



O FEDERALISTA E A DEMOCRACIA: REVISITANDO A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

THE FEDERALIST PAPERS AND DEMOCRACY: REVISITING THE THEORY OF SEPARATION OF POWERS AND THE JUDICIARY ROLE

Cristina Foroni Consani

Pós-doutoranda em Direito (UFRN/PNPD/CAPES). Doutora em Filosofia (UFSC), Mestre em Direito (UFSC), Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL), Pesquisadora vinculada ao NEFIPO/UFSC (Núcleo de Ética e Filosofia Política).

Resumo

O presente trabalho analisa as principais teses de uma obra seminal do constitucionalismo moderno, a saber, *O Federalista*, concentrando a atenção na teoria da separação dos poderes, no governo representativo e na relação dessas instituições com as práticas democráticas. A partir de uma análise teórica e histórica, busca-se encontrar neste texto alguns elementos que podem ser retomados e apropriados pelo debate contemporâneo a fim de lançar luz sobre os problemas pertinentes à relação entre os poderes na atualidade e, notadamente, sobre a questão da judicialização da política e das práticas democráticas. O método de pesquisa utilizado no desenvolvimento deste trabalho foi o de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: O Federalista. Separação dos poderes. Democracia representativa. Judicialização da política.

Abstract

This paper analyzes the main ideas of a seminal work of modern constitutionalism, namely, *The Federalist Papers*, focusing on the theory of separation of powers, on representative government and also on the relation of these institutions with democratic practices. From the theoretical and historical analysis, this study seek to find in this classical text a few elements that can be picked up and appropriated by contemporary debate in order to shed light on the problems such as the relationship between the branches of government and notably on the issue of judicialization of politics and democratic practices. The research method used in this paper was bibliographical research.

Key-words: The Federalist Papers. Separation of powers. Representative democracy. Judicialization of politics.

1 INTRODUÇÃO

O Federalista (*The federalist papers*), considerado por Thomas Jefferson “o melhor comentário sobre os princípios de governo que já foi escrito” (JEFFERSON, 1944)¹, ainda hoje é tomado como uma obra prima da teoria constitucional e da teoria política. Seus autores, no intuito de defender a Constituição Federal de 1787, realizaram um profundo e acalorado debate a respeito das formas de Estado, da teoria da separação dos poderes, do governo representativo, assim como dos limites e possibilidades das práticas democráticas e da participação popular no governo.

Embora o Federalista tenha sido escrito há mais de duzentos anos, algumas das questões enfrentadas por seus autores, tais como a relação entre os poderes da República no exercício de suas atribuições, os conflitos entre práticas democráticas e a proteção aos direitos fundamentais, assim como o papel e o espaço conferidos aos cidadãos na tomada de decisões políticas, são temas que continuam a suscitar um intenso debate nas teorias constitucionais e políticas contemporâneas.

Este debate, contudo, que tem por objeto a relação conflituosa entre direito e política, se torna mais complexo na atualidade em razão ampliação da pluralidade étnica, cultural e de valores dentro dos Estados, da acentuação da concentração de poder político e econômico com determinados grupos, do aumento do rol de direitos protegidos constitucionalmente como direitos fundamentais (a proteção estende-se dos direitos individuais, civis e políticos para direitos sociais, econômicos e culturais), da crise da democracia representativa e a conseqüente crescente demanda por um desenho institucional que abra mais espaço para a participação popular nos processos de tomada de decisões políticas.

Por fim, a tensão entre o direito e a política acentua-se ainda em decorrência da redefinição dos papéis e das atribuições de cada um dos poderes da República, especialmente do poder judiciário que vem assumindo, desde a segunda metade do Século XX, cada vez mais o papel de protagonista na política, dando causa ao fenômeno denominado *judicialização da política*.

Levando em consideração essas antigas e novas questões, este artigo pretende, primeiramente, revisitar a teoria constitucional e política exposta no Federalista, explorando principalmente as teses relacionadas à separação dos

¹ Todas as traduções das obras citadas são minhas, exceto quando nas referências bibliográficas for indicado distintamente.

poderes, ao papel do poder judiciário e ao espaço político-institucional reservado às práticas democráticas.

Em segundo lugar, a partir da análise teórica e histórica, buscar-se-á encontrar neste texto clássico do constitucionalismo e da política modernos alguns elementos que podem ser retomados e apropriados pelo debate contemporâneo a fim de subsidiar a discussão de problemas pertinentes à relação entre os poderes na atualidade e, notadamente, sobre a questão da judicialização da política e das práticas democráticas.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Os artigos federalistas foram escritos no afã de defender a Constituição Federal de 1787, fruto da reformulação do projeto político e jurídico vigente nos Estados Unidos após a Declaração de Independência. Muitas das causas que levaram à revisão do pacto político estabelecido depois de 1776 já estavam presentes na organização política que se estabeleceu após a Declaração de Independência. A América republicana organizou-se por meio de uma instituição central e uma lei comum: o Congresso Continental e os Artigos da Confederação.²

Os Artigos da Confederação foram aprovados pelo Congresso Continental em 1777 e, após, adotados pelos estados. Eles figuraram como a única lei comum para todos os estados até 1788. Os Artigos da Confederação e a política norte-americana durante esses anos tiveram como principais características a concentração do poder na periferia, em cada estado e, dentro dos estados o poder estava mais concentrado nos legislativos.

O Congresso Continental foi a única instituição integrativa criada no centro do país sob a vigência dos Artigos da Confederação. Ele era formado por uma casa legislativa única, na qual cada estado tinha direito a um voto. Cada legislatura estadual podia indicar entre dois e sete delegados para o mandato de um ano (cf. KETCHAM, 2003, p. 357-385). Não havia nenhum ramo executivo ou judiciário central. As atividades administrativas eram realizadas por um comitê do próprio

² A respeito do contexto histórico da Revolução Americana e da elaboração da Constituição Federal de 1787 ver: ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. KRAMNICK, Isaac. Editor's Introduction. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987; WILLS, Garry. **Explaining America: The Federalist**. New York: Penguin Books, 2001; WOOD, Gordon. **The Creation of the American Republic 1776-1787**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1998.

Congresso. Embora o Congresso Continental devesse cuidar dos assuntos de política externa, no âmbito interno seus poderes eram bastante restritos. Ele não tinha poder para regular o comércio e tampouco para estabelecer tributos. Os estados cunhavam suas próprias moedas, tinham suas próprias frotas navais, recusavam-se a dar cumprimento às deliberações do Congresso Continental com as quais não concordavam e afirmavam-se como os soberanos que realmente eram (cf. KRAMNICK, 1987, p. 11-82). Desse modo, a falta de poder central foi apontada como o principal defeito dos Artigos e exerceu um papel crucial na produção das reformas dos anos finais de 1780 (cf. HAMILTON *et al.*, 1987, p. 19/20).

Sob a égide dos Artigos da Confederação o ideal de liberdade política expressou também um forte igualitarismo. Na maioria dos estados de 1776 a 1789 o sufrágio foi estendido, e 70 a 90% de todos os homens adultos brancos tornaram-se elegíveis por voto. Juramentos religiosos foram completamente eliminados. O percentual de votantes aumentou de 40% antes da Revolução para 65% depois (cf. KRAMNICK, 1987, p. 11-82). Na maioria dos estados os requerimentos de propriedade e riqueza para o cidadão se tornar elegível foram reduzidos e isso tudo produziu uma drástica mudança no perfil dos integrantes das legislaturas estaduais, havendo um grande aumento do número de pequenos e médios proprietários.

A presença de homens comuns na política foi uma característica marcante nos anos precedentes à Convenção Constitucional, principalmente porque após o final da guerra de independência a maioria dos estados estava em severa crise financeira, tentando pagar os débitos da guerra e coletando altos impostos. Um grande número de indivíduos, especialmente fazendeiros, estava em débito com comerciantes e banqueiros (cf. HAMILTON *et al.*, 1987, p. 22/23). Como observa Beard, o cenário político-econômico estava marcado por interesses contrários de pequenos e grandes proprietários (BEARD, 1966, p. 19-51).³

Diante dessas circunstâncias os legislativos estaduais, sob pressão popular, usavam suas prerrogativas para emitir papel moeda e para perdoar dívidas. Desse modo, em muitos estados os legislativos assumiram a administração da justiça decidindo casos a respeito de títulos de terras, contratos e débitos, ou seja,

3 A breve reconstrução histórica aqui apresentada não tem o intuito de fazer uma análise econômica dos fatos que levaram à Convenção da Filadélfia. Para um estudo nesse sentido e indicações bibliográficas, ver BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte no combate à ampliação da democracia. In: **Lua Nova**, nº 89, 2013, pp. 107-134.

interferindo no direito de propriedade.

A gota d'água para a deflagração do movimento reformista foi a “rebelião de Shays” ocorrida no oeste de Massachusetts no outono de 1786 (cf. KRAMNICK, 1987, p. 11-82). Daniel Shays⁴ liderou uma multidão de devedores a impedir uma corte municipal de se reunir em sessão. Quando receberam ordens para dispersar, capturaram o arsenal federal. Shays e seu exército de fazendeiros foram repelidos e caçados por uma milícia financiada por comerciantes. Quatorze líderes da rebelião foram sentenciados à morte, mas todos foram perdoados ou tiveram sua pena relaxada para prisão de curto período. Tal episódio acentuou a impressão já bastante forte de que a supremacia legislativa dos estados estava colocando em risco o ideal republicano e submetendo o governo da lei ao governo das paixões e dos interesses populares.⁵

Diante da insatisfação geral a respeito do modo como estava sendo conduzida a política nos estados e da fragilidade dos Artigos da Confederação para lidar com problemas tais como os acima apontados, em fevereiro de 1787 o Congresso Continental concordou em apoiar a realização de uma convenção na Filadélfia, mas somente para a tarefa limitada de recomendar revisões aos Artigos da Confederação.

A convenção, contudo, teve como resultado final uma Constituição que promoveu uma nova fundação da república norte-americana na medida em que modificou a forma de Estado de confederação para federação, e criou uma estrutura de governo completamente diferente da anterior, na qual um dos principais pontos foi o triunfo da doutrina da separação dos poderes, combinada com mecanismos de freios e contrapesos, sobre o princípio da supremacia legislativa dos estados.

