamilton, Madison e Jay, foi de grande importância para a formação do Estado federal norte-americano. Como documentos históricos que demonstram o sentimento de gênese da nação, os textos traduzem a elaboração constitucional daquela então inédita forma de organização política, a federação. Com grande influência de pensadores modernos europeus, *O Federalista* representa um marco na história teórica do constitucionalismo.

Como experiência, a Constituição norte-americana rompe o paradigma documental e se eleva ao patamar normativo. Deste modo, é a primeira Constituição no sentido moderno por prescrever instituições ao invés de descrever instituições pré-existentes. Ela forma e não meramente registra.

Para Hamilton, o objetivo da centralização da então existente confederação norte-americana era a prosperidade política coma união permanente dos Estados. Imprescindível para a consolidação do modelo federativo, a União é a única que deve exercer a soberania. Sem poder coercitivo, a União não conseguiria manter a estabilidade política e enfrentar as ameaças internas e externas.

A grande preocupação de Madison era que a nova forma política acabasse pendendo para um dos dois extremos perigosos: a tirania e a anarquia. Identificando

grande propensão nos homens a constituírem as chamadas facções, grupos de cidadãos movidos pelo mesmo impulso passional. A nova forma de Estado deveria ser efetiva em combater as facções, uma vez que a existência delas levaria à instabilidade institucional, com o domínio da facção mais forte e a supressão de direitos e liberdades das facções mais fracas.

Uma vez que o poder público tentar impedir o surgimento de uma facção seria também uma afronta à liberdade, o único modo de conter as facções era amenizar seus efeitos. E, para tal, eram imprescindíveis instituições fortes, que deveriam proteger direitos da minoria. E, com a finalidade de proteção de direitos, outro aspecto importante do Estado federal norte-americano foi o sistema de freios e contrapesos na separação do poder.

De forte influência de Montesquieu, a doutrina da separação do poder é recepcionada pelos federalistas norte-americanos com a participação, dentro das competências estabelecidas pela Constituição, de um poder nas atividades de outro. Apesar de sofrer forte resistência dos Antifederalistas, que objetivavam resguardar o Poder Legislativo, o sistema de freios e contrapesos foi vencedor no projeto político dos Estados Unidos e repercutiu na formação de outros Estados federais, nos quais tal sistema é necessário para o equilíbrio na divisão horizontal do poder.

## REFERÊNCIAS

CASALINI, Brunella. Popular Sovereignty, the Rule of Law, and the “Rule of Judges” in the United States. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et.al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna: De Hobbes a Marx**. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP,

Universidade de São Paulo. 2006.

GRONDONA, Mariano. **Os Pensadores da Liberdade:** de John Locke a Robert Nozick. Tradução de Ubiratan Borges de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000.

HAMILTON, Alexander. Eight: The Effects of Internal War in Producing Standing Armies and Other Institutions Unfriendly to Liberty. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

\_\_\_\_\_. Fifteen: Concerning the Defects of the Present Confederation in Relation to the Principle of Legislation for the States in Their Collective Capacities. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

\_\_\_\_\_. One: Introduction. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

\_\_\_\_\_. Twenty-one: Further Defects of the Present Constitution. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos Políticos**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultura, 1985.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Traducción Enrique Figueroa Alfonzo. Ciudad del México: Editorial Iberoamericana, 1997.

MADISON, James. Fifty-one: The Same Subject Continued with the Same View, and Concluded. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

\_\_\_\_\_. Nineteen: The Subject Continued, with Farther Examples. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

\_\_\_\_\_. Ten: The Same Subject Continued. In: HAMILTON, Alexander; MADISON,

James; JAY, John. **The Federalist**. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

MANSFIELD JUNIOR, Harvey C. Governo Constitucional: a alma da democracia moderna. In: KRISTOL, Irving. [et al.] **A Ordem Constitucional Americana (1787-1987)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Editora UnB, 1995.

NATHAN, Richard. There Will Always Be a New Federalism. **Journal of Public Administration Research and Theory**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 499-510, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ONUF, Peter S. **The Origins of the Federal Republic: Jurisdictional Controversies in the United States, 1775-1787**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983.

PETTIT, Philip. **Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno**. Barcelona: Paidós, 2009.

RENAULT, Alain. Revolução americana, revolução francesa. In: RENAULT, Alain. **História da Filosofia Política**, v. 4: As Críticas da Modernidade Política. Lisboa: Instituto Piaget: 2000.

Recebido em 30/07/2017

Aprovado em 19/12/2018

Received in 30/07/2017

Approved in 19/12/2018