

PEDRO BUCK AVELINO

**CONSTITUCIONALISMO:
DEFINIÇÃO E ORIGEM**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP
SÃO PAULO
2007

PEDRO BUCK AVELINO

**CONSTITUCIONALISMO:
DEFINIÇÃO E ORIGEM**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado – Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. André Ramos Tavares.

PUC/SP
SÃO PAULO
2007

Banca Examinadora

Dedico a presente dissertação ao meu avô, Fernando Buck.

Agradeço aos co-autores da obra (com a ressalva de que as falhas são de minha responsabilidade), minha família: minha mãe, meu pai, Jacques de Oliveira Germano Jr., minha avó e meus tios, Fernando Carlos e Maurício.

Agradeço, também, aos meus amigos que, carinhosamente, leram os originais e deram preciosos palpites: Carla Osmo, Dimitri Sales, Mateus Piva e Thiago Alonso.

Agradeço, por fim, ao André e à Beatriz, por me trazerem, lá do estrangeiro, grande parte da bibliografia desta dissertação.

“As SIR ROGER TWYDEN said in the seventeenth century, ‘*The world, now above 5,500 years old, hath found means to limit kings, but never yet any republicue.*’” (MCILWAIN, 1977: 138; ênfase acrescentada).

Resumo

O presente trabalho nasceu de uma inquietação do autor com a definição, recorrente, de que o constitucionalismo seria um mero contraponto às monarquias absolutistas.

Ciente de que esta concepção é assaz simplista e que sua origem, em grande parte, se encontra na influência da doutrina francesa sobre os manualistas brasileiros, o autor pretendeu identificar uma nova conceituação mais precisa do fenômeno e que pudesse ser justificável ou sustentável em face da origem histórica do constitucionalismo, que se dá nos Estados Unidos, pós-Independência.

O resultado de sua perquirição foi a definição de constitucionalismo como uma técnica de limitação do governo que se preocupa, essencialmente, com a figura do poder legislativo, com a supremacia do Parlamento.

Abstract

This *paper* has its origin in the author's doubt about the usual definition of constitutionalism, which tends to identify such phenomenon with the movement against the absolute monarchies.

Aware that such conception is extremely simple and that its origin lays, greatly, in the influence that the French doctrine has upon the Brazilian scholars, the author intended, in this *paper*, to identify a new definition, one more precise about the phenomenon and that could be justifiable or sustainable upon the historical origin of the constitutionalism, which happens in the United States, after de Independence.

The result of his research was the definition of constitutionalism as a technique that tends to limit the government, but which has a major concern with the legislature, with the supremacy of the Parliament.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Apresentação do problema e da proposta da dissertação de mestrado	1
2. Metodologia discursiva da presente dissertação	3
Bibliografia da seção	5
CAPÍTULO I :NOÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO MODERNO	7
1. Conceito de Constitucionalismo: dificuldade de precisão	7
2. Constitucionalismo antigo e moderno: superação desta classificação	15
Bibliografia da seção	19
CAPÍTULO II: CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO	22
1. Prolegômeno	22
2. Os três períodos	22
2.1. O período de 1761	22
2.2. O período da <i>politics of liberty</i>	25
2.2.1. Noções iniciais.....	25
2.2.2. A tirania da democracia e a queda do legislativo.....	29
2.2.3. Leis <i>ex post facto</i> e a abolição dos contratos.....	37
2.3. 1787-1788: A Convenção de Filadélfia	44
2.3.1. Implicações do período da <i>politics of liberty</i>	44
2.3.2. A concepção política dos <i>Founding Fathers</i> : a aristocracia natural.....	47
2.3.2.1. O Senado e a Presidência: o uso do <i>filtering principle</i>	49
2.3.2.2. A figura do Judiciário.....	63
Bibliografia da seção	67
CAPÍTULO III: CRÍTICAS À CONSTITUIÇÃO DE 1787: OS ANTIFEDERALISTAS	68
1. O “momento mágico”: a santificação dos legisladores iniciais	68
2. Os Antifederalistas	71
2.1. A crítica ao <i>filtering principle</i>	76
2.2. A crítica ao Judiciário?.....	77
2.3. O debate econômico.....	78
2.4. Conclusão parcial.....	83
Bibliografia da seção	84
CAPÍTULO IV: A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: BEARD E O “CHOQUE DE SUA VIDA”	85
1. BEARD e os semi-deuses de JEFFERSON	85
2. Os interesses econômicos por detrás do movimento federalista	85
3. As críticas a BEARD	96
4. A importância de seu estudo para o constitucionalismo	98
Bibliografia da seção	99
CONCLUSÃO	100
BIBLIOGRAFIA FINAL	103

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do problema e da proposta da dissertação de mestrado

A origem do fenômeno do constitucionalismo dito moderno, em razão de uma prática reducionista, é invariavelmente relacionada a ideais antiabsolutistas. Esta é a tônica nos diversos manuais de Direito Constitucional.

PAULO BONAVIDES, por exemplo, ao tratar da gênese da figura do direito constitucional, ou *diritto costituzionale*¹, precisou que tal é “criação diletta das ideologias antiabsolutistas” (2004: 37). Trilha esta mesma senda DALMO DE ABREU DALLARI, ao afirmar que a origem do constitucionalismo pode ser sentida em 1215, quando se assinou a Magna Carta, aproximando-se de uma concepção de Estado submetido a um “governo de leis, não de homens” (DALLARI, 2000: 198).

Ou seja, a Constituição – produto dileto do constitucionalismo – apresentava-se, exatamente, como uma antítese aos Estados absolutistas, despóticos. Nesse sentido, para que um documento normativo se afigurasse como Constituição, não bastava que o mesmo estruturasse e organizasse o Estado. Era necessário que tal documento impossibilitasse, vedasse, ademais, a existência do Estado monárquico despótico, absolutista. Acrescentou-se, portanto, à noção de Constituição, um elemento altamente ideológico, de cunho liberal².

Tanto foi assim que, como bem lembra PAULO BONAVIDES, duas modalidades de Constituição surgiram. Uma dita *verdadeira e legítima*, por encerrar em seu bojo o elemento ideológico, a saber, a vedação ao absolutismo. Outra, alcunhada como sociológica ou fática, por se situar em Estados absolutistas e, desta forma, apenas organizar a estrutura político-estatal (BONAVIDES, 2004: 38).

Este juízo de identidade entre constitucionalismo e contrariedade às monarquias absolutistas, contudo, pode estar equivocado. E é este equívoco que a presente monografia de mestrado pretende explorar. A premissa é uma única: havia diversas outras instituições político-filosóficas capazes de, por si só, se contraporem às

¹ Italianismo utilizado em razão de o termo, segundo o autor, ter nascido ao norte da Península italiana.

² Neste sentido, SCHOCHET (In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 6-7). Sobre o constitucionalismo como antítese ao Estado absolutista: “Em sua forma moderna, o constitucionalismo foi uma grande vitória do ataque individualista ao absolutismo europeu.” (SCHOCHET, In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 7).

monarquias absolutistas. O Estado de direito, centrado na figura da lei e na razão humana, por exemplo, poderia muito bem se afigurar exatamente como o contraponto necessário às monarquias absolutistas. É dizer, uma concepção Estatal vocacionada à supremacia do Parlamento, à Assembléia Legislativa, por si só, já seria suficiente para se suplantar os ideais monárquicos absolutistas.

Nesse sentido, leva-se a crer que o constitucionalismo veio a contrabalancear outra construção política, quiçá aquela construção que tenha sido erigida exatamente para cercear os Estados absolutistas.

Qual seria, então, o fundamento do constitucionalismo moderno?

A presente dissertação se preocupará, eminentemente, com esta indagação. Frise-se, desde o início, que a fonte doutrinária do estudo que ora se inicia é a norte-americana.

A explicação para isso é simples. O reducionismo a que se mencionou nos primeiros parágrafos acima é, em grande parte, fruto da influência da doutrina francesa nos estudos constitucionais brasileiros. Influência esta que busca encetar, no constitucionalismo, os princípios ideológicos da Revolução Francesa, a qual, desnecessário dizer, se preocupava, quase que única e exclusivamente, com a sua própria monarquia absolutista. Percebe-se, por exemplo, a intensidade desta influência nos seguintes dizeres de DALLARI (2000: 198):

“Com efeito, embora a primeira Constituição escrita tenha sido a do Estado de Virgínia, de 1776, e a primeira posta em prática tenha sido a dos Estados Unidos da América, de 1787, foi a francesa, de 1789/1791, que teve maior repercussão.”

Não deixa de causar estranheza esta afirmação, na medida em que: i) a Constituição Francesa de 1791³ teve duração ínfima de 2 anos; ii) no âmbito constitucional brasileiro, ter sido a Constituição norte-americana uma das mais influentes, em razão da atuação conhecida de RUI BARBOSA; iii) a Constituição francesa ter sido influenciada pela própria Constituição americana, assim como as demais constituições européias. Quanto a este último ponto, MCILWAIN:

“In its modern form, constitutionalism was a major accomplishment of the individualist attack on European absolutism.”

³ Importante mencionar, ainda, que a própria Constituição de 1791 foi ironizada pelo britânico ARTHUR YOUNG. É dele a famosa frase “como se a constituição fosse um pudim que pudesse ser feito de acordo com uma receita.” (*apud* KEOHANE, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 47).

“as if a constitution was a pudding to made by a receipt.”