A Constituição foi submetida ao Congresso Continental em 20 de setembro de 1787. Embora alguns membros do Congresso tenham censurado a Convenção por ter excedido sua tarefa de simplesmente corrigir os Artigos da Confederação, votou-se para que a Constituição fosse levada aos estados para ratificação. Por

⁴ Daniel Shays foi um fazendeiro que se tornou conhecido por liderar um levante em Massachusetts em 1787 contra a cobrança de dívidas fiscais. O levante ficou conhecido como “rebelião de Shays”.

⁵ A rebelião de Shays é abordada nos Federalistas nº 6, 21, 25, 28, 43 e 74. Nesses textos fica bastante claro o posicionamento dos subscritores dos Artigos Federalistas a respeito da necessidade de criar instituições político-jurídicas capazes de conter aquilo que entendiam ser paixões populares e a instabilidade política. Nesse sentido, a rebelião de Shays é apontada justamente como um exemplo de pressão popular indesejada e que deveria ser evitada.

determinação do art. 7º, a nova Constituição não poderia ser aprovada pelos legislativos estaduais, mas deveriam ser chamadas convenções com essa finalidade especial (cf. KRAMNICK, 1987, p. 11-82).

Durante o período de ratificação da Constituição seus defensores, denominados “federalistas” e seus opositores, chamados “antifederalistas” travaram um profícuo debate tanto dentro das convenções para a ratificação quanto em artigos publicados em jornais, os quais deram origem a obras-primas do constitucionalismo e da teoria política modernos: *The Federalist Papers*, assinados por Alexander Hamilton⁶, James Madison⁷ e John Jay⁸ com o pseudônimo *Publius* e, *The Anti-federalist papers*, cujos autores fizeram uso de codinomes diversos e não raras vezes fazendo referência a figuras históricas do republicanismo clássico (Brutus, por exemplo).

Esses textos expõem divergências em torno do modelo de sociedade e de governo que se buscava para a República dos Estados Unidos, mas também contêm muitos dos princípios de organização política que permeiam o debate na filosofia política e constitucional até hoje. A análise das divergências entre Federalistas e Antifederalistas é relevante para elucidar características centrais do constitucionalismo moderno. Tais divergências serão expostas a seguir.

3 A CONSTITUIÇÃO E OS MEIOS DE COMPENSAÇÃO DO PODER POLÍTICO: SEPARAÇÃO DOS PODERES E CHECKS AND BALANCES

Um dos principais temas de discordância entre federalistas e antifederalistas foi a respeito das doutrinas da separação dos poderes e do governo misto. Conforme visto anteriormente, logo após a Independência predominou no território norte-americano a noção de que a liberdade requeria um sistema político com máxima atuação legislativa e mínima atuação executiva e judicial. Essa ideia perseverou

⁶ Alexander Hamilton participou da Guerra de Independência como capitão e após a Declaração de Independência foi secretário de George Washington. Em 1787 tornou-se membro da Convenção Constitucional, representando o Estado de Nova Iorque. Entre 1789 e 1795 Hamilton foi o primeiro Secretário do Tesouro dos Estados Unidos.

⁷ James Madison foi advogado e político, além de proprietário de terras no Estado da Virgínia. Foi membro da Convenção da Filadélfia representando o seu Estado e participou ativamente da elaboração do projeto de Constituição de 1787. Já na vigência da Constituição Federal, Madison foi secretário de Estado no governo de Thomas Jefferson, a quem sucedeu na Presidência em 1809, tornando-se o quarto Presidente dos Estados Unidos da América.

⁸ John Jay atuou como advogado na cidade de Nova Iorque desde 1768. Embora não tenha participado da Convenção da Filadélfia, participou ativamente da defesa da Constituição que foi fruto do trabalho da Convenção, tendo colaborado na redação dos artigos federalistas. Atuou como juiz na Suprema Corte, tendo sido o primeiro Chefe de Justiça dos Estados Unidos entre os anos de 1789 a 1794.

entre os antifederalistas, os quais sustentavam que a tradição democrática demandava forte atuação legislativa com ampla participação popular nas decisões políticas. A Constituição de 1787, entretanto, enfraqueceu o poder legislativo ao dividi-lo em duas casas e fortaleceu o executivo e o judiciário. Isso foi feito em nome do princípio da separação dos poderes, ao qual os *framers* da Constituição incorporaram um contra-ideal da liberdade apoiados nas teses de Locke e de Montesquieu.

Desse modo, o que se verifica é que tanto a teoria do governo misto quanto a teoria da separação dos poderes tinham por objetivo promover a limitação do poder político. Contudo, os meios para alcançar essa meta podem privilegiar um conceito de liberdade mais ou menos aberto para a participação popular na política. Essas diferenças são a seguir apontadas a partir do estudo clássico de M.J.C. Vile a respeito do constitucionalismo e da separação dos poderes (VILE, 1998, p. 2).

Vile identificou três teorias que ao longo da história foram concebidas para promover o controle e a limitação do poder político, são elas: a teoria do governo misto, a teoria pura da separação dos poderes e a teoria pura da separação dos poderes combinada com os mecanismos de freios e contrapesos. Com algumas diferenciações, são a estes modelos que as constituições do século XVIII recorrem para delimitar e controlar o poder político.

A teoria do governo misto teve origem no pensamento político clássico e manteve sua influência na teoria política até aproximadamente o século XVII, quando começaram a ser delineadas as teorias da separação dos poderes. De acordo com Vile, a teoria do governo misto não está logicamente conectada com a teoria da separação dos poderes, mas proporcionou ideias que formaram a base da nova doutrina, pois ambas preocupam-se com a limitação do poder pela criação de controles dentro do governo (VILE, 1998, p. 38).

O ponto central da teoria do governo misto é o estabelecimento do controle recíproco do poder político de um grupo social por outro no exercício das funções do governo. É importante ressaltar que nesse modelo não há separação entre pessoas e funções, haja vista os representantes dos elementos monárquico, aristocrático e popular estarem exercendo concomitantemente as funções de legislar, administrar e julgar a fim de impedir que uma vontade imponha-se sobre as demais (cf. VILE, 1998, p. 2-38).

A teoria da separação dos poderes, por outro lado, pelo menos em sua forma

pura, caracteriza-se pela distinção rigorosa do governo em: a) *funções* (legislativa, executiva e judiciária), b) *agências* (legislativa, executiva e judiciária) e c) *pessoas* (as mesmas pessoas não podem exercer mais de uma função nem tampouco atuar em mais de uma agência). Nessa perspectiva, não poderia haver nenhuma forma de partilhamento de uma função com as demais e tampouco a interferência de uma agência nas outras. O propósito desta diferenciação tão precisa era evitar que indivíduos ou grupos pudessem ser juízes em causa própria.⁹ Contudo, Vile chama a atenção para o fato de que a teoria pura da separação dos poderes é apenas um ideal, ao qual foram introduzidos elementos de outras teorias políticas que se dedicaram a este tema (VILE, 1998, p. 21 e 37).

A teoria da separação dos poderes fazia parte das doutrinas de muitos teóricos ingleses do século XVII e XVIII. Mas foi Montesquieu que enfatizou certos elementos que não haviam recebido atenção antes, particularmente em relação ao judiciário, e concedeu à doutrina uma posição mais importante do que tinha sido conferida em períodos anteriores. No livro XI do *Espírito das Leis* Montesquieu anuncia algumas premissas básicas de sua teoria da separação dos poderes: a liberdade política,¹⁰ o controle do poder político e, finalmente, uma separação funcional nas agências do governo capaz de efetuar o controle. A liberdade política é definida como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem” e contrapõe-se à independência, que remete ao estado de natureza e à possibilidade de fazer tudo aquilo que se quer (MONTESQUIEU, 1985, p. 148). Porém, a liberdade política somente pode ser encontrada nos governos moderados, e desde que não se abuse do poder. De acordo com Montesquieu, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1985, p. 148).

9 Essa é uma preocupação comum entre os pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, a ponto da necessidade de um julgador imparcial ter sido apresentada como uma das principais teses de Locke no Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Cf. LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Edited by Peter Laslett. New York: Cambridge University Press, 1988, Livro II, Cap. VII, parágrafos 87 e 91.

10 No cap. 1 do Livro XI Montesquieu informa que irá se dedicar ao estudo da liberdade política, distinguindo-a segundo dois aspectos: a liberdade política em sua relação com a constituição (representada pela separação dos poderes – Livro XI, cap. 3) e a liberdade política em sua relação com o cidadão (relacionada à redução dos critérios arbitrários na aplicação das leis penais – Livro XII, cap. 2). Vou deter-me apenas na relação da liberdade política com a constituição, pois ela está diretamente relacionada como o objeto de estudo deste artigo. A respeito da “dupla definição” da liberdade política em Montesquieu ver JAUME, Lucien. **La liberté et la loi: les origines philosophiques du libéralisme**. Paris, Librairie Arthème Fayard, 2000, pp. 95-124.

É no Capítulo 6 do Livro XI, dedicado à Constituição da Inglaterra, que Montesquieu irá apresentar a forma de governo capaz de realizar a liberdade política, afirma ele:

Há, em cada Estado, três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 1985, p. 148/149).

Desse modo, verifica-se que num primeiro momento Montesquieu segue a divisão feita por Locke¹¹ entre o poder legislativo e o executivo, sendo que o segundo tinha atribuições internas e externas. Contudo, logo a seguir ele introduz o “poder de julgar” com atribuições diferentes daquelas dos outros poderes. O legislativo, cuja atribuição era deliberar e elaborar as leis, deveria ser dividido em duas câmaras de modo que uma pudesse controlar a outra e, em alguns casos peculiares, essa instituição era autorizada a realizar julgamentos por meio de uma câmara especial; o poder executivo poderia participar da atividade legislativa por meio do veto, mas não era admitido no processo de discussão e deliberação das leis; o poder judiciário tinha uma função bem mais restrita, já que, diferentemente dos outros dois, não era um corpo permanente, deveria ser apenas “a boca da lei”, não podendo dar nova interpretação às diretrizes estabelecidas.

A distinção entre os poderes feita por Montesquieu, de acordo com Vile, é uma adaptação do que poderia ser considerada a teoria pura, haja vista abarcar tanto elementos do governo misto quanto mecanismos de freios e contrapesos. A relação entre os ramos executivo e legislativo exhibe claramente as características da idéia de controle mútuo utilizada anteriormente na teoria inglesa da constituição equilibrada (VILE, 1998, p. 94).¹²

11Locke faz a distinção entre três poderes: Legislativo (poder supremo); Executivo (que tinha a atribuição de cuidar dos assuntos de administração interna, inclusive da aplicação da lei) e o Federativo (responsável pelos assuntos internacionais). Cf. LOCKE, John. **Op. Cit.**, Livro II, Cap. XII, parágrafos 143 a 153.

12 De acordo com Vile, existem duas interpretações para a teoria da separação dos poderes de Montesquieu. A primeira, associada ao continente europeu e mais aos juristas do que aos teóricos da política, vê nas teses de Montesquieu o que se pode chamar de teoria pura da separação dos poderes, uma eficaz separação de agências, funções e pessoas. A segunda, representada principalmente pelos

No contexto norte-americano pós-revolução, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu foi retomada e adaptada ao desenho institucional proposto na Constituição Federal de 1787. No Federalista nº 10 Madison anuncia que a Constituição destina-se a “proteger o bem público e os direitos privados” contra o perigo das facções, assim como visa a “preservar o espírito e a forma do governo popular” (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 125). A fim de implementar esses objetivos o governo sustentado pelo princípio republicano deve evitar a subversão dos princípios fundamentais de uma Constituição livre pelo exercício de todo o poder político por um único órgão ou pessoa. Esta máxima, apresentada no Federalista nº 47, dá origem à divisão de poderes na Constituição americana, que é justificada no Federalista nº 51.

Aqui aparece primeiramente a visão pessimista de Madison acerca da natureza humana, sua razão falível, sempre vulnerável ao amor-próprio e às paixões, o que cria a necessidade de um governo que limite seus governados e limite a si mesmo. Pergunta Madison: “o que é o próprio governo senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana?” E então conclui: “se os homens fossem anjos nenhum governo seria necessário. Se anjos fossem governar os homens, nem controles externos nem internos sobre o governo seriam necessários” (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 319/320).

Para levar a cabo esta proposta o poder político conferido ao governo pelo povo deveria primeiramente ser dividido entre dois governos – o federal e aquele dos estados. Em segundo lugar, cada porção repartida deveria ser subdividida entre departamentos distintos e separados, a saber, legislativo, executivo e judiciário. Esta segunda divisão, ou subdivisão, do poder insere-se em uma *estrutura compensatória*, segundo a qual aquele departamento que possui mais força social deve ser enfraquecido, ao passo que aquele mais frágil deve ser fortalecido.

Assim, o legislativo, considerado por Madison como o mais próximo do povo e mais numeroso, é dividido em duas câmaras. Por outro lado, o executivo e o judiciário, detentores de poucos membros e mais afastados da interferência popular, necessariamente devem ser tornados mais robustos (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 286-

pais da constituição americana, escritores franceses como Benjamin Constant e comentadores ingleses dos séculos XVIII e XIX, observa nesse texto uma separação parcial dos poderes, que é a doutrina pura modificada pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Vile partilha do último entendimento. Também entendo o seu posicionamento como o mais adequado para a interpretação da teoria de Montesquieu.

292).¹³

Retomando os ensinamentos de Montesquieu, Madison assevera que a separação dos poderes deve dar-se de modo a assegurar o governo livre, mas isso não implica a ausência de interferência de um poder nos demais. Como visto, Montesquieu não desenvolveu uma teoria pura da separação dos poderes, mas abarcou também princípios da doutrina do governo misto, cujo fundamento último era o exercício do controle não apenas por meio de funções governamentais, mas também por forças sociais.

Os federalistas, ao adaptarem a doutrina para o contexto americano, também desenvolveram um sistema no qual estava presente o compartilhamento de poderes por meio dos freios e contrapesos exercidos por um poder sobre o outro. Desse modo, as ações do legislativo sofrem um duplo controle, tanto pelo poder de veto do executivo sobre a legislação aprovada quanto pelo controle judicial de constitucionalidade das leis; o legislativo tem a prerrogativa de pedir o Impeachment do presidente e o judiciário é escolhido pelo poder executivo mediante aprovação do legislativo (senado). O controle popular sobre a representação eleita (legislativo e executivo) é realizado periodicamente por meio de eleições (cf. THOMAS, 2008, p. 14-38).

Na Constituição americana de 1787 os poderes são separados da seguinte forma: legislativo bicameral (composto pelo senado e pela câmara dos representantes), executivo nacional e judiciário nacional. Seguindo a mesma lógica de Montesquieu, a divisão do legislativo em duas casas tinha por objetivo o exercício do controle de uma sobre a outra. Dentre os poderes da República, o legislativo era o mais temido pelos federalistas. Acreditavam que a autoridade legislativa poderia predominar sobre as demais se não fosse bem delimitada (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 318/319).¹⁴ O poder executivo, por outro lado, foi fortalecido, podendo exercer o veto sobre a legislação aprovada pelo legislativo.

De acordo com Hamilton, o poder executivo forte é uma característica central de um bom governo, e, nessa perspectiva, ele defendeu que fosse exercido por um único homem a fim de facilitar o processo de tomada de decisões e de fiscalização. Uma das grandes inovações da Constituição norte-americana nesse aspecto foi a

13 Artigo Federalista nº 49.

14 Artigo Federalista nº 51.

introdução da eleição para o poder executivo, cargo que nas teorias anteriores deveria ser ocupado pelo monarca, o que conferiu um aspecto democrático também para o poder executivo (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 402-408).¹⁵

O Poder judiciário, no constitucionalismo norte-americano, recebeu outras atribuições diferentes daquelas inicialmente apontadas por Montesquieu. No Federalista nº 78, Hamilton defende que a completa independência das cortes é uma das principais características de uma constituição limitada, a qual é definida como aquela que impõe certos limites à atuação legislativa, como por exemplo, a proibição de promulgação de leis de proscricção ou retroativas, entre outras. Acreditava-se que limitações desta espécie só podem ser preservadas na prática por meio da ação dos tribunais e, sem elas a proteção aos direitos estaria comprometida.

Por essa razão, Hamilton autoriza a Suprema Corte a declarar nula qualquer lei que seja considerada contrária às disposições da Constituição, afirmando que “a interpretação das leis é função própria e peculiar das cortes.” Logo a seguir ele complementa: “uma Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes como, uma lei fundamental” (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 439).¹⁶

A conclusão que se extrai dessas passagens é que se trata de um silogismo, ou seja, a principal atribuição das cortes é interpretar leis, a Constituição é uma lei, logo, cabe ao judiciário interpretá-la. Embora Hamilton tenha afirmado que a interpretação das leis é uma função *própria* e não *exclusiva* das cortes, as disposições constitucionais a respeito das atribuições do judiciário e do legislativo causaram bastante polêmica no debate a respeito da Constituição Federal.

Quando Hamilton escreveu o Federalista nº 78 ele já estava tentando enfrentar as críticas antifederalistas dirigidas ao papel atribuído ao judiciário federal pela Constituição, o qual foi considerado superior ao legislativo. Respondendo a esta acusação, ele sustenta que quando a Suprema Corte considera nula uma lei promulgada pelo legislativo, ela não está agindo contra o povo (representado no legislativo), mas está agindo em nome do povo, na defesa de seus direitos e interesses porque “cada ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da comissão sob a qual ela é exercida, é nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à Constituição, pode ser válido.” Negar isso seria afirmar que “os

15 Artigo Federalista nº 70.

16 Artigo Federalista nº 78.

representantes do povo são superiores ao próprio povo” (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 438).

Segundo ele, isso não significa a superioridade do judiciário sobre o legislativo, mas pressupõe que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do legislativo é contrária à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última e não pela primeira. Hamilton defende que as cortes devem fundamentar suas decisões na lei fundamental e não naquelas que não o são (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 439). Este é um princípio que, em seu entendimento, não é criado pela Constituição norte-americana, mas faz parte da teoria geral da constituição limitada (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 451).¹⁷

Por fim, Hamilton busca tranquilizar seus opositores afirmando que o judiciário é o mais fraco dos três poderes, haja vista não ter nem *força* (característica do executivo que controla a força militar) e nem *vontade* (característica do legislativo que controla a economia e cria as leis), mas apenas *juízo*, dependendo do braço executivo até mesmo para tornar seus julgamentos eficazes (HAMILTON *et al.*, 1987, p. 437).¹⁸

Os federalistas também pensaram que o judiciário deveria ser um corpo profissional permanente e não eleito, cujos membros permaneceriam no cargo enquanto mantivessem um bom comportamento. Desse modo, ressaltou-se sua independência, afastando-o do controle popular. Os freios e contrapesos aplicados a este poder foram a nomeação dos juízes pelo Presidente e pelo Senado e a concessão de poder ao Congresso para regular a jurisdição da Corte.¹⁹

Como visto, o papel atribuído ao judiciário federal pela Constituição de 1787, assim como as afirmações de Hamilton no Federalista nº 78, deram margem ao que se pode chamar de uma leitura legalista do Federalista, a qual extrai da teoria da separação dos poderes americana *não apenas a revisão judicial*²⁰, segundo a qual as

17 Cf. Artigo Federalista nº 81. A noção de constituição limitada (*balanced constitution*) remonta à ideia dos controles sociais sobre o exercício do poder político. Consiste, basicamente, na combinação de elementos de várias formas de governo (monarquia, aristocracia e democracia, como no modelo do governo misto) de modo a assegurar a melhor forma de governo, isto é, o governo da lei em detrimento do governo da vontade dos homens.