“Constituições escritas, definindo e limitando governos, desde então, têm sido a regra geral em quase todo o mundo constitucional. O precedente disto, *primeiramente desenvolvido na américa do norte*, foi naturalizado na França e daí retransmitido para grande parte do continente europeu, do qual se espalhou, por vontade própria, atualmente, para parte do oriente.”⁴ (1977:14; ênfase acrescentada).

Sobre esta mesma questão, e com muito mais força, HENKIN, o qual, ademais de lembrar que, muito embora a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão tenha ajudado a espalhar a idéia de direitos inerentes em todo o mundo, tal pegou emprestado esta idéia dos instrumentos americanos (In. ROSENFELD, 1994: 39, n. 2), afirma:

“A Constituição dos Estados Unidos tem sido uma inspiração para as outras. Ela espalhou a idéia de direitos humanos inerentes, e sua carta de direitos [bill of rights] serviu como uma fonte e um modelo. Os conceitos dos Estados Unidos de monitoramento e de revisão constitucional foram amplamente imitados. Acima de tudo, os Estados Unidos estabeleceram um exemplo de sucesso de ‘cultura’ do constitucionalismo.”⁵ (HENKIN, In. ROSENFELD, 1994: 42-43).

De mais a mais, como se pretende superar um paradigma doutrinário, não se pode buscar a chave da superação na origem deste mesmo paradigma – francês – que se almeja suplantar.

2. Metodologia discursiva da presente dissertação

Em regra, aconselha-se, equivocadamente, que a introdução há de ser escrita, *paradoxalmente*, em último lugar, posteriormente, inclusive, à conclusão (NUNES, 1999: 73). A justificativa, para tanto, é que a introdução há de refletir a visão completa da obra, da monografia, algo que somente poderá ser obtido após o término da respectiva pesquisa científica.

⁴ “Written constitutions creating, defining, and limiting governments since then have been the general rule in almost the whole of the constitutional world. The precedent for these, first developed in North America, was naturalized in France and from there transmitted to most of the continent of Europe, from which it has spread in our own day to much of the Orient.”

⁵ “The United States Constitution has been an inspiration to others. It spread the idea of inherent human rights, and its Bill of Rights served as a source and a model. The United States concepts of constitutional monitoring and constitutional review have been widely imitated. Above all, the United States has set an example of a successful ‘culture’ of constitutionalism.”

Diz-se que há um paradoxo nesta sugestão em razão de, i) a introdução pretender lançar, apenas, as premissas iniciais da pesquisa e; ii) em virtude de a boa técnica de desenvolvimento de monografias aconselhar o não aprofundamento teórico das questões que serão abordadas (NUNES, 1999: 72).

Na introdução, há que se levantar, apenas, as premissas teóricas da monografia, levantamento este que deve independe do resultado final. O panorama geral do estudo há de ser levado em consideração em um outro momento, ao término da monografia. Nas conclusões. Momento este que, também, se afigurará como o mais indicado, adequado, para constatar ou não a legitimidade do questionamento inicial.

Na presente dissertação, colocou-se em questionamento o juízo de identidade que *pretensamente* há entre constitucionalismo moderno e ideais contrários à monarquia absolutista. Esta é a premissa inicial da pesquisa científica que se pretende desenvolver. Se o questionamento ora aventado encontrará fundamentação ao término do presente estudo, tal é de somenos importância para fins da elaboração da introdução. Cabe a esta inculcar no interlocutor as mesmas indagações e perturbações que acometeram o autor da monografia. Se a introdução for escrita ao final, corre-se o risco de as indagações não mais estarem presentes e, com isto, fazer com que a introdução perca a sua finalidade e seja, de certa forma, um resumo mecânico do que se gastou páginas e páginas para se escrever.

Diante do que foi dito, tem-se a introdução acima, que apresenta a premissa inicial e o presente item, em que se desmembra a estrutura imaginada pelo mestrando para o desenvolvimento de sua pesquisa científica. Adiante-se, contudo, que este desmembramento poderá sofrer alterações, quando do decorrer da pesquisa.

Imaginou-se o seguinte:

- I) **Capítulo 1: Noção de Constitucionalismo moderno.** Neste tópico, haverá uma preocupação conceitual com os elementos da presente monografia. Pretender-se-á conceituar o Constitucionalismo moderno;
- II) **Capítulo 2: Constitucionalismo Norte-Americano:** Neste capítulo, estudar-se-á a Convenção de Filadélfia, os acontecimentos que suscitaram o seu acontecimento e, principalmente, os fundamentos teóricos e práticos de alguns dos dispositivos constitucionais do documento que resultou deste encontro. Este capítulo será dividido em tantos outros sub-tópicos.

- III) **Capítulo 3: Hamilton e Madison.** Aqui, discorrer-se-á sobre o posicionamento ideológico dos dois principais autores da Constituição norte-americana e dos *Federalist Papers*.
- IV) **Capítulo 4: Charles Beard e sua visão da Constituição de 1787.** Capítulo destinado ao estudo do principal identificador da predisposição elitista dos constituintes de 1787
- V) **Capítulo 5: Oposicionistas a Beard.** Compilação de críticas a Beard.
- VI) **Conclusões**

Frise-se, aqui, que esta estruturação inicial poderá sofrer as alterações que o autor reputar necessárias. Para os eventuais interlocutores, recomenda-se a leitura do índice, de forma a verificar o que foi mantido e/ou alterado.

De mais a mais, espera-se, aqui, deixar plasmadas as intenções iniciais do autor.

Por fim, ressalta-se, como já foi visto, que quase toda a pesquisa se debruçará sobre bibliografia norte-americana. Em razão deste peculiar fato, as citações estrangeiras, traduzidas pelo autor, manterão a redação original em rodapé. Com isto, ter-se-á assegurado ao interessado o acesso aos originais, de forma que este possa atestar ou não a veracidade da tradução.

Em virtude de na nota de rodapé quedar a redação original dos textos que forem traduzidos, aquelas notas que contiveram outras informações que não a redação original terão, em sua chamada, um asterisco. Sempre que, ao lado da chamada de rodapé houver um asterisco, constará da nota de rodapé maiores informações.

BIBLIOGRAFIA DA SEÇÃO

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HENKIN, Louis. “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”. In. ROSENFELD, Michael (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994. Bibliografia: 39-53.

KEOHANE, Nannerl O. “Claude de Seyssel and Sixteenth-Century Constitutionalism in France”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 47-83.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1977.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de Monografia Jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHOCHET, Gordon J. “Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 1-15.

CAPÍTULO I

NOÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO MODERNO

1. Conceito de constitucionalismo: dificuldade de precisão

Antes que se dê início ao estudo próprio da noção de constitucionalismo moderno, há que se tentar – ao menos – apontar uma definição relativamente precisa de constitucionalismo. Adiante-se, desde já, que não é tarefa das mais fáceis, por um sem-número de motivos, muito embora, conforme bem lembre HENKIN (In. ROSENFELD, 1994: 40), tratemos do assunto como se seu conceito fosse evidente e facilmente vislumbrável.

A dificuldade da tarefa é apontada, inicialmente, por GREY:

“Constitucionalismo é um destes conceitos, evocativo e persuasivo em sua conotação, mas ao mesmo tempo nebuloso em seu conteúdo analítico e descritivo, que, ao mesmo tempo, enriquece e confunde o discurso político.”⁶ (In PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 189).

E tal dificuldade tem como ponto inicial a ausência de obras ou estudos que pretendam estudar, propriamente, o conceito de constitucionalismo. Conforme bem lembra SCHOCHET:

“Ao que sei, não há publicado um estudo rigoroso e profundo do conceito de constitucionalismo; trabalhos sobre o assunto são, primariamente, históricos ou políticos [referia-se a CHARLES HOWARD MCILWAIN e CARL J. FRIEDRICH].”⁷ (In PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 9)

Dificulta-se, ainda mais, a tarefa, a existência de diversos conceitos não consolidados de constitucionalismo (Cf. MATTEUCCI, 1986: 246; TAVARES, 2005: 1), em que se produz uma verdadeira confusão entre diversos institutos. Não por outro motivo é que a doutrina anglo-saxã, em sua maioria, evita precisar o sentido de constitucionalismo, preferindo dar-lhe uma conotação mais abrangente, enquanto teoria

⁶ “Constitutionalism is one of those concepts, evocative and persuasive in its connotations yet cloudy in its analytic and descriptive content, which at once enrich and confuse political discourse.”

⁷ “To my knowledge, no rigorously comprehensive conceptual study of constitutionalism has been published; work on the subject has been primarily historical and political.”

constitucional. Este é, por exemplo, o posicionamento de ALEXANDER (2005: 1), ao discorrer acerca do sem-número de questões *filosóficas* que se refeririam à figura do constitucionalismo, tal como a questão da legitimidade de uma Constituição; a diferença entre a Constituição e a norma de reconhecimento de HART ou entre a primeira e as demais leis; o processo histórico de elaboração de uma determinada constituição^{8*} e; sua interpretação.

Como exemplo de confusão entre institutos, tem-se a identidade entre constitucionalismo e a própria figura da Constituição (escrita) – seu produto -, como se fossem uma única e mesma coisa:

“Constitucionalismo é comumente identificado com uma Constituição escrita, mesmo que nem todos os textos constitucionais estejam atrelados aos princípios e sirvam aos fins do constitucionalismo.”⁹ (HENKIN, In. ROSENFELD, 1994: 40-41)

MCILWAIN, por exemplo, embora tenha obra específica sobre o assunto, *Constitutionalism: Ancient & Modern*, não procura distinguir constitucionalismo de constituição e, invariavelmente, trata ambos como uma única e mesa coisa^{10*}.

Outra polêmica reside na corriqueira definição de constitucionalismo enquanto governo de leis (MATTEUCCI, 1986: 248). MCILWAIN, por exemplo, incide nesta definição, ao aventar a polêmica que se instaurava no mundo, em 1939:

“Nunca em sua longa história o princípio do constitucionalismo foi tão questionado como o é atualmente, nunca ocorreu de o ataque sobre este ter sido tão determinante ou ameaçador como o é agora. *O mundo está tremendo na balança entre o ordenado processo legal e o processo da força, que aparenta ser mais rápido e eficiente.*” (MCILWAIN, 1977: 1; ênfase acrescentada)¹¹.

⁸ Nesse sentido, vide KENYON, *Constitutionalism in Revolutionary America* (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 84 e ss).

⁹ “Constitutionalism is commonly identified with a written constitution, yet not all constitutional texts are committed to the principles and serve the ends of constitutionalism.”

¹⁰ A despreocupação conceitual de MCILWAIN também é criticada por SCHOCHET (In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 14-15, notas 10 e 21).

¹¹ “For perhaps never in its long history has the principle of constitutionalism been so questioned as it is questioned today, never have the attack upon it been so determined or so threatening as it is just now. The world is trembling in the balance between the orderly procedure of law and the processes of force which seem so much more quick and effective.”

Percebe-se, para o autor, que o princípio do constitucionalismo está amplamente relacionado como o *ordenado processo legal*^{12*}. Este posicionamento é por ele reiterado, mais adiante:

“Todo governo constitucional é, por definição, governo limitado. *Constitucionalismo possui uma qualidade essencial: é uma limitação legal ao governo*; é a antítese à ordem arbitrária; seu oposto é governo despótico; o governo da vontade em vez do [governo] da lei.

“(…) Mas o mais antigo, mais persistente e duradouro dos elementos essenciais do verdadeiro constitucionalismo ainda permanece como o que esteve presente desde o início, *a limitação do governo pela lei*. ‘Limitações constitucionais’, se não for a parte mais importante do nosso constitucionalismo, é, indubitavelmente, a mais antiga.” (1977: 21-22; ênfase acrescentada)¹³.

E assim também o faz CANOTILHO, ao tratar do modelo histórico de constitucionalismo:

“A ‘soberania do parlamento’ exprimirá também a ideia de que o ‘poder supremo’ deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. *Esta ideia estará na génese de um princípio básico do constitucionalismo: the rule of law*.” (2002: 56; ênfase acrescentada).

Para GREY, contudo, tal definição de constitucionalismo é uma definição simplória e inconsistente (1979: 189)^{14*}. A inconsistência pode ser explicada pelo fato de o constitucionalismo, nesse sentido, não se apartar de outros institutos, a saber, do Estado de Direito, da ideia do *rule of law*^{15*}. Há, portanto, nesta conceituação, uma

¹² SIGMUND critica MCILWAIN exatamente por este tratar o fenômeno do constitucionalismo como se fora, apenas, “um outro nome para o rule of law” (In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 34).

¹³ “All constitutional government is by definition limited government. (...) constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government; the government of will instead of law.

“(…)“but the most ancient, the most persistent, and the most lasting of the essentials of true constitutionalism still remains what it has been most from the beginning, the limitation of government by law. ‘Constitutional limitations’, if not the most important part of our constitutionalism, are beyond doubt the most ancient.”.

¹⁴ Este autor, contudo, adotando um posicionamento extremado de WITTGENSTEIN, rejeita qualquer tentativa de definição de constitucionalismo: “não há razão para supor que uma análise conceitual adequada do constitucionalismo produzirá uma definição (...). O foco em definições leva a uma acalorada disputa verbal ou a uma ordem oficial mascarada como uma descoberta ou análise.” (1979: 190-191).

“there is no reason to suppose that an adequate conceptual analysis of constitutionalism must produce a *definition* (...). The focus on definition leads to largely verbal dispute, or to stipulative fiat masquerading as discovery or analysis.”.

¹⁵ SCHOCHET distingue constitucionalismo da ideia de *rule of law*: “Lutas por liberdades pessoais e pela fuga de regimes políticos arbitrários foram os elementos mais corriqueiros da história da Europa Ocidental e da América, desde o século XVI. Os princípios fundamentais de um governo limitado do

confusão, um juízo de identidade entre Constitucionalismo, Estado de Direito, *rule of law* e *Rechtsstaat*. A confusão entre constitucionalismo e Estado de direito faz com que, inclusive, diversos autores repute a figura da Constituição como essencial para a definição do próprio Estado de Direito.

Confirmam a veracidade do que foi dito, SUNDFELD (2000: 38) e, principalmente, BOBBIO, o qual afirma que:

“Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (*as leis fundamentais ou constitucionais*) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder.” (1990:18; ênfase acrescentada)

Quanto ao juízo de identidade entre constitucionalismo e *rule of law*, percebe-se a dificuldade da doutrina em conceituá-los separadamente, na medida em que esta, por vezes, trata com estranheza eventual tendência em apartá-los. Nesse sentido é a menção de BENNETT à revolução norte-americana:

“Aos homens da revolução que falavam em constituições estaduais e na defesa de sua versão federal, *este constitucionalismo significava mais do que rule of law.*”¹⁶ (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 210; ênfase acrescentada).

Mas, por quê haveria esta confusão entre institutos? A resposta, quiçá, esteja na finalidade do constitucionalismo (se a definição deste é de difícil obtenção, talvez seja mais pacífica a delimitação de sua função), a saber, a de assegurar aos cidadãos o exercício de seus direitos, limitando a intromissão do Estado nestes (Cf.

constitucionalismo e o rule of law (que o governo existe para buscar determinados fins e apenas funciona propriamente de acordo com regras especificadas) emergiram como os ideais operativos destas lutas.” (SCHOCHET, In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 1).

“Struggles for personal freedoms and for escape from arbitrary political rule have been among the conspicuous features of the history of Western Europe and America since the sixteenth century. Constitutionalism’s fundamental principles of limited government and the rule of law (that governments exist only to serve specified ends and properly function only according to specified rules) emerged as the operative ideals of these struggles.”.

Cumpra mencionar, contudo, que, para o autor, constitucionalismo está a significar, apenas, *limitação do governo* – sem qualquer menção a ideais tais como *lei natural* e *ordem cósmica das coisas* (SCHOCHET, In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 10). Infere-se disto, ao que tudo indica, que, para ele, o rule of law não traz em seu bojo o intuito de limitar o governo.

¹⁶ “And to the men of the Revolution speaking in state constitutionalism meant more than a rule of law.”.

MATTEUCCI, 1986: 247-248)^{17*}. CANOTILHO parece compartilhar deste ponto de vista, ao afirmar que:

“Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o *princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará *uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.” (2002: 51; ênfase acrescentada)^{18*}.

E tal finalidade faz com que haja uma confusão com os demais institutos que compartilhem desta mesma função, como é o caso do Estado de Direito, do *rule of law*. Diante disto, é necessário que se procure identificar um elemento peculiar ao constitucionalismo, que o aparte dos demais institutos que lhe sejam semelhantes quanto à finalidade. É esta a preocupação de MATTEUCCI e que se faz repetir neste tópico:

“é preciso definir tipologicamente, com base na história, as diversas soluções que, na qualidade de meios, têm sido oferecidas para alcançar tal fim e foram formalizadas mediante conceitos outros que não o de Constitucionalismo, como o da separação dos poderes, garantia, Estado de Direito ou Rechtsstaat e Rule of Law. *Trata por isso de saber se o Constitucionalismo hoje, sem negar estas experiências do passado, tem um significado particular e específico*. (MATTEUCCI, 1986: 248; ênfase acrescentada).

Para MATTEUCCI (1986: 255), não se pode negar a influência do princípio da primazia da lei^{19*} para a definição de constitucionalismo^{20*}. Contudo, o que lhe é

¹⁷ JOHN DICKINSON (KENYON, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 86-87) parece defender outra finalidade para o constitucionalismo, a saber, a busca da felicidade. Contudo, este ponto de vista, por assim dizer, romântico, não se aparta do aqui sugerido, tendo em vista que a limitação do governo, de forma a proteger os direitos do cidadão, pode, muito bem, ser considerada como condição para a obtenção da felicidade.

¹⁸ Diz-se que a origem desta definição está em CARL J. FRIEDRICH, o qual, em sua obra *Constitutional Government and Politics*, definiu por constitucionalismo a “técnica de estabelecer e manter limitações efetivas sobre atos políticos e governamentais.” (*apud* GERMINO, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 21-22). “technique of establishing and maintaining effective restraints on political and government action.”

¹⁹ Por cautela, considere-se Lei, aqui, tanto a positiva como a dita consuetudinária. Desta feita, não se pode afastar a Inglaterra deste princípio.