18 Artigo Federalista nº 78.

19 Cf. USA Constitution, Article III, section 2, clause 2.

²⁰ Revisão judicial é o termo utilizado no direito constitucional norte-americano para referir-se ao controle de constitucionalidade das leis. Adoto aqui e doravante a expressão *revisão judicial* ao invés de *controle*

cortes poderiam declarar a inconstitucionalidade da legislação aprovada pelo legislativo e das medidas adotadas pelo executivo, *mas também a supremacia judicial*, mediante a qual o poder judiciário é a última instância de decisão acerca de questões constitucionais. A diferença entre revisão judicial e supremacia judicial é que, enquanto na primeira permite-se também aos outros poderes interpretar a constituição e acatar ou não a interpretação dada pelo judiciário, na segunda a interpretação feita pelas cortes é a única correta, cabendo aos demais poderes apenas obedecê-la.

A leitura legalista, entretanto, não parece encontrar amparo no pensamento de Madison e nem mesmo no de Hamilton. O que Madison propôs no Federalista nº 51, ao explicar seu modelo de separação dos poderes combinado com os freios e contrapesos foi uma *estrutura de compensação de poder*, segundo a qual aqueles departamentos com mais força social deveriam receber mais limites institucionais.

Na esteira deste pensamento, o judiciário foi concebido como o mais fraco dos três, como afirma Hamilton no Federalista nº 78, por possuir apenas a atribuição de julgar, sem ter o poder para se imiscuir em assuntos de ordem militar, econômica ou na elaboração legislativa. Os argumentos apresentados por Madison sempre defendem o *departamentalismo* na interpretação constitucional, o que significa reconhecer que cada departamento, ou poder, é o primeiro intérprete da Constituição no que diz respeito aos temas que se aplicam à sua especificidade. É o que se verifica em seu posicionamento em casos de notória relevância para a história norte-americana, os quais são apontados a seguir.

Em 1789, no Primeiro Congresso, foi debatido se os oficiais do ramo executivo, que haviam sido admitidos com o consentimento do Senado, poderiam ser destituídos somente pelo Presidente sem a aprovação do Senado. De acordo com Madison, o legislativo deve sustentar sua responsabilidade constitucional e, nesse caso, como a constituição não é suficientemente clara neste ponto, o Congresso deveria situar a cláusula dentro do esquema delineado da separação dos poderes. A respeito dessa questão, sugeriu-se que o caso deveria ser levado ao judiciário, responsável pela interpretação da Constituição, e só depois da decisão da Suprema Corte é que se deveria tomar alguma medida. *Madison discordou por considerar que*

de constitucionalidade porque tal expressão é sempre empregada para fazer referência ao debate travado no contexto daquele país.

o legislativo tinha os mesmos direitos que o judiciário para determinar o significado constitucional desta questão (cf. MADISON, 1789).²¹

Outro exemplo é a opinião de Madison a respeito da criação do primeiro banco dos Estados Unidos. Ele posicionou-se contra a criação do Banco por entender que a Constituição não garantia ao governo nacional o poder de incorporação. Ao sustentar tal posicionamento, o que ele estava afirmando é que a interpretação da constituição não é uma prerrogativa judicial (cf. MADISON, 1791).²² Neste sentido, não cabe ao judiciário a interpretação de todos os casos, uma vez que ele não pode agir por iniciativa própria, mas apenas dos casos que são levados até ele. Entendida deste modo, a separação dos poderes madisoniana admite a revisão judicial, mas rejeita a supremacia judicial segundo a qual a Suprema Corte é o intérprete final da Constituição como um todo.²³

Uma leitura do *Federalista* de forma mais ampla e sistemática mostra que a Constituição norte-americana foi modelada justamente para ser uma estrutura de compensação do poder político, de modo a criar um equilíbrio entre as forças sociais representadas nas instituições político-jurídicas. As teses de Madison acima apresentadas, assim como o próprio entendimento de Hamilton acerca do papel do poder judiciário como *o guardião da Constituição* – para usar as palavras de Kelsen – não levam necessariamente à tese da supremacia judicial (KELSEN, 2003, p. 237-298).

O posicionamento madisoniano a respeito do igual direito de cada um dos poderes (ou departamentos) na interpretação da Constituição é compartilhado, e em certo sentido radicalizado, por Thomas Jefferson. Os argumentos de Jefferson contra a supremacia judicial se tornam relevantes em um caso emblemático para a história do constitucionalismo e, notadamente, para a questão do controle judicial de constitucionalidade das leis, qual seja, o caso *Marbury versus Madison*. A questão da relação entre os poderes e as práticas democráticas no contexto norte-americano

21 Cf. MADISON, **Speech in Congress on Presidential Removal Power**, *June 16, 1789*. In: http://www.constitution.org/jm/17890616_removal.htm

22 Cf. MADISON, **Speech in Congress Opposing the National Bank**, *February 2, 1791*. In: http://www.constitution.org/jm/17910202_bank.htm

23 A este respeito ver: THOMAS, George. **The Madisonian Constitution**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008, pp. 14-38; WOOD, Gordon. **The Creation of the American Republic 1776-1787**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1998, p. 281 e ss; BURT, Robert A. **The Constitution in Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1992, pp. 59-76.

pode ser melhor compreendida a partir da análise da questão política por trás deste precedente judicial.

4 A QUESTÃO POLÍTICA POR TRÁS DE *MARBURY VERSUS MADISON*

A decisão do juiz John Marshal no caso *Marbury vs. Madison* é comumente apontada como inaugural no controle judicial de constitucionalidade das leis. A análise dessa decisão nas obras de Direito Constitucional leva em conta predominantemente seus aspectos legais e constitucionais, deixando em segundo plano os aspectos políticos e contextuais. No entanto, para a análise da relação entre os poderes são exatamente estes os aspectos que devem ser ressaltados.

Nos anos de 1800, principalmente após ser eleito presidente em um momento em que o partido republicano²⁴ também conseguiu maioria nas duas casas do Congresso, Jefferson chegou a afirmar que os Estados Unidos vivenciavam uma nova revolução, só que desta vez uma revolução de princípios de governo, levada a cabo pelo voto do povo, ao passo que a Revolução de 1776 foi por ele considerada uma revolução de forma de governo efetivada pela espada (JEFFERSON, 1977, p. 562).²⁵ Durante seu mandato como Presidente, todavia, Jefferson confrontou-se diversas vezes com o judiciário federal e, o primeiro e talvez o mais conhecido desentendimento foi aquele que deu causa a *Marbury vs. Madison*, a saber, o *Judiciary Act* de 1801.

O *Judiciary Act* alterou o antigo sistema da Suprema Corte e aumentou o

²⁴ Após a ratificação da Constituição Federal de 1787 pelos Estados e o início das atividades do governo federal, surgiram nos Estados Unidos, ao longo da década de 1790, dois principais partidos políticos: o *federalista* e o *republicano*. O partido federalista não pode ser confundido com o termo “federalista” utilizado no momento da discussão da Constituição Federal. Naquele momento “federalistas” eram os defensores da nova Constituição; nos anos de 1790 esse termo passa a designar os apoiadores de um determinado projeto político, cujas metas consistiam no estabelecimento de um governo nacional forte e afastado de pressões populares, no estreitamento de laços diplomáticos com a Inglaterra e na liderança política de grandes proprietários, comerciantes e investidores, ao qual vinculavam-se nomes como os de John Adams e Alexander Hamilton. Já o partido republicano apoiava um projeto político bastante distinto, que sustentava, entre outras propostas, a limitação do poder federal, a proteção das liberdades políticas dos cidadãos e sua participação no controle dos atos de governo. Os republicanos eram contrários a alianças com a Inglaterra por entender que a relação entre os países tenderia a manter os Estados Unidos em uma espécie de dependência colonial, e defendiam um projeto econômico mais voltado para a agricultura e comércio independentes do que centrado no interesse de grandes proprietários e investidores. Thomas Jefferson e James Madison foram representantes das teses republicanas. O partido republicano do final do século XVIII e início do século XIX não possui conexão com o atual partido republicano norte-americano, o qual surgiu na segunda metade do século XIX.

²⁵ Afirmação feita na Carta ao Juiz Spencer Roane, em 26 de setembro de 1819.

número de juízes em outras jurisdições. Jefferson considerou que este ato aumentaria a jurisdição das cortes federais e isso também criaria novos cargos que seriam preenchidos por juízes federalistas, haja vista que já haviam sido nomeados pelo Presidente John Adams às vésperas do final de seu mandato. Jefferson compreendeu o *Judiciary Act* como um “uso fraudulento da Constituição, que tornou juízes irremovíveis multiplicando cargos inutilmente meramente para aumentar sua legião” (JEFFERSON, 1801).²⁶

William Marbury e outros três juízes do Distrito de Columbia, aos quais Jefferson recusou-se a dar posse, decidiram testar a legalidade da decisão da administração ajuizando uma ação na Suprema Corte e pedindo que Madison, secretário de Estado de Jefferson, desse-lhes posse de suas funções. A decisão da Suprema Corte de 1803 em *Marbury vs. Madison* produziu elementos para a elaboração da teoria da separação dos poderes de Jefferson. Marshall apresentou o problema para a Corte formulando três questões: 1) Marbury tem o direito ao cargo? 2) Se ele tem um direito e este foi violado, a lei proporciona a ele algum remédio? 3) Se há um remédio, pode ele ser emitido por esta Corte? Considerando essas questões, o juiz Marshall emitiu sua decisão em duas partes: primeiramente ele considerou que Marbury efetivamente tinha um direito ao cargo, o qual havia sido violado pela decisão da administração de Jefferson; contudo, na segunda parte da decisão ele considerou que embora Marbury tivesse o direito, a Suprema Corte não tinha um remédio para oferecer porque isso ultrapassava suas atribuições.²⁷

Embora a segunda parte da decisão seja mais importante para a discussão acerca da supremacia constitucional, foi a primeira parte que fez com que Jefferson se voltasse contra o judiciário. Ele considerou que o cargo de Marbury não era um direito até ele ser entregue e entendeu o ato de não dar posse como algo que estava dentro de seu poder discricionário de presidente, último e sem apelo. Para Jefferson, era o princípio da separação dos poderes e não o art. 3º da Constituição que privava a Corte de jurisdição para emitir alguma medida no caso de Marbury (JEFFERSON, 1977, p. 563/564).²⁸

Esta situação, entre outras, o fez defender a doutrina “tripartite da

26 Afirmação feita na Carta a John Dickinson, em 19 de dezembro de 1801.

27 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, (1803).