²⁰ Nesse sentido, também, RICHARD KAY, conforme LARRY ALEXANDER (2005: 4): “Constitucionalismo implementa a primazia da lei [*rule of law*]: traz a predicabilidade e a segurança para a relação entre indivíduo e governo, ao definir, previamente, os poderes e limites do governo.” “Constitutionalism implements the rule of law: it brings about predictability and security in the relations of individuals to the government by defining in advance the powers and limits of that government.”

peculiar é a sua previsão de formas que assegurassem o controle do poder político e, concomitantemente, o respeito, por parte dos órgãos públicos, às leis:

“A descoberta e aplicação concreta desses meios [de controle do poder político e de assegurar o respeito à lei] é própria, pelo contrário, do Constitucionalismo moderno: deve-se particularmente aos ingleses, em um século de transição como foi o século XVII, quando as Cortes judiciárias proclamaram a superioridade das leis fundamentais sobre as do Parlamento, e aos americanos, em fins do século XVIII, quando iniciaram a codificação do direito constitucional e instituíram aquela moderna forma de Governo democrático, sobre o qual ainda vivem.” (MATTEUCCI, 1986: 255)

Pode-se dizer, então, que o fenômeno do constitucionalismo carrega em seu bojo os elementos centrais do Estado de direito e do *rule of law*, mas, distingue-se destes na medida em que passa a prever formas efetivas de se assegurar o respeito à lei e, principalmente, passa a superar as falhas do próprio Estado de Direito, o qual se encontra amplamente centralizado na figura do Parlamento ou das Assembléias Gerais. Tal falha, na definição precisa de MATTEUCCI (1986: 252), é a seguinte:

“se o Estado de direito é só um modo de exercer o poder, o direito não constituirá um verdadeiro e eficaz limite a tal poder, mas será apenas o modo dele se externar, podendo-se chegar, assim, sem paradoxos a uma forma de despotismo jurídico.”.

Confirma esta falha, muito embora sem a considerar como tanto, SIR ROBERT FILMER:

“Nunca houve, e nunca poderá ocorrer que pessoas sejam governadas sem um poder de fazer leis, e todo o poder de fazer leis deve ser arbitrário: pois fazer leis de acordo com leis é uma *contradictio in adjecto*.”²¹ (*apud* SCHOCHET, In. PENNOCK; CHAPMAN, 1979: 12).

Já no âmbito das democracias ou dos governos populares, marcante é a frase de STORING:

²¹ “There never was, nor ever can be any people governed without a power of making laws, and every power of making laws must be arbitrary: for to make a law according to law, is *contradiction in adjecto*.”.

“A facção da Maioria é um perigo particular no governo popular porque precisamente sobre o governo popular as maiorias podem tyrannizar sob a cobertura da lei.”²² (1981: 39).

Por fim, sobre o despotismo jurídico, que acarretou na crise de desconfiança quanto ao Parlamento, bem aponta TAVARES que:

“O abuso praticado pela lei (pelo legislador) foi responsável pela mudança do modelo ‘legalista’. Esse abuso, em boa parte, decorria do excesso de leis na regulamentação da vida social, de sua indesejada intromissão em setores anteriormente ressaltados, do emaranhado e dispersividade das leis, gerando a insegurança, bem como da falência qualitativa verificada como constante nas leis.” (2005: 42-43).

O constitucionalismo busca superar o despotismo jurídico por meio de duas formas (três, esporadicamente). A primeira, principal, é a criação de uma Lei superior à decorrente do Poder Legislativo, de uma *paramount law*^{23*}, que dará ensejo às Constituições escritas, detentoras de maior rigidez, estabilidade^{24*}. A segunda é a transferência do foco político do Poder Legislativo para o poder judiciário^{25*} (Cf. MATTEUCCI, 1986: 256), cabendo a este último, ou ao órgão que lhe faça as vezes, assegurar o respeito à *paramount law*^{26*}. A terceira, não mencionada por MATTEUCCI, e

²² “Majority faction is the particular danger of popular government precisely because under popular government majorities can tyrannize under the cover of the law.”.

²³ Nesse sentido, KAY (In. ALEXANDER (ed.), 2005: 16): “a idéia central, forjada na fundação dos Estados Unidos, de o poder público controlado pela aplicação de uma lei superior está presente em qualquer lugar em que diga que há um governo constitucional.”.

“the central idea, forged in the American founding, of public power controlled by enforcement of a superior law is present everywhere constitutional government is proclaimed.”.

²⁴ Nesse sentido, ALEXANDER, citando posicionamento de KAY: “Constitucionalismo prefere a constância de um único e privilegiado julgamento sobre poderes, direitos e liberdades, à inconstância das cambiáveis decisões democráticas.” (2005: 4-5).

“Constitutionalism prefers the constancy of a single privileged judgment about powers, rights, and liberties to the inconstancy of shifting democratic decisions.”.

O próprio autor citado reza que: “Constitucionalismo é averso ao risco no sentido em que prefere a desconfortável ação estatal rigidamente limitada à possibilidade de o governo ultrapassar o aceitável ao lidar com novas circunstâncias e, desta feita, restringir, desnecessariamente, ações privadas.” (KAY, In. ALEXANDER (ed.), 2005: 24).

“Constitutionalism is risk-averse in the sense that it prefers the awkwardness of rigidly bound state action to the possibility that the government will overshoot the mark in dealing with the new circumstances and thus needlessly restrict private action.”.

A centralidade da estabilidade na concepção de constitucionalismo é repetido por KAY mais de uma vez (In. ALEXANDER (ed.), 2005: 27).

²⁵ Obviamente que esta transferência sucitará, nos tempos atuais, o temor do despotismo do judiciário, em substituição ao despotismo jurídico. Esta questão, contudo, não nos interessa no presente momento e, tampouco, para os fins do estudo que ora se desenvolve.

²⁶ A aplicação deste elemento de controle, inclusive, à Inglaterra, pode ser percebida na seguinte frase de JAMES OTIS: “Se o supremo legislativo se equivoca, ele é informado pelo supremo executivo nas cortes de justiça do Rei... Isto é um governo, isto é uma constituição.” (*apud* MCILWAIN, 1977: 10). Ressalte-se,

que esteve presente na mente dos *framers* da Constituição dos EUA, foi a criação de um Poder Executivo enérgico, capaz de vetar proposições normativas do legislativo, e da divisão deste poder em dois órgãos (bicameralismo), havendo uma câmara de representantes (*House of Representatives*) e o Senado, de maior duração temporal e, teoricamente, composto de homens mais capazes que o primeiro órgão, o que, portanto, compensaria a eventual mediocridade da *House of Representatives*^{27*} (Frise-se, aqui, que esta forma de controle do despotismo jurídico é peculiar da realidade norte-americana do século XVIII-XIX).

Sinteticamente, então, pode-se conceituar o fenômeno do constitucionalismo como uma técnica de limitação do governo, igual a tantas outras existentes, tais como Estado de Direito e *rule of law*, com a finalidade de assegurar aos cidadãos o exercício de seus direitos, em face de pretensos governos arbitrários, mas que se diferencia das demais técnicas, na medida em que insere em sua alçada de controle, igualmente, a figura da lei (enquanto produto do legislativo). Nesse exato sentido, tem-se a afirmação de KAY, ao citar RAZ e os elementos que este autor vislumbra em um *rule of law*. Segue a íntegra:

“As vantagens de se lidar com um poder pré-definido são associáveis àquelas geralmente associadas com o ‘rule of law’. JOSEPH RAZ identificou um grupo de proposições geralmente associadas a tal idéia:

‘1. Todas as leis devem ser prospectivas, abertas e claras ... 2. Leis devem ser relativamente estáveis... 3. A elaboração de leis particulares [particular – no original -, sugere-se, desta feita, leis concretas] ... deve ser guiada por regras abertas, estáveis, claras e gerais ... 4. A independência do judiciário deve ser garantida...’

“*Enquanto uma constituição em vigor não seja indispensável para a criação de um regime vinculado a tais proposições, a presença de uma constituição estende tais características ao próprio processo legislativo.*”²⁸ (KAY, In. ALEXANDER (ed.), 2005: 22; ênfase acrescentada).

apenas, que esta prática era usual somente no século XVII. No século XVIII, a supremacia do parlamento passa a ser a regra.

“If the supreme legislative errs, it is informed by the supreme executive in the King’s courts of law... This is government! This is a constitution.”

²⁷ Os motivos que ensejaram tais medidas, como, por exemplo, o Parlamento de 7 anos inglês e o período da ‘politics of liberty’, que acometeu o Estados Unidos de 1776 a 1787, será analisado posteriormente.

²⁸ “The advantages of dealing with predefined power are akin to those more generally associated with the ‘rule of law’. Joseph Raz has identified a cluster of propositions generally associated with that idea:

‘1. All laws should be prospective, open, and clear... 2. Laws should be relatively stable... 3. The making of particular laws... should be guided by open, stable and clear general rules... 4. The independence of the judiciary must be guaranteed...’

“While an enacted constitution is not indispensable to the creation of a regime adhering to these propositions, the presence of such a constitution extends these features to the lawmaking power itself.”

Pode-se avançar, ainda mais, e afirmar que o constitucionalismo tem uma preocupação específica com um dos elementos do governo, a saber, o Poder Legislativo^{29*}. Este elemento ideológico também pode ser reputado como um fator de distinção entre constitucionalismo e outras técnicas de limitação do governo.

O Estado de Direito, por exemplo, se preocupava, eminentemente, com o Poder Executivo, daí dizer que o Estado de direito é a antítese às monarquias absolutas. O constitucionalismo, por sua vez, se preocupa com o Poder Legislativo, daí dizer que tal é a antítese ao princípio da supremacia do parlamento. Tanto é assim que já se chegou a dizer que, no século XVIII, a Inglaterra não possuía qualquer Constituição,

“porquê o povo havia concedido todo o poder ao legislativo, permitindo que tudo aquilo por ele editado fosse tanto legal como constitucional.”³⁰
(WOOD, 1972: 267).