28 Afirmação feita na Carta ao Juiz Spencer Roane, em 06 de setembro de 1819.

interpretação da constituição”, que sustentava que cada ramo do governo federal era autorizado a interpretar independentemente a Constituição com relação às suas próprias funções. A base constitucional para a doutrina tripartite de Jefferson foi a teoria pura da separação dos poderes, na qual cada ramo do governo era mantido dentro dos limites de seus poderes delegados não por um sistema elaborado de freios e contrapesos, mas pela independência dos ramos um em relação ao outro e pela dependência de cada em relação à vontade do povo (cf. MAYER, 1994, p. 131).

Com relação à teoria da separação dos poderes proposta no Federalista e defendida pelos *framers* da Constituição norte-americana, a utilização da decisão da Suprema Corte em *Marbury vs. Madison* para sustentar a supremacia judicial na interpretação da Constituição tem sido apontada como um mal-entendido. De acordo com Devins e Fisher, a supremacia judicial passou a ser defendida nos Estados Unidos no final da década de 1950, quando a Suprema Corte, em *Cooper vs. Aaron*, decidiu pela inconstitucionalidade das medidas do então governador do Arkansas que recusavam dar cumprimento às ordens da Corte Distrital para fazer cessar a segregação racial na escola de Little Rock (DEVINS; FISHER, 2004, p. 9-12).²⁹ Nessa oportunidade, a Suprema Corte afirmou que desde *Marbury vs. Madison* o judiciário federal tem supremacia na interpretação da Constituição, entendimento este reafirmado durante a década de 1960 e em julgamentos posteriores (cf. DEVINS; FISHER, 2004, p. 9-12). Ou seja, a supremacia judicial no contexto norte-americano emerge de casos em que a Suprema Corte declarou sua própria hegemonia, não de disposições constitucionais ou da teoria constitucional dos *founding fathers*.

As teses de Jefferson a respeito da teoria da separação dos poderes e a defesa de que cada um dos poderes possui autonomia para interpretar a Constituição no que diz respeito às suas atribuições, assim como sua defesa de um

²⁹ Esse caso foi objeto de um artigo bastante polêmico escrito por Hannah Arendt, no qual a filósofa discute a desigualdade racial perante as leis norte-americanas e critica a tentativa de começar a dessegregação racial pelas escolas, haja vista isso afetar diretamente as crianças, transferindo para elas a responsabilidade da integração racial e causando um imenso constrangimento social. O fio condutor da crítica é a distinção entre o espaço público (aquele que se define pela igualdade política e no qual, portanto, qualquer espécie de desigualdade deveria ser abolida) e o espaço social (como o espaço escolar, no qual a formação de grupos e a discriminação – no sentido de diferenciação, é possível, haja vista o espaço social ser considerado um espaço de transição entre o privado e o público). Cf. ARENDT, Hannah. Reflexões sobre Little Rock. In: **Responsabilidade e Julgamento**. Edição Jerome Kohn; revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte; tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 261-281.

modelo de controle e limitação do poder político baseado na ampla participação popular, mostram que no contexto dos debates teóricos ocorridos após a aprovação da Constituição Federal de 1787 não havia suporte para que o texto constitucional fosse interpretado meramente como um documento jurídico-normativo, cuja interpretação é de competência exclusiva do poder judiciário.

Ao contrário, tais teses chamam a atenção para uma preocupação central desses pensadores, que era a discussão em torno do melhor modelo institucional para exercício das práticas democráticas. Nesse sentido, o modelo de democracia idealizado por Jefferson aproxima-se mais do defendido pelos antifederalistas do que daquele sustentado por Madison. Essas diferenças serão exploradas a seguir e, como se verá ao final deste texto, acabam sendo determinantes no que diz respeito à relação entre democracia, representação e o papel exercido pelo poder judiciário.

5 SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Não obstante a defesa feita por Madison e Hamilton a respeito da necessidade da estrutura de compensação de poder na Constituição norte-americana, as críticas antifederalistas não tardaram a incidir sobre o poder que havia sido concedido pela nova Constituição ao executivo e ao judiciário em detrimento do legislativo. A interferência recíproca entre os poderes desagradou muito os antifederalistas, que passaram a reivindicar aquilo que chamaram de *uma verdadeira separação dos poderes*, principalmente porque não acreditavam que a organização, tal qual havia sido estabelecida na Constituição, seria capaz de evitar a corrupção e assegurar a liberdade. Como observa Hannah Arendt em seu estudo sobre a Revolução Americana, a liberdade à qual se referiam era a liberdade em sentido positivo, considerada como a possibilidade de participação popular no governo, isto é, não se tratava apenas da liberdade como ausência de interferência do Estado no âmbito privado (ARENDR, 2011, p. 60/61).³⁰

Em um artigo de 05 de outubro de 1787 o antifederalista Samuel Bryan, sob o codinome “Centinel”, dirige-se aos “homens livres da Pennsylvania” e apresenta uma refutação às teses defendidas por Publius (Madison) nos números 10 e 51 do Federalista, realizando um ataque direto ao sistema de freios e contrapesos da nova

³⁰ A respeito do conceito de liberdade positiva e negativa ver: BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Editado por Henry Hardy e Roger Hausheer; prefácio de Noel Annan e introdução de Roger Hausheer; tradução de Rosaura Eichenberg; São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 226-272.

Constituição. Nesse texto, “Centinel” apresenta um dos mais elementares argumentos antifederalistas contra a estrutura política da nova Constituição, qual seja, que o sistema proposto seria incapaz de proteger a liberdade e, de forma ainda mais grave, impediria que o povo denunciasse a corrupção e a tirania dos governantes. Logo, um governo simples e responsivo seria mais adequado. Em suas palavras:

um governo republicano, ou livre, somente pode existir onde o corpo do povo é virtuoso, (...) em tal governo o povo é o soberano e seu senso ou opinião é o critério de cada medida pública, quando isso cessa, a natureza do governo é modificada, e uma aristocracia, monarquia ou despotismo se levantará sobre sua ruína (KETCHAM, 2003, p. 231).

Ele considera que o plano de governo proposto pela Constituição não tem nenhum dos requisitos essenciais do governo livre, pois não é fundado sobre os poderes equilibrados restritivos e tampouco impinge responsabilidade para seus constituintes, o que, em sua opinião, é a única segurança efetiva para a liberdade e felicidade do povo. Ao contrário, ele entende o plano como “a mais temerária tentativa de estabelecer uma aristocracia despótica entre homens livres” (KETCHAM, 2003, p. 232). Assim como muitos antifederalistas, “Centinel” discorda do papel atribuído pela nova Constituição ao legislativo. Segundo ele, o legislativo é tradicionalmente nas teorias políticas o detentor do poder soberano, o que fora radicalmente modificado pela proposta advinda da Filadélfia (cf. KETCHAM, 2003, p. 232-236).

Se o propósito dos antifederalistas era um governo com ampla participação popular na tomada de decisões públicas, o projeto dos federalistas, e notadamente de Madison, era o estabelecimento de um governo representativo, no qual as práticas democráticas estariam conectadas à participação por meio de instituições políticas nas quais deveria ocorrer uma espécie de “filtragem da virtude.”

O governo representativo de Madison é delineado no Federalista nº 10 e tem como um de seus principais objetivos evitar a tirania que, segundo o autor, ocorre quando as facções, entendidas como “um número de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, unidos e influenciados por algum impulso comum de paixão, ou de interesse”, agem de forma contrária “aos direitos de outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e agregados da sociedade” (HAMILTON *et al.*, 1987, p.123). Sendo assim, Madison delineia em uma estrutura política que deve ser capaz

de controlar os efeitos das facções, já que a sua causa, a saber, própria liberdade, não pode ser removida. Este é um dos pontos nos quais emerge o seu republicanismo aristocrático.³¹

Madison tem como pressuposto uma visão pessimista da natureza humana, a qual é suscetível a animosidades que podem despertar paixões e interesses contrários ao interesse comum (HAMILTON *et al.*, 1987, p.125).³² Por essa razão, um governo republicano precisa de boas instituições e de cidadãos virtuosos no intuito de conter esses males. Aqui, primeiramente pode ser questionado como uma teoria que parte de uma visão pessimista da natureza humana pode contar com cidadãos virtuosos, não haveria uma contradição?

Madison considera ser possível que os cidadãos apresentem virtudes e talentos, mas estas características devem ser buscadas tanto por meio de um sistema de escolha que promoverá uma espécie de filtragem social, elegendo os mais aptos, quanto por meio de uma estrutura política que dificulte a atuação de paixões e interesses. Por essa razão, alguns autores entendem que a concepção madisoniana de natureza humana não é pessimista, mas sim realista (THOMAS, 2008, p. 17).

O modelo representativo de Madison, portanto, é republicano. Mas o governo republicano deve ser entendido de forma distinta de uma democracia. Esta é definida como “uma sociedade composta por um pequeno número de cidadãos, que se reúnem e administram o governo por si mesmos”, enquanto uma república consiste em “um governo em que o esquema da representação realiza-se” (HAMILTON *et al.*, 1987, p.126). As duas principais diferenças entre estas formas de governo são que, na república, o governo é delegado a poucos cidadãos eleitos pelos demais e, além disso, o território é mais extenso e o número de cidadãos é maior. Madison acredita que essas características aprimoram o modelo da democracia pura.

A primeira diferença tem como efeito “refinar e ampliar as visões públicas passando-as através de um corpo escolhido de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor da

³¹ De acordo com Robert Dahl, o republicanismo possuiu duas vertentes, uma aristocrática, que confia o governo a um grupo seletivo por duvidar da capacidade popular de governar, e outra democrática, que confia o governo ao povo e desconfia das elites. Cf. DAHL, Robert A. **Democracy and its critics**. New Haven: Yale University Press, 1989a, p. 25/26.

³² A esse respeito ver também WILLS, Garry. **Explaining America: The Federalist**. New York: Penguin Books, 2001, p. 207.

justiça tornarão menos provável sacrificá-lo a considerações temporárias ou parciais” (HAMILTON *et al.*, 1987, p.126). Assim, acredita-se que as eleições podem selecionar entre o povo os melhores, os mais sábios e os mais virtuosos cidadãos (cf. WILLS, 2001, p. 228). A segunda diferença apontada aposta que um eleitorado numeroso e variado em composição e diversificado em interesses pode, senão evitar, ao menos dificultar a formação de facções.

A natureza da representação madisoniana é demarcada pela noção de filtro proposta pelo sistema eleitoral. Para Madison, o representante era escolhido por sua superior habilidade para discernir o bem público. Para ser eleitor federal nenhum critério censitário foi exigido. Os eleitores eram os mesmos que exerciam o direito de voto em cada estado para o poder legislativo (os estados, contudo, poderiam impor condições censitárias).³³ Para ser eleito também não havia nenhuma restrição de classe social, escolaridade ou credo, mas os eleitores deveriam optar por um cidadão “cujo mérito possa recomendá-lo à estima e confiança de seu país” (HAMILTON *et al.*, 1987, p.57).

Implícita na noção de filtro, entretanto, estava a negação do representante como mero delegado de seus constituintes. Esse foi um ponto de conflito entre federalistas e antifederalistas.³⁴ O sistema representativo delineado por Madison, e materializado na Constituição de 1787, foi recebido com críticas pelos antifederalistas, que desde cedo o acusaram de aristocrático. As críticas incidiram sobre a divisão do legislativo em duas câmaras, sobre a forma indireta de eleições e sobre o número de representantes, considerado pequeno, sobre a pouca rotatividade dos cargos e, especialmente, sobre a natureza do mandato.

Os antifederalistas consideravam que, se houvesse representação os representantes deveriam ser pelo menos diretamente responsáveis para com os seus constituintes e facilmente removíveis se assim não o fossem. Essa era a prática institucionalizada com as frequentes eleições durante o período dos Artigos da Confederação. Diferentemente de Madison que considerava o governo representativo um aprimoramento da democracia pura, os antifederalistas partiam do pressuposto de que toda representação é desvantajosa e, assim sendo, os representantes

³³ A esse respeito ver MANIN, Bernard. **Principes du gouvernement representative**. Paris: Champs Flammarion, 1996, p. 307.

³⁴ A esse respeito ver o próprio debate entre Federalistas e Antifederalistas exposto respectivamente em: HAMILTON, MADISON e JAY, **Op. Cit**; KETCHAM, **Op. Cit**.

deveriam estar o mais próximo possível de seus representados, comungando as mesmas ideias e interesses (cf. KETCHAM, 2003, p. 336-342). Por essa razão, a proposta antifederalista era de uma representação baseada na semelhança, diametralmente oposta à de Madison, baseada na diferença e na seleção dos cidadãos mais virtuosos para o exercício do governo.

O modelo representativo de Madison busca evitar a tirania das facções por meio de controles formalmente estipulados pela Constituição (representação, eleições periódicas e separação dos poderes) e por meio de controles sociais (a virtude dos cidadãos). Madison, contudo, aposta mais nos meios de controles formais do que na virtude dos cidadãos. Apesar de afirmar no Federalista nº 51 que “a dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo” a teoria política do autor deixa pouco espaço para o exercício deste controle, o qual pode se realizar apenas durante as eleições que ocorrem de tempos em tempos. Prevalece, portanto, a segunda parte da frase acima citada, qual seja: “a experiência ensinou a humanidade a necessidade de precauções auxiliares” (HAMILTON *et al.*, 1987, p.320).³⁵

A leitura do Federalista revela que tanto a Constituição norte-americana quanto o debate travado pelos teóricos da política e da Constituição naquele contexto não reduzem a Constituição a um documento jurídico-normativo, cuja interpretação é de competência exclusiva do poder judiciário. Ao contrário, assim como as demais teorias do constitucionalismo moderno, os *framers* consideram a Constituição também como uma estrutura política de organização do poder. Os impasses que surgem a respeito da supremacia judicial na interpretação da Constituição e o afastamento do legislativo, representante do povo, se devem mais ao arranjo político-institucional, que busca enfraquecer a atuação do poder legislativo, do que à autorização constitucional para a supremacia judicial. Em outras palavras, o Federalista moldou a Constituição em sua forma política e não meramente jurídica e, por conseguinte, conferiu ao povo o controle sobre o governo e a responsabilidade pela proteção dos direitos. Contudo, as instituições criadas para intermediar e refinar

³⁵ A respeito da forma de controle exercido sobre o governo na teoria política de Madison há um embate teórico entre Robert Dahl e Garry Wills. Dahl considera que a atenção de Madison repousa mais sobre os controles formais tais como o sistema representativo, as eleições periódicas e a separação dos poderes, do que na virtude do povo. Wills, por outro lado, procura demonstrar que a virtude política assume um papel relevante na estrutura política delineada por Madison. Adoto aqui a posição de Dahl a este respeito. Cf. DAHL, Robert A. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989b, pp. 13-40; WILLS, Op. Cit.

a participação popular acabaram por afastá-la.

Essa questão, todavia, como se viu no debate entre federalistas e antifederalistas, pelo menos na teoria, está longe de ser pacífica, haja vista os antifederalistas, assim como Thomas Jefferson, terem desenvolvido teses favoráveis a um modelo de separação dos poderes mais forte e com maior possibilidade de controle de cada um dos poderes por meio da participação popular na política.

Assim, por que razão e em que medida esse debate ocorrido em época e contexto tão específicos importam para a discussão da relação dos poderes nas democracias contemporâneas? Essas questões serão discutidas a seguir.

6 DEMOCRACIA, SEPARAÇÃO DOS PODERES E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A retomada do debate acerca da relação entre constituição, democracia e arranjos político-institucionais como a separação dos poderes é relevante em dois aspectos. Primeiramente, ela é uma discussão que inaugura e busca enfrentar uma questão que, após a Segunda Guerra Mundial, tem sido cada vez mais presente nas democracias constitucionais contemporâneas, a saber, o papel do poder judiciário na política (cf. FEREJOHN, 2012, p. 63-96). Em segundo lugar, os arranjos institucionais relacionados à separação dos poderes e ao modo como os poderes do Estado se relacionam são centrais para a teoria e prática da democracia. Nesse sentido, a discussão iniciada no contexto americano pelos teóricos do constitucionalismo moderno pode lançar luz sobre algumas das questões que se apresentam como problemas na atualidade.

Assim, cabe verificar em que medida as lições do Federalista podem dialogar com as questões levantadas pela assim chamada *judicialização da política* e quais as implicações que surgem para a separação dos poderes e para a democracia. Esse tema surge como objeto de estudo nos anos 1990³⁶ e em quase 20 anos de pesquisa há, tanto na área da ciência política quanto da teoria e filosofia constitucional uma gama de estudos que buscam compreender, conceituar, justificar, defender ou criticar esse fenômeno.³⁷ Não se pretende aqui retomar ou reconstruir os principais

³⁶ A esse respeito ver a discussão iniciada por Tate e Vallinder em: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

³⁷ Sem a pretensão de mencionar todas as obras que tratam dessa temática, cito algumas que podem ser consultadas: BELLAMY, Richard. *The Political Form of Constitution: the Separation of Powers, Rights*

argumentos ou posições deste debate. Ao contrário, opta-se por apresentar e discutir uma das teses de Ran Hirschl, já bastante considerada no contexto dessa discussão, segundo a qual há três níveis (ou faces) da política judicializada, sendo que enquanto a primeira e a segunda são justificáveis e de certa forma não incompatíveis com a separação dos poderes e com as práticas democráticas, a última, por adentrar em questões para as quais as diretrizes constitucionais são escassas, acaba por tratar de temas eminentemente políticos e, desse modo, compromete a separação dos poderes e a própria democracia (cf. HIRSCHL, 2012, p. 131-167; HIRSCHL, 2004).

A primeira face da política judicializada, segundo Hirschl, pode ser descrita como a *judicialização das relações sociais*, uma vez que deriva da “crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação do moderno estado do bem-estar social e seus numerosos órgãos e regulamentos” (HIRSCHL, 2012, p. 134). Trata-se da expansão do discurso, das normas e dos procedimentos jurídicos para as relações sociais e políticas. Tal como explicado por sociólogos como Weber e Durkheim, com o aumento da complexidade das sociedades o direito passa a ser o responsável pela coesão social, haja vista o enfraquecimento dos laços sociais.

A segunda face da política judicializada é marcada pela atuação do poder

and Representative Democracy. **Political Studies**, 1996, XLIV, pp. 436-456; BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: A republican defense of the constitutionality of democracy**. New York: Cambridge University Press, 2007. BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013, pp.175-220. CITTADINO, Giselle. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna (Org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp. 17-42; CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105, jul./dez. 2004. HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy: The origins and consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2004. HIRCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. In: Luiz Moreira (Org). **Judicialização da Política**, São Paulo: 22 Editorial, 2012. KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 96, jul. 2013, pp. 69-85; KOERNER, Andrei. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez. 2013, p. 681-711. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 67, 2002, pp. 114-134. KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: **Revista Direito GV**, vol. 8 nº 1, Jan-jun 2012, pp. 59-86. KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004. MOREIRA, Luiz. **Judicialização da Política** (Org). São Paulo: 22 Editorial, 2012. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, pp. 1346-1406.

judiciário na criação de políticas públicas, o que se verifica em duas hipóteses. A primeira define-se pela jurisprudência de direitos, quando as decisões judiciais acabam por concretizar direitos fundamentais individuais ou sociais (liberdades civis básicas, devido processo legal, acesso à saúde, por exemplo). Esta hipótese é considerada por Hirschl uma espécie de *judicialização vinda de baixo*, pois coloca a ênfase na justiça processual e na imparcialidade formal dos processos decisórios. Isso significa que embora os direitos estejam assegurados constitucionalmente, sua eficácia social muitas vezes está atrelada à possibilidade de se recorrer ao poder judiciário para que sejam de fato respeitados. A segunda hipótese caracteriza-se pela atuação do poder judiciário na revisão administrativa por meio de decisões a respeito de conflitos e competências entre órgãos do Estado, como a separação dos poderes ou a relação entre entes federados. Aqui, partindo de normas básicas do direito contratual, constitucional e administrativo o poder judiciário supervisiona atos dos demais poderes no intuito de garantir a aplicação do devido processo legal, da igualdade de oportunidades, de transparência e da responsabilidade na elaboração e execução de políticas públicas, tais como tributação, licitações, planejamento urbano, entre outras (HIRSCHL, 2012, p. 136/137).