2. Constitucionalismo antigo e moderno: superação desta classificação

Uma das principais decorrências da definição acima estabelecida reside na superação da classificação histórica de constitucionalismo. O estudo do período paleolítico, jurássico, da antiguidade clássica, da idade média^{31*}, somente terá utilidade em sua tarefa de identificar os elementos institucionais históricos que vieram a compor o constitucionalismo. A concepção moderna de constitucionalismo, trazida por MCILWAIN, e, posteriormente, repetida por diversos autores, inclusive por MATTEUCCI (1986: 255), perderá sua necessidade, diante da inexistência de um constitucionalismo antigo. Há, apenas, a figura do constitucionalismo. Não se pode falar, na idade média, em constitucionalismo, em razão da limitação legal do governo. Este tipo de limitação,

²⁹ Em sentido *aparentemente* contrário, HENKIN (1994, In. ROSENFELD, 1994: 44, n. 16), o qual afirma que a supremacia do parlamento já foi o orgulho da ideologia constitucional.

³⁰ “The English certainly had none, for the people had given up all their power to the legislature, allowing whatever it enacted to be both legal and constitutional.”

³¹ O pretenso constitucionalismo da idade média se fazia sentir na necessidade de a vontade do príncipe ter de se conformar com a *Lex Regia*: “Justiniano é uma doutrina absolutista. A de BRACON parece ser uma clara vocalização do constitucionalismo. No primeiro, a vontade do príncipe é efetivamente a lei, no segundo é apenas a promulgação autorizativa, feita pelo rei, daquilo que o magnata declara ser o costume antigo. (...). Então, diz os textos de BRACON, é apenas quando a expressão da vontade do príncipe está em conformidade com a *lex regia* que a vontade se tornará uma lei vinculante” (MCILWAIN, 1977: 71-72). “Justinian’s is a doctrine of practical absolutism; Bracton’s seems to be a clear assertion of constitutionalism. In the one the prince’s will actually is law, in the other it is only the authoritative promulgation by the king of what the magnates declare to be the ancient custom. (...). Thus, says our text

quer seja por não prever um controle específico do Poder Legislativo, quer seja por não estipular uma distinção hierárquica entre espécies normativas, há de ser reputado como uma limitação própria do instituto do Estado de direito ou do *rule of law*. É uma outra concepção teórica de limitação governamental, que não a encampada pelo modelo do constitucionalismo.

Com isto, também, idéias tais como a defendida por CANOTILHO^{32*}, que distingue três modelos estanques de compreensão do constitucionalismo, tal como o histórico ou britânico, individualista ou francês e o estadualista ou norte-americano, tornam-se desnecessários e/ou insuficientes. Será reputado como constitucionalismo todo movimento que tenha tentado limitar o governo, mas mais precisamente o Poder Legislativo, prevendo-se, ainda, uma distinção hierárquica entre leis fundamentais (normas constitucionais^{33*}) e ordinárias, e formas de se assegurar a manutenção da hierarquia prevista. Enfim, torna-se contraproducente fazer menção a diferentes modelos de compreensão do constitucionalismo. Há um único modelo, preliminar e composto pelos elementos acima mencionados, que, é certo, poderá ser temperado com outros elementos, aí sim advindos de uma ou outra peculiaridade histórico-regional^{34*}.

No que se refere à distinção entre constitucionalismo antigo e moderno, tal, conforme dito, foi encampada por MCLWAIN. A noção vetusta de constitucionalismo carregava, em seu bojo, todas as leis, instituições e costumes, direcionados ao bem comum, que compunham um determinado sistema social e ao qual havia aquiescido a população. BOLINGBROKE é quem define, pontualmente, esta concepção vetusta de constitucionalismo^{35*}:

“Por Constituição nós queremos dizer, sempre que falamos com propriedade e exatidão, aquela reunião de leis, instituições e costumes, derivados de certos princípios fixos da razão, que se direcionam a certos objetos determinados de bem público, que compõem o sistema geral, de

of Bracton, it is only when an expression of the prince's will is in conformity with this *lex regia* that his will becomes a binding law.”

³² Segundo ele, “Se o *constitucionalismo* é uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, parece aceitável a abordagem desta teoria através de *modelos*” (CANOTILHO, 2002: 55). Outros autores defendem teorias semelhantes, como é o caso de HENKIN (In. ROSENFELD (ed.) 1994: 34)

³³ Que podem ser extralegais (e, nesse sentido, não escritas) ou não. Nesse sentido, vide GREY (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 191-195)

³⁴ Cita-se, aqui, a conjugação entre Constituição e separação de poderes, outra técnica de limitação do governo, e que é típica do modelo constitucional francês. A idéia de governo misto, típica do modelo dito britânico, é outro exemplo.

³⁵ Frise-se, aqui, que ele faz menção à figura da Constituição e não, propriamente, ao constitucionalismo. Trata-se, aqui, da confusão já mencionada entre constitucionalismo e seu dito produto.

acordo com o qual a comunidade consentiu em ser governada.”³⁶ (*apud* MCILWAIN, 1977: 3).

Também sobre o assunto, o próprio MCILWAIN:

“De fato, a noção tradicional de constitucionalismo anteriormente ao século dezoito era o de um grupo de princípios presentes^{37*} nas instituições de uma nação e de nenhuma maneira externa a esta e, tampouco, lhe era anterior. Um Estado constitucional era aquele que houvesse preservado *uma herança de instituições livres*.”³⁸ (MCILWAIN, 1977: 12; ênfase acrescentada).

Já a concepção moderna de constitucionalismo, ao menos a sua versão inicial (quicá rascunho), e que foi idealizada por TOM PAINE, traz a participação ativa do povo na elaboração do documento constitucional. Outra diferença diz respeito às conseqüências de um ato governamental que desrespeite o documento constitucional. Para a antiga versão, tal ato apenas serve para atestar que o governo não é um bom governo. Para a concepção moderna, tal ato é um ato de “poder sem direito” (Cf. MCILWAIN, 1977: 3).

Contudo, nos termos do que foi proposto no tópico anterior, este movimento, ao qual se alcunha de constitucionalismo antigo, não poderá manter este epíteto, tendo em vista que, embora seja uma forma de limitação do governo e, inclusive, do próprio Poder Legislativo, tal não traz em seu bojo qualquer previsão de controle dos atos do governo, que assegure, desta feita, o respeito aos institutos, aos princípios arraigados no bojo social. Tanto não o traz que o eventual desrespeito a tais instituições apenas fazem com que o governo seja reputado como um mal governo.

Sobre esta falha, MCILWAIN^{39*}:

³⁶ “By Constitution we mean, whenever we speak with property and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed.”

³⁷ A título de curiosidade, cumpre mencionar que tais princípios, que compunham a noção de fundamental law, geravam diversos debates quanto ao seu conteúdo. Para o rei da Inglaterra, tais princípios eram aqueles que suportavam suas prerrogativas reais. Para os opositores, é claro, tais princípios eram compostos pelas exatas limitações à prerrogativa real, tal como a que buscava evitar a criação de tributos sem a aprovação do parlamento, ou “no taxation without sanction of the parliament” (MCILWAIN, 1977: 13).

³⁸ “In fact, the traditional notion of constitutionalism before the late eighteenth century was of a set of principles embodied in the institutions of a nation and neither external to these nor in existence prior to them. A constitutional state was one that had preserved an inheritance of free institutions.”.

³⁹ Embora o autor identifique esta falha, ele se nega a rechaçar a existência de constitucionalismo nesta época. O motivo para tanto é simples. O controle efetivo do poder, tal como exercido atualmente, para ele não é importante para fins da sua definição do constitucionalismo.

“Conforme vimos, a fraqueza fundamental de todo o constitucionalismo medieval está em sua incapacidade de aplicar qualquer penalidade, exceto por meio da ameaça do exercício de revolução, contra um príncipe que tenha pisado em cima dos direitos de seus súditos, os quais seguramente se encontram longe do âmbito de sua legítima autoridade.”^{40*} (1977: 93).

Para o mesmo autor acima, sanções ao descumprimento às leis que assegurem os direitos dos cidadãos são características próprias da figura do constitucionalismo *moderno* (MCLWAIN, 1977: 123).

De mais a mais, pode-se citar, também, a crítica de WOOD à concepção de BOLINGBROKE de constituição (de constitucionalismo). Para ele, a concepção inglesa de constituição não se diferenciava de um simples sistema legal:

“Para BLACKSTONE e para o inglês, em geral, não poderia haver qualquer distinção entre a ‘constituição ou moldura de um governo’ e o ‘sistema das leis’. Tudo era uma única coisa: todo ato do Parlamento era, em algum sentido, parte da constituição, e toda a lei, costumeira ou escrita, era, então, constitucional. ‘A Constituição’, escreveu WILLIAM PALEY, (...), ‘é uma divisão principal, cabeça, seção, ou título do código das leis públicas, distinguida das demais apenas pela natureza particular, ou importância superior do seu assunto, de que trata. Desta feita, os termos *constitucional* e *inconstitucional* significam *legal* e *ilegal*.’”⁴¹ (WOOD, 1972: 261)

Ademais, pode-se afastar o constitucionalismo do exemplo britânico, ao menos no do século XVIII, tendo em vista a despreocupação da Inglaterra com o poder do parlamento, conforme bem lembra WOOD, citando HULME:

“E ainda assim seus ancestrais ingleses, aparentemente, não tomaram qualquer medida para limitar o poder dos representantes do povo, provavelmente porque ‘eles nunca imaginaram que o representante

⁴⁰ “As we have seen, the fundamental weakness of all medieval constitutionalism lay in its failure to enforce any penalty, except the threat or the exercise of revolutionary force, against a prince who actually trampled under foot those rights of his subjects which undoubtedly lay beyond the scope of his legitimate authority”.

Neste exato sentido, SCHOCHET (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 2).

⁴¹ “For BLACKSTONE and for Englishmen generally there could be no distinction between the ‘constitution or frame of the government’ and the ‘system of laws’. All were one: every act of Parliament was in a sense a part of the constitution, and all law, customary and statutory, was thus constitutional. ‘The constitution’, wrote WILLIAM PALEY, (...), ‘is one principal division, head, section, or title of the code of public laws, distinguished from the rest only by the particular nature, or superior importance of the subject, of which it treats. Therefore the terms *constitutional* and *unconstitutional*, mean *legal* and *illegal*.’”

poderia algum dia possuir um interesse distinto do seu representado, ou que vantagens pecuniárias poderiam superar, em seu peito, o bem público.’.”⁴² (1972: 266).

Infere-se, a partir do que foi dito, que o que se chama de constitucionalismo moderno, para os fins desta dissertação, há de ser chamado, meramente, de constitucionalismo. O adendo *moderno* é extirpado. Todas as aparições anteriores, que não traziam presente os elementos elencados no tópico acima se afiguravam, mais precisamente, como uma outra técnica de limitação do governo. Sobre o caráter fictício do constitucionalismo dito antigo, SCHOCHET:

“A habilidade legal dos governos em ignorar as balizas constitucionais era insuperável; desta feita, a presunção de que o constitucionalismo existiu, de fato, anteriormente ao período moderno é algo como uma ficção.”⁴³ (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 2-3).

Daí, então, o porquê de se mencionar, neste tópico, a superação da distinção entre constitucionalismo antigo e clássico. Há um único, apenas, e que se inicia com o movimento revolucionário norte-americano, mais precisamente com a Convenção de Filadélfia, e sobre o qual se tratará no tópico vindouro.

BIBLIOGRAFIA DA SEÇÃO

ALEXANDER, Larry. “Introduction”. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Bibliografia: 1-15.

BENNET, William J. “A Comment on Cecelia Kenyon’s ‘Constitutionalism in Revolutionary America’”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 210- 214.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, 3a ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1990.

⁴² “And yet their English ancestors had apparently made no provision for limiting the power of the people’s representatives, probably because ‘they never imagined that the representative could ever possess an interest distinct from that of his constituent, or that pecuniary advantage could outweigh the public good in his breast.’”

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- GERMINO, Dante. “Carl J. Friedrich on Constitutionalism”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 19-31.
- GREY, Thomas C. “Constitutionalism: an analytic framework”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (ed.). *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 189-209.
- HENKIN, Louis. “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”. In. ROSENFELD, Michael. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994. Bibliografia: 39-53.
- KAY, Richard S. “American Constitutionalism”. In. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Bibliografia: 16-63.
- KENYON, Cecelia M. “Constitutionalism in Revolutionary America”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 84 – 121.
- MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1977.
- SCHOCHET, Gordon J. “Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 1-15.
- SIGMUND, Paul. “Carl Friedrich’s Contribution to the Theory of Constitutionalism-Comparative Government.”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 32-43.

⁴³ “The legal ability of governors to ignore constitutional standards was insurmountable, and thus the presumption that constitutionalism actually existed before the early modern period is something of a fiction.”.

STORING, Herbert J. *What the Anti-Federalists Were For: the political thought of the opponents of the Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. New York: The Norton Library, 1972.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO

1. Prolegômeno

O movimento que resultou no constitucionalismo norte-americano, e que é alcunhado como *constitucionalismo revolucionário* (cf. KENYON, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 85), divide-se em três períodos.

O primeiro tem início em 1761 e dura até 1775-1776. Pelas datas que compõem o período inicial, percebe-se que tal compreende o processo de independência das treze colônias.

O segundo período, por sua vez, vai de 1776 a 1780 (cf. KENYON, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 85), ou de 1776 a 1787, caso se prefira alocar neste segundo momento o período do “politics of liberty” (vide KRAMNIK, In MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 16-28), ou aquele tratado por WOOD em sua obra magna *The Creation of the American Republic*.

O derradeiro compreende o lapso temporal entre 1787-88, é dizer, o momento em que se elaborou e se ratificou a Constituição Federal norte-americana. Importante ressaltar que, entre o segundo e terceiro período, as concepções políticas são profundamente distintas (Cf. WOOD, 1972: viii)

Para fins desta dissertação, os dois últimos períodos é que serão objeto de profundo estudo, principalmente o segundo. Os motivos ficarão evidentes posteriormente.

2. Os três períodos

2.1. O período de 1761

A importância deste período, para os fins deste estudo, não reside, cumpre ressaltar de início, na preparação das 13 colônias norte-americanas para a sua declaração de independência.

Elementos históricos tais como a consciência dos colonos de que a sociedade inglesa entrava em franca decadência (Cf. WOOD, 1972: 28-36), ou de que os

colonos lutavam pelos princípios “constitucionais” da Inglaterra (Cf. WOOD, 1972: 3-17), têm pouca importância para o presente estudo.

O que é merecedor de destaque, neste período em específico, é a tomada de consciência progressiva dos colonos norte-americanos de que a concepção inglesa de constituição era insatisfatória. O constitucionalismo dito antigo, ao reunir todas as instituições inglesas, quer leis escritas quer leis costumeiras, findava por se confundir, simplesmente, com o mero sistema legal geral inglês. Isto fazia com que leis escritas (*statutes*), provenientes do parlamento, mesmo que atentatórias aos costumes ingleses, se encontrassem protegidas no bojo deste “constitucionalismo”. Desnecessário dizer que, com isto, o parlamento passou a ostentar um efetivo caráter absolutista. Sobre o assunto, WOOD:

“O parlamento, como os eventos, o debate inglês, e BLACKSTONE tornaram evidente, não era mais apenas a maior corte dentre as demais, no país, mas havia, na verdade, se tornado o criador soberano de leis do reino, cujo poder, ainda que arbitrário e não-razoável, era incontrolável. O parlamento agora poderia criar novas leis, cuja força vinculante advinha não de sua justiça intrínseca e de sua conformidade com os princípios da *common law*, mas sim do fato de representar a vontade dos constituintes sociais da nação ou, simplesmente, em razão de sua autoridade soberana.”⁴⁴ (1972: 265).

Os americanos, então, neste período, buscam esboçar – no âmbito teórico – algumas normas que estariam apartadas das leis provenientes do parlamento. Em um primeiro momento, tais normas seriam as que representassem os costumes do povo (Cf. WOOD, 1972: 265-266). Contudo, cientes da segurança que as normas escritas trazem (Cf. WOOD, 1972: 267), passaram a idealizar documentos escritos, contendo as normas que representassem os costumes do povo, da *commonwealth*.

Não se pode, contudo, dizer que o constitucionalismo exsurge, exatamente, neste momento, embora haja, aqui, um princípio de temor com o Poder Legislativo. É que a consolidação, concretização, deste temor e, conseqüentemente, o nascimento do constitucionalismo, se dará posteriormente, mais precisamente a partir de 1776. Conforme bem lembra WOOD (1972: 268; ênfase acrescentada):

⁴⁴ “Parliament, as events, the British debates, and Blackstone had made evident, was no longer simply the highest court among others in the land, but had in truth become the sovereign lawmaker of the realm, whose power, however arbitrary and unreasonable, was uncontrollable. Parliament could now actually create new law whose binding force came not from its intrinsic justice and conformity to the principles of the common law, but from its embodiment of the will of the social constituents of the nation or from simply its sovereign authority.”

“Mas não era ainda claro para muitos o que estas cartas escritas [futuras constituições] efetivamente representavam ou *contra que tipo de poder político tais eram para ser direcionadas*.”⁴⁵.

Importante, portanto, neste período, deixar consignado que havia, na mente de alguns revolucionários, a consciência de que: (i) o exemplo inglês de constitucionalismo era deficitário, porquanto inseria, em seu bojo, a figura da lei escrita, não importando o quão atentatória fosse aos bons costumes e à justiça^{46*}; (ii) o parlamento, pelo menos o inglês, era capaz de cometer mandos e desmandos, e não apenas o Poder Executivo.

Sem embargo, quanto a (ii), tal tomada da consciência era apenas inicial e seria, somente, intensificada, a partir da independência dos EUA, em 1776. O Poder Executivo é que se afigurava como a maior fonte de preocupação, preocupação esta que inclusive ditou a concepção política dos Estados Unidos, no segundo período do constitucionalismo revolucionário norte-americano:

“Os americanos sabiam que tinham, dentre eles, diversos potenciais tiranos; e mesmo que seu governo pudesse, agora, ser eleito periodicamente pelo povo ou por seus representantes, tão intoxicante e corruptor era o poder de comandar que o executivo [magistrate] eleito não era para ser menos temido do que um hereditário. Sua própria

⁴⁵ “But it was not yet clear to many what these written charters actually represented or against what kind of political power they were to be directed.”.

⁴⁶ Importante frisar, aqui, que a concepção de SIR EDWARD COKE, expressa no famoso *Bonham's case* (1610), segundo a qual a lei haveria de estar de acordo com o “direito comum e a equidade natural” (Cf. WOOD, 1972: 457), representava, na Inglaterra, uma exceção, e não a regra. A regra passou a ser, no século XVIII, seguindo a doutrina de SIR WILLIAM BLACKSTONE, a supremacia do parlamento: “Mas se o parlamento irá positivamente promulgar uma coisa a ser feita que seja desarrazoada, eu não conheço de nenhum poder que possa controlá-lo” (BLACKSTONE, 1979: 91).