A terceira face da política judicializada é caracterizada pela atuação do poder judiciário naquilo que Hirschl chama de *megapolítica ou política pura*, isto é, “controvérsias políticas essenciais que definem (e com frequência dividem) Estados inteiros” (HIRSCHL, 2012, p. 138). Desse modo, os tribunais passam a enfrentar questões políticas que dizem respeito não apenas aos direitos fundamentais, ao federalismo ou aos conflitos entre os poderes.

De acordo com o autor, a judicialização da megapolítica caracteriza-se pela transferência para os tribunais de questões tais como: *decisões sobre processos eleitorais* (quando os tribunais são chamados não apenas a fiscalizar a retidão do processo eleitoral, mas também a decidir questões como fundos partidários e financiamento de campanhas, veiculação de propaganda eleitoral, aprovação ou interdição de partidos políticos e candidatos e, principalmente, a decidir o resultado final em litígios sobre eleições como, por exemplo, nos EUA em 2004 o caso *George W. Bush v. Al Gore*, no México em 2006 o caso *Andres Manuel Lopez Obrador v. Felipe Calderón* e, na Itália em 2006 o caso *Silvio Berlusconi v. Romano Prodi*, além de outros casos nos quais o resultado eleitoral foi definido por tribunais); *prerrogativas do poder executivo nos campos do planejamento macroeconômico ou*

de questões de segurança nacional (como, por exemplo, a Corte Suprema da Argentina que, em 2004, aceitou apreciar a constitucionalidade do plano governamental de *pesificação* – caso *corralito*, ou ainda a Suprema Corte de Israel que julgou a constitucionalidade e a compatibilidade com o direito internacional do Muro da Cisjordânia, que havia sido construído no intuito de separar o território israelense do palestino); *corroboração de mudança de regime* (trata-se da validação ou invalidação judicial de mudanças de regime político como, por exemplo, em 1996 na África do Sul, quando o tribunal constitucional se recusou a aceitar uma constituição fruto do trabalho de uma assembleia nacional constituinte representativa ou, também, em 2000, quando a Suprema Corte do Paquistão validou o golpe militar de 1999); *justiça de transição ou restaurativa* (trata-se de decisões que versam sobre a transição de um regime autocrático para a democracia e a judicialização dessas questões pode ser vista em casos como o da África do Sul pós- apartheid em 1996, quando a Suprema Corte julgou constitucional a anistia por confissão, ou seja, anistia para aqueles que tivessem confessado crimes cometidos durante o apartheid; ou ainda os julgamentos, por tribunais constitucionais na Europa pós-comunismo, de autoridades que cometeram crimes contra os direitos humanos); *questões que são a razão de ser da política*, pertinentes à formação de identidades coletivas como conflitos étnicos, linguísticos e religiosos (como, por exemplo, as apreciações da Corte Constitucional de Israel sobre como se define *quem é judeu*, isto é, quais são os imigrantes que se qualificam para receber os benefícios estatais ou, ainda, a apreciação, pela Suprema Corte Canadense, do status do bilinguismo e do futuro político do Quebec caso venha a ser reivindicada a secessão) (HIRSCHL, 2012, p. 140-156).

A distinção entre a segunda e a terceira face da judicialização, segundo Hirschl “consiste, em parte, na distinção qualitativa entre, por um lado, questões de justiça processual e, por outro, dilemas morais substantivos ou dilemas políticos divisores de água que a nação inteira enfrenta” (HIRSCHL, 2012, p. 139). Desse modo, não se trata de uma distinção fácil de ser realizada. Contudo, não obstante as dificuldades, sociedades que almejam fortalecer sua democracia e a participação popular nas decisões políticas precisam tentar traçar limites entre essas faces da judicialização, haja vista os problemas que podem ser trazidos para a própria democracia.

A judicialização da política possui, segundo Hirschl, determinantes que

também são políticos (HIRSCHL, 2012, p. 157-167). Tais determinantes podem também ser associados a consequências negativas para as práticas democráticas, gerando uma espécie de círculo vicioso. Por um lado, a transferência de credibilidade, por parte da população (indivíduos, movimentos sociais, ativistas políticos, grupos de interesse) de instituições políticas para instituições jurídicas pode ser apontada como um dos determinantes deste tipo de judicialização. Por outro lado, essa transferência de credibilidade também implica a transferência de responsabilidades de instituições representativas e, portanto, responsabilizáveis politicamente perante a população, para o poder judiciário. Representantes eleitos podem esquivar-se de enfrentar questões polêmicas, embora genuinamente políticas, tais como eutanásia ou reforma agrária, entre outras, porque seu posicionamento perante tais questões pode implicar a perda de votos no próximo pleito eleitoral.

Ainda no âmbito dos problemas que a judicialização pode trazer para as práticas democráticas encontra-se a utilização do poder judiciário por oposições políticas no intuito de fazer política por outros meios. Nesse sentido, oposições políticas insatisfeitas com o resultado de decisões majoritárias alcançadas dentro do poder legislativo representativo podem buscar a reversão de tal decisão via judiciário. Há também a possibilidade de oposições fazerem uso do poder judiciário para atrapalhar ou obstruir projetos de governo ou, ainda, oposições podem tentar apenas recorrer ao judiciário para aumentar sua exposição na mídia.

O recurso ao poder judiciário pode ainda burlar ou sobrepor-se às práticas democráticas quando grupos hegemônicos com grande influência e poder político sentem-se ameaçados de perder o controle sobre o poder político e apostam que, delegando questões relevante à decisão judicial (sejam estas questões relativas a substância, isto é, direitos ou visões de mundo divergentes, seja em relação aos processos democráticos de alternância partidária no governo), aumentam suas chances de fazer prevalecer suas preferências, principalmente se tais preferências passam a ser contestadas no espaço político de decisões majoritárias.

Independentemente de qual dos determinantes acima mencionados leva um Estado à judicialização da megapolítica, a conclusão alcançada por Hirschl é que tal espécie de judicialização não está pautada meramente no ativismo judicial, ou seja, na intenção de juízes em expandir o seu poder por meio do julgamento de questões políticas (HIRSCHL, 2012, p. 157). De modo diverso, tal espécie de judicialização apenas ocorre com a conivência e até mesmo a participação de grupos políticos que

visualizam a possibilidade de que seus interesses sejam melhor defendidos e protegidos dentro do judiciário do que em esferas representativas.

Segundo ele, isso se verifica em casos nos quais o ativismo judicial indesejado sofreu reações decisivas na esfera política, tanto por meio de anulações legislativas de sentenças controvertidas, como por meio de novas nomeações para a composição dos tribunais e/ou alteração da duração dos mandatos judiciais ou, ainda, pela implementação postergada de tais decisões (HIRSCHL, 2012, p. 161-165). É exatamente esta configuração, segundo a qual a política judicializada expande a atuação dos tribunais superiores da esfera política para além dos direitos constitucionais e das questões relacionadas ao conflito entre as atribuições dos poderes e órgãos públicos, principalmente com apoio de grupos com interesse político, que Hirschl chama de *juristocracia* (HIRSCHL, 2004).

Sendo assim, quando questões genuinamente políticas passam a ser decididas dentro de cortes constitucionais, é inevitável observar que as atribuições que competem a cada um dos poderes estão fortemente embaralhadas. Ao afirmar isto não se está fazendo referência a um ideal de teoria pura da separação dos poderes, pois é certo, como exposto na parte inicial deste texto, que nem mesmo Montesquieu visualizou esta possibilidade, e após o desenho institucional proposto na Constituição Federal norte-americana de 1787, o sistema de freios e contrapesos e a noção de controle e interferência recíproca de cada um dos poderes nas atribuições dos demais consagrou-se nas teorias constitucionais.

Esse embaralhamento das atribuições, entretanto, pode trazer sérios prejuízos para as práticas democráticas, prejuízos que vão desde a transferência de responsabilidades de representantes eleitos para juízes não eleitos, como o uso político das instituições jurídicas, retirando a possibilidade de interferência da população nos próprios rumos da política em seu país.

Tendo em vista a separação dos poderes e as práticas democráticas e, retornando a estas questões a partir do estudo do Federalista, pode-se considerar que as teses dos *framers*, confrontadas com os problemas advindos com a chamada *judicialização da megapolítica*, legaram às sociedades contemporâneas uma lição positiva e outra negativa, sendo que ambas podem ser creditadas a Madison.

Por um lado, a defesa madisoniana (e também jeffersoniana) de que cada um dos poderes é responsável e última autoridade na interpretação da constituição naquilo que diz respeito às suas atribuições, pode ser um elemento importante a ser

recuperado para a discussão da judicialização da megapolítica. Juristas e cientistas políticos contemporâneos já têm começado a elaborar teorias normativas nas quais sugerem um novo desenho institucional que assegure ao poder judiciário, por exemplo, a possibilidade de declarar a legislação sob análise incompatível com a Constituição, devolvendo-a ao poder legislativo para reapreciação, ao invés de declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente invalidade.³⁸ Essa seria a lição positiva.

Por outro lado, muitos dos problemas atribuídos à democracia representativa atual, cuja anunciada crise é um dos elementos que contribuem para a transferência da credibilidade dos cidadãos de instituições políticas para instituições jurídicas, estão relacionados à sua incapacidade de lidar adequadamente com os anseios da sociedade, estejam estes anseios relacionados à proteção e à concretização de direitos, estejam eles relacionados à transparência nas ações políticas e à ausência de corrupção e/ou à interlocução com as novas reivindicações políticas e sociais.