“But if the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power that can control it.”.

Sobre o controle do poder judiciário sobre as leis, BLACKSTONE dizia que tal seria subversivo a todo o governo (1979: 91).

A inaplicabilidade de COKE no século de BLACKSTONE é bem mencionada por WOOD (1972: 264). Este mesmo autor relembra, ademais, a ineficácia de teorias restritivas do poder, tais como da *law of nature*: “no último quarto do século XVIII ficou mais claro do que nunca dantes, para a grande maioria dos ingleses, que tais limitações morais ou provenientes do direito natural ao parlamento eram apenas teóricas, desprovidas de qualquer sentido legal e relevante, apenas, quando impingidas na mente dos legisladores.” (WOOD, 1972: 260).

“by the last quarter of the eighteenth century it seemed clearer than ever before to most Englishmen that all such moral and natural law limitations on the Parliament were strictly theoretical, without legal meaning, and relevant only in so far as they impinged on the minds of the lawmakers.”.

experiência colonial e a teoria política dos Whig^{47*} os havia ensinado muito bem *onde quedava a fonte do despotismo*. ‘*O poder executivo*’, disse um Whig de Delaware, ‘*é incansável, ambicioso e sempre almejando o aumento de poder*’.”⁴⁸ (WOOD, 1972: 135; ênfase acrescentada).

De qualquer forma, o exemplo inglês de Parlamento, principalmente após o ato septanual do parlamento, que concedia aos seus membros uma permanência de 7 anos neste cargo, estava presente em muito dos revolucionários americanos. Sobre o assunto, MCILWAIN já retrata o ressentimento quanto à supremacia do Parlamento em BOLINGBROKE, teórico amplamente utilizado pelos revolucionários das 13 colônias:

“Quando BOLINGBROKE, em 1733, diz que o Ato Septanual do Parlamento teria soado monstruoso aos Whigs da Revolução [neste caso, os Whigs da revolução inglesa, do século XVII], tal foi em reação contra a arbitrariedade da noção, crescente, da onipotência do parlamento.”⁴⁹ (MCILWAIN, 1977: 4).

2.2. O período da *politics of liberty*

2.2.1. Noções iniciais

Durante toda a luta pela independência, identificava-se, como fonte de tirania, o Poder Executivo. Era o rei ou quem lhe fizesse as vezes (os governadores, nas colônias) o agente de todas as intromissões arbitrárias nos direitos do cidadão^{50*}. Sendo assim, passou-se a acreditar que uma forma segura de se evitar qualquer tirania seria a transferência – abrupta – de prerrogativas governamentais a um outro poder, o Poder

⁴⁷ O termo Whig, de origem escocesa, vem a significar soro de leite, parte da alimentação dos mais pobres e indigentes, na Inglaterra. Quando da revolução inglesa, passou-se a alcunhar de whig aqueles que defendiam a queda do rei e a instauração de um parlamento democrático.

⁴⁸ “The Americans knew they had among themselves ‘tyrants enough at heart’; and although their governors would now be elected periodically by the people or their representatives, so intoxicating and corrupting was the power of ruling that an elected magistrate was actually no less to be dreaded than an hereditary one. Their own colonial experience and their Whig theory of politics had taught them only too well where the source of despotism lay. ‘The executive power’, said a Delaware Whig, ‘is ever restless, ambitious, and ever grasping at encrease of power’.”

⁴⁹ “When Bolingbroke in 1733 says that the Septennial Act would have seemed ‘monstrous’ to the Whigs of the Revolution, it is in reaction against the arbitrariness of the growing notion of the omnipotence of parliament.”

⁵⁰ Ressalte-se que, neste parágrafo, não se está a contestar o tópico precedente. Já havia, sim, uma concepção germinal de que o legislativo também poderia cometer abusos. Contudo, tal concepção era esporádica e estava presente na mente, apenas, de alguns poucos revolucionários. A concretização desta idéia se dará, apenas, no período tratado neste tópico.

Legislativo. WOOD bem discorre sobre a transferência da primazia governamental do executivo para o legislativo, no século XVIII:

“Por todo o século XVIII, as diversas legislaturas coloniais, vagarosamente, assumiram muitas das prerrogativas dos governadores reais, acumulando, gradativamente, pedaços do que, tradicionalmente, fazia parte do Poder Executivo, de forma que, na metade deste século, a autoridade do poder legislativo ultrapassasse em muito o da House of Commons inglesa. (...). *Por volta da metade do século dezoito, a maioria dos colonos estava convencida de que suas assembléias, enquanto a incorporação de suas liberdades públicas, representavam sua única proteção contra a tirania do executivo.* Tais avanços que foram feitos ou tentados pelas assembléias sobre as tradicionais autoridades do executivo e do judiciário não poderiam ser consideradas como usurpações, mas sim como a única forma em que o bem-estar das pessoas poderia ser propriamente promovido.”⁵¹ (WOOD, 1972: 154-155; ênfase acrescentada).

Com a Declaração de Independência, esta concepção vocacionada à supremacia do legislativo somente ganhou força (Cf. WOOD, 1972: 155). Em contrapartida, o Poder Executivo se tornou um mero fogo-fátuo, um espectro do que outrora havia sido, na figura da autoridade real:

“Os americanos, em resumo, fizeram do chefe do Poder Executivo um novo tipo de criatura, um reflexo pálido de seu ancestral real. Esta mudança na posição do governador significou a efetiva eliminação da grande responsabilidade deste poder em administrar a sociedade – uma marcante e abrupta saída da tradição constitucional inglesa.”⁵² (WOOD, 1972: 136).

A este movimento de transferência de protagonismo político do executivo para o legislativo, que assumia foros de poder supremo, é que se alçou de

⁵¹ “Throughout the eighteenth century the various colonial legislatures had slowly encroached on many of the prerogatives of the royal governors, gradually accumulating pieces of what were clearly traditional magisterial powers, so that by the middle of the century their authority in many areas extended well beyond that of the British House of Commons. (...) By the middle of the eighteenth century most colonists were convinced that their assemblies, as the embodiment of their public liberty, represented their only protection against magisterial tyranny. Such assumptions of traditional gubernatorial and judicial authority as the assemblies had made or had attempted to make did not seem to be usurpations, but indeed had come to seem to be the only way in which the people’s welfare could be properly promoted.”

⁵² “The Americans, in short, made of the gubernatorial magistrate a new kind of creature, a very pale reflection indeed of his regal ancestor. This change in the governor’s position meant the effectual elimination of the magistracy’s major responsibility for ruling the society – a remarkable and abrupt departure from the English constitutional tradition.”

politics of liberty^{53*}. Nas treze colônias, agora treze Estados, esta transferência era recorrente, conforme bem lembra KRAMNICK:

“Nas constituições elaboradas a partir de 1776, uma atrás da outra, a clara expressão da ‘politics of liberty’ era o temor quanto aos governantes e à autoridade executiva. Em toda constituição estadual, o ramo legislativo era claramente dominante. Nas constituições de Pennsylvania e de New Hampshire não havia nenhum governador, e sob outras oito constituições o governador seria escolhido pela legislatura. As novas constituições estaduais também limitaram, amplamente, a autoridade do executivo. Com a exceção de um único estado, Carolina do Sul, todas as novas constituições estaduais eliminaram, totalmente, qualquer papel do governador no processo legislativo^{54*}. (...). Quase um século de Inglaterra e retórica da oposição criticando a corrupção real e da administração está por detrás destas previsões das constituições estaduais. De fato, todas as constituições de 1776 (novamente com a exceção da Carolina do Sul) excluía todo membro do executivo de fazer parte da legislatura.”⁵⁵ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 21).

Por detrás da supremacia do parlamento, havia um outro fundamento, que não apenas o temor em relação ao Poder Executivo e sua predisposição à tirania. Este fundamento era a idealização do Poder Legislativo como o ramo mais democrático

⁵³ Cf. KRAMNICK: “A ‘politics of liberty’ nos Estados significou a dominância absoluta da legislatura” (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 21).

“The ‘politics of liberty’ in the states meant the absolute dominance of the legislature.”

⁵⁴ Acerca desta previsão, WOOD, citando TENNET, afirma que: “A eleição do governador pela legislatura não era geralmente visto, em 1776, como um mal, mas sim, como declarou WILLIAM TENNET, da Carolina do Sul, um ‘benefício’ compelindo ‘o Presidente a pedir conselho da Casa [legislativo] em toda medida considerada importante.” (1972: 139).

“That election of the governor by the legislature was not generally seen in 1776 as an evil, but rather was viewed, as William Tennet of South Carolina declared, as a ‘benefit’, compelling ‘the President’s asking advice of the House on every important measure’.”

Por muitas vezes, o poder executivo era dividido em diversas pessoas, cuja posse no cargo seria altamente rotativa, conforme menciona KENYON, ao tratar da Constituição de Pennsylvania: “Medo e desconfiança do poder executivo se tornavam claros pela sua divisão em doze homens, em uma compulsória e constante rotação de seus membros, cuja intenção era a de prevenir o surgimento da aristocracia e a de assegurar a este cargo poderes limitados.” (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 103).

“Fear and distrust of the executive power was expressed by dividing it among twelve men, in the compulsory and staggered rotation of membership explicitly intended to prevent the growth of aristocracy, and in assigning it limited powers.”