Tais problemas praticamente surgem com o modelo de governo representativo proposto na modernidade, o qual foi herdado pelos Estados contemporâneos sem muitas modificações (cf. URBINATI, 2006, p. 20 e ss). Aqui jaz a lição negativa do legado madisoniano. O governo representativo delineado por Madison no *Federalista* é o protótipo de um modelo de representação elitista, pautada na escolha, feita pelos próprios cidadãos, de uma aristocracia natural de virtudes e de talentos superiores (cf. MANIN, 1996). Nesse modelo, o objetivo principal era reduzir a influência do poder legislativo, assim como sua permeabilidade às pressões e reivindicações populares. Isso dificulta o controle político dos eleitores sobre os seus representantes, haja vista o próprio controle político e a interferência dos cidadãos nos rumos da vida pública ocorrerem predominantemente apenas durante as eleições periódicas.

Todavia, um desenho institucional diferente poderia permitir também outro tipo de controle popular sobre os eleitos, conferindo maior possibilidade de responsabilização durante o mandato, o que, por sua vez, apaziguaria, entre os

³⁸ A este respeito ver, por exemplo, a proposta de Jeremy Waldron em *The Core of the Case Against Judicial Review*. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, pp. 1346-1406, de Richard Bellamy em: **Political Constitutionalism: A republican defense of the constitutionality of democracy**. New York: Cambridge University Press, 2007, assim como de Luiz Moreira em: **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, pp. 5-10.

cidadãos, o sentimento de que suas manifestações e reivindicações direcionadas para a política não são ouvidas, ou não surtem nenhum efeito.³⁹

CONCLUSÃO

O Federalista é um dos principais textos da teoria política e do constitucionalismo modernos. Nele foram desenvolvidas teorias e argumentos de grande relevância para o debate político e jurídico tanto de sua época quanto da atualidade, haja vista que as teses lá contidas são com frequência revisitadas e reavaliadas por teóricos hodiernos.

Esse estudo buscou analisar alguns pontos centrais do Federalista, tais como a teoria da separação dos poderes, o papel do poder judiciário, o modelo de representação proposto e a relação que se estabelece entre essas instituições e a democracia a fim de confrontá-los com questões que se colocam para as teorias atuais, principalmente tendo em vista a discussão a respeito da judicialização da política.

Como visto, a Constituição norte-americana de 1787, cujos princípios são explicados e defendidos no Federalista, no que diz respeito à separação dos poderes e à democracia, teve por objetivo a elaboração de uma estrutura de compensação do poder político. Sendo assim, dois sistemas de divisão e controle do poder foram propostos: a divisão entre governo Federal e governos Estaduais e, também, a divisão e o estabelecimento de controles mútuos entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, de modo que os ramos considerados detentores de maior poder social deveriam ter sua atuação mais restringida ou controlada pelos demais poderes, ao passo que aqueles ramos com menor poder social deveriam ser fortalecidos. Desse modo, o poder legislativo, que era mais numeroso e mais próximo ao povo, foi enfraquecido com o bicameralismo e o veto presidencial sobre a legislação aprovada, enquanto o executivo e o judiciário, embora também passíveis

³⁹ Na modernidade, ao lado do modelo de democracia representativa eleitoral e elitista contido nas teorias de Madison e de Sieyes surgiu também um modelo de democracia representativa participativa, capitaneado por Thomas Paine e por Condorcet. Esse modelo pode ser analisado nos seguintes textos dos autores, respectivamente: PAINE, Thomas. **Political Writings**. Edited by Bruce Kuklick. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat. **Escritos político-constitucionais**. Organização, tradução e apresentação de Amaro de Oliveira Fleck e Cristina Foroni Consani. Campinas: Editora da Unicamp, 2013. Para uma análise mais aprofundada da relação entre direito e política no constitucionalismo moderno e contemporâneo ver: CONSANI, Cristina Foroni. **O Paradoxo da democracia constitucional: uma análise da tensão entre o direito e a política a partir da filosofia política e constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

de controle mútuo, foram fortalecidos.

Uma das grandes contribuições do Federalista para a teoria constitucional moderna e contemporânea foi a afirmação da supremacia constitucional. Como Hamilton enfatizou no Federalista nº 78, os poderes delegados não podem agir de modo contrário ao teor da comissão que lhes foi atribuída, haja vista que a vontade dos representantes do povo não pode ser contrária à vontade do próprio povo, expressa na Constituição. Contudo, embora das disposições do Federalista se infira a supremacia constitucional, delas não se pode inferir a supremacia judicial. Uma leitura abrangente do Federalista mostra que predominou entre os *framers* o entendimento segundo o qual cada um dos poderes tinha igual responsabilidade na interpretação constitucional em questões pertinentes às suas atribuições. O posicionamento de Madison em seus escritos políticos posteriores ao Federalista não deixa dúvidas de seu entendimento a este respeito e o próprio Hamilton afirmou que a interpretação da constituição é uma atribuição *própria* e não *exclusiva* das cortes. A decisão do juiz Marshall em *Marbury v. Madison* reforça a ideia de supremacia constitucional sem, contudo, declarar a supremacia judicial, o que vem a ocorrer quando a Suprema Corte norte-americana passa a afirmar sua própria supremacia em meados do século XX.

O Federalista, por meio das teses madisonianas, também apresenta uma proposta de democracia representativa, que modela o que se pode chamar de democracia elitista e eleitoral. É elitista na medida em que propõe a seleção dos melhores cidadãos, em virtudes e talentos. É eleitoral porque afastou dos cidadãos a possibilidade de exercer controle político sobre seus representantes exceto durante as eleições periódicas, promovendo o afastamento da ampla participação popular no controle e tomada de decisões políticas.

Ao confrontar essas principais teses com os problemas oriundos daquilo que Ran Hirschl chama de judicialização da megapolítica, isto é, de questões políticas para as quais existem escassas ou nenhuma orientação no texto constitucional para balizar uma decisão judicial, considera-se que o Federalista, ou uma releitura de suas propostas e problemas, possui duas contribuições relevantes.

Primeiramente, no que diz respeito à relação entre os poderes, a retomada de uma posição, como aquela adotada por Madison, segundo a qual cada um dos poderes deve ser responsável pela interpretação da Constituição no que diz respeito às suas atribuições, contribuiria para evitar a transferência de responsabilidades de

representantes eleitos para membros do poder judiciário não eleitos e, portanto, não passíveis de responsabilização política.

Em segundo lugar, reformulando o modelo de democracia representativa herdado da modernidade, que tem na proposta madisoniana que integra o Federalista um de seus principais exemplos, e complementando este modelo com canais de participação direta dos cidadãos na tomada de decisões públicas, poder-se-ia, de certo modo, resgatar a credibilidade de indivíduos, movimentos sociais e ativistas políticos nas instituições políticas.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Edição Jerome Kohn; revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte; tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Sobre a Revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Free Press, 1966.

BELLAMY, Richard. The Political Form of Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy. **Political Studies**, 1996, XLIV, pp. 436-456;

_____. **Political Constitutionalism: A republican defense of the constitutionality of democracy**. New York: Cambridge University Press, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte no combate à ampliação da democracia. In: **Lua Nova**, nº 89, 2013, pp. 107-134.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Editado por Henry Hardy e Roger Hausheer; prefácio de Noel Annan e introdução de Roger Hausheer; tradução de Rosaura Eichenberg; São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 226-272.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013, pp.175-220.

BURT, Robert A. **The Constitution in Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

CITTADINO, Giselle. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna (Org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp. 17-42.

_____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105, jul./dez. 2004.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat. **Escritos político-constitucionais**. Organização, tradução e apresentação de Amaro de Oliveira Fleck e Cristina Foroni Consani. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

CONSANI, Cristina Foroni. **O Paradoxo da democracia constitucional: uma análise da tensão entre o direito e a política a partir da filosofia política e constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DAHL, Robert A. **Democracy and its critics**. New Haven: Yale University Press, 1989a.

_____. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989b.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. **The democratic constitution**. New York: Oxford University Press, 2004.

FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: Luiz Moreira (Org). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, pp. 63-96.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. In: Luiz Moreira (Org). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, pp. 131-167.

_____. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2004.

JAUME, Lucien. **La liberté et la loi: les origines philosophiques du libéralisme**. Paris, Librairie Arthème Fayard, 2000.

JEFFERSON, Thomas. **Life and Selected Writings of Thomas Jefferson**. Edited by A. Koch and W. Paden. New York, 1944.

_____. **Letter to John Dickinson**, December 19, 1801.
<http://www.constitution.org/tj/jeff10.txt>

_____. **The Portable Thomas Jefferson**. Edited by Merrill D. Peterson, Penguin Books, 1977.

KRAMNICK, Isaac. Editor's Introduction. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 237-298.

KETCHAM, Ralph (Org.). **The Anti-federalist Papers and the Constitutional Convention Debates**. Edited and with an introduction by Ralph Ketcham. New York: Signet Classic, 2003.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 96, jul. 2013, pp. 69-85.

_____. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez. 2013, p. 681-711.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: **Revista Direito GV**, vol. 8 nº 1, Jan-jun 2012, pp. 59-86.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Edited by Peter Laslett. New York: Cambridge University Press, 1988.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 67, 2002, pp. 114-134.

MADISON, **Speech in Congress on Presidential Removal Power, June 16, 1789**. In: http://www.constitution.org/jm/17890616_removal.htm

MADISON, **Speech in Congress Opposing the National Bank, February 2, 1791**. In: http://www.constitution.org/jm/17910202_bank.htm

MANIN, Bernard. **Principes du gouvernement representative**. Paris: Champs Flammarion, 1996.

MAYER, David N. **The Constitutional Thought of Thomas Jefferson**. University Press of Virginia, 1994.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis** (Os Pensadores). Introdução e notas de Gonzague Truc; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rorigues. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MOREIRA, Luiz. **Judicialização da Política** (Org). São Paulo: 22 Editorial, 2012.

PAINE, Thomas. **Political Writings**. Edited by Bruce Kuklick. Cambridge: Cambridge University Press, 2009

THOMAS, George. **The Madisonian Constitution**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

URBINATI, Nadia. **Representative Democracy. Principles and Genealogy**. Chicago: Chicago University Press, 2006.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, pp. 1346-1406.

WILLS, Garry. **Explaining America: The Federalist**. New York: Penguin Books, 2001.

WOOD, Gordon. **The Creation of the American Republic 1776-1787**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1998.

Recebido em 31/08/2014
Aprovado em 23/02/2015
Received in 31/08/2014
Approved in 23/02/2015