⁵⁵ “In one after another state constitution drafted after 1776 a clear expression of the ‘politics of liberty’ was the fear of rulers and of magistral authority. In every state constitution the legislative branch was clearly dominant. In the Pennsylvania and New Hampshire constitutions there would, in fact, be no governor, and under eight other state constitutions the governor was to be chosen by the legislature. The new state constitutions also severely limited grants of executive authority. With the exception of one state, South Caroline, all the new state constitutions totally eliminated any role for the governor in the legislative process. (...) Nearly a century of English country and opposition rhetoric criticizing royal and ministerial corruption lay behind these state constitutional provisions. Indeed, all the constitutions of 1776 (again with the exception of South Carolina) excluded all government office holders from sitting in the legislature.”

de um Estado. Nas palavras extremadas de TIMOTHY BLOODWORTH, “era o único poder democrático” (Cf. MAIN, 1974: 135). Ou seja, o Legislativo – como o faz até hoje – possuía uma incontestável simbologia democrática. WOOD aponta muito bem a prevalência parlamentar como uma forma de aproximar a nova concepção política norte-americana às idealizações – até então utópicas – de democracia:

“As legislaturas americanas, em particular as casas baixas [lower houses] das assembleias, não mais seriam apenas um adjunto ou um fiscalizador do Poder Executivo, mas seriam propriamente o governo – uma transformação revolucionária da autoridade política [que faria com que] o novo governo fosse ‘muito próximo de um de natureza democrática’, ainda que ‘um governador e um segundo ramo do legislativo fossem admitidos’. Não era nem a expansão do sufrágio e tampouco a instituição de um processo eleitoral dentre os governos, mas a apropriação de tanto poder pelos representantes do povo nas legislaturas que fazia com que os novos governos, em 1776, fossem tão semelhantes a democracias.”⁵⁶ (WOOD, 1972: 163).

Este pano de fundo democrático esteve mais presente, intensificado, em algumas Constituições estaduais, como é o caso da Constituição da Pennsylvania^{57*}. Nesta, ademais de se prever a assunção de diversos poderes pelo legislativo, este poder ainda deveria responder diretamente ao povo, por meio de algumas previsões bem peculiares. Sobre o assunto, KENYON:

“Sua característica mais marcante era a concentração governamental de todo o poder em uma legislatura unicameral e a previsão de que o exercício de tal poder sobre circunstâncias normais seria constantemente controlado pelo povo. A abertura das sessões legislativas ao público, as publicações semanais dos procedimentos da legislatura, o requerimento de que todas as leis [bills] fossem publicadas após a sua última leitura e de que uma lei [bill] não se tornaria efetiva se não fosse aprovada em duas sessões sucessivas da legislatura, tudo isto representava uma tentativa de fazer com que a legislatura não fosse apenas

⁵⁶ “The American legislatures, in particular the lower houses of the assemblies, were no longer to be merely adjuncts or checks to magisterial power, but were in fact to be the government – a revolutionary transformation of political authority that their new government were ‘very much of the democratic kind’, although ‘a Governor and second branch of legislation are admitted’. It was neither the widespread suffrage nor the institution of the electoral process throughout the governments but the appropriation of so much power to the people’s representatives in the legislatures that made the new governments in 1776 seem to be so much like democracies.”

⁵⁷ MAIN (1974: 42) corrobora o ponto de vista segundo o qual a Constituição da Pennsylvania seria uma das mais radicalmente democráticas.

responsabilizável [accountable] mas que respondesse quase que instantaneamente ao povo.”⁵⁸ (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 103).

Ao se tratar deste período, não se pode esquecer de mencionar uma importante circunstância política, a saber, o fato de os Estados, ex-treze colônias, se afigurarem como entes políticos soberanos e que estavam unidos, entre si, por um frágil cordão umbilical, que adotava o nome de Confederação.

A mudança desta circunstância política para uma federação se deve, em grande parte, às opções realizadas pelos revolucionários neste período agora alcunhado como ‘politics of liberty’. Foi exatamente o protagonismo do Poder Legislativo e o amplo caráter ‘democrático’ deste momento que conduziram à realização da Convenção de Filadélfia de 1787 e ao seu produto mais famoso, a Constituição Federal.

2.2.2. A tirania da democracia e a queda do legislativo

Logo após a Declaração da Independência, o temor quanto a um eventual poder arbitrário encontrava-se, conforme visto e revisto, concentrado no Poder Executivo. E, ainda que houvesse um temor inicial quanto ao Poder Legislativo, tal era relativo, segundo bem lembra WOOD:

“Aqueles que, em 1776, vocalizaram medo quanto à possibilidade de os corpos de representantes formarem interesses separados dos do povo, compunham o mais alienado e radical grupo na América. Ainda assim, tal suspeita e temor era sempre relativa: um Whig radical pode desconfiar de uma assembléia eleita, em comparação ao próprio povo, contudo, ele certamente desconfiará mais do executivo.”⁵⁹ (1972: 364).

Disto, resultou o protagonismo do Poder Legislativo, o qual passou a congrega diversos poderes, quer do executivo quer do judiciário. Desnecessário dizer

⁵⁸ “Its most outstanding characteristics were concentration of governmental power in a unicameral legislature and provisions that the exercise of that power under normal circumstances should be constantly monitored by the people. The opening of legislative sessions to the public, the weekly publications of the legislature’s proceedings, the requirements that all bills be published before their last reading, and that a bill not become law until enacted in two successive sessions of the legislature, all represented an attempt to render the legislature not only accountable but almost instantly responsive to the people.”

⁵⁹ “Those in 1776 who voiced fears of the representative bodies’ forming interests separate from those of the people constituted the most alienated and radical groups in America. Yet such suspicion and jealousy was always relative: a radical Whig might distrust the elected assembly compared to the people themselves, but he surely distrusted the executive or magistracy more.”

que, neste período, não havia qualquer implementação *prática* da concepção política da separação dos poderes:

“Virtualmente, toda a noção tradicional de separação dos poderes foi abandonada nos estados. A concepção predominante era a de que um governo livre apenas poderia ser considerado como tal se a legislatura do povo governasse. De fato, em muitos estados, assumiu-se que o único controle apropriado sobre a legislatura do povo era o próprio povo. Então, virtualmente, toda constituição estadual, durante o período do Articles [articles of the confederation], requeria eleições anuais para a legislatura.”⁶⁰ (KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 22).

Ainda sobre o assunto, com a precisão que lhe é peculiar, WOOD:

“Ao que parece, como os historiados notaram, os americanos, em 1776, reconheceram apenas verbalmente o conceito de separação dos poderes, em sua constituição Revolucionária, uma vez que eles não estavam, aparentemente, preocupados com a real divisão das funções departamentais.”⁶¹ (1972: 153-154; ênfase acrescentada).

Tal fato, contudo, ao menos em um primeiro momento, não foi merecedor de preocupação. Afinal, tinha-se a sempre presente imagem de que era o executivo e não o legislativo a fonte da tirania. Ademais, acreditava-se, no período de declaração de independência, que o povo americano era abençoado (Cf. WOOD, 1972: 10-18), apartado ainda das corrupções que haviam acometido os europeus, o que lhes tornava, portanto, menos suscetíveis a cometer atos que corrompessem a liberdade.

De mais a mais, acreditava-se que o povo era incapaz de cometer tiranias, conforme bem lembra WOOD, ao retratar o posicionamento dos Whigs de 1776:

“Na concepção política dos Whig, a tirania pelo povo era teoricamente inconcebível, porque o poder detido pelo povo era liberdade, cujo abuso poderia [acarretar] apenas em licenciosidade ou anarquia, mas não

⁶⁰ “Virtually all traditional notions of the separation of powers were abandoned in the states. The ruling assumption was that a free government was one where the people’s legislature governed. Indeed, in most states it was assumed that the only appropriate check on the people’s legislature was the people themselves. Thus, virtually every state constitution during the Articles period required annual elections for their legislator.”

⁶¹ “It seems, as historians have noted, that Americans in 1776 gave only a verbal recognition to the concept of separation of powers in their Revolutionary constitution, since they were apparently not concerned with a real division of departmental functions.”

tiranía. Como apontou JOHN ADAMS^{62*}, indignado, a idéia de a liberdade pública sendo tirana é ilógica: ‘um despotismo democrático é uma contradição de termos.’⁶³ (1972: 62-63)

Contudo, com o passar dos anos, pós-independência, este otimismo antropológico começou a ser diuturnamente ameaçado. E o grande fator responsável por esta mudança de concepção foi uma cisão existente no tecido social norte-americano e que se tornou patente com a independência norte-americana.

Um dos fundamentos ideológicos de todo o movimento revolucionário era a pretensão de a sociedade norte-americana se tornar democraticamente igualitária. Contudo a concepção de igualdade dos estamentos da sociedade americana não era *homogênea*. Se por um lado, os principais mentores intelectuais da revolução idealizavam uma sociedade democrática pautada no mérito^{64*}, a parcela mais simples desta comunidade possuía uma visão, por assim dizer, mais populista, niveladora. Com

⁶² Esta concepção de ADAMS, após a declaração da independência e, durante o período da *politics of liberty*, sofreu uma drástica mudança. Tanto foi assim que, no fervilhar da Convenção de Filadélfia, sua participação foi irrelevante (Cf. WOOD, 1972: 567-592).

Esta mudança se faz sentir nas seguintes palavras, proferidas por ADAMS, ao vislumbrar um cidadão comemorando o fechamento de uma Corte de Justiça, em Massachusetts, e o celebrar pelo feito:

“É esse o objeto daquilo que eu vim defendendo [a independência]? Perguntei a mim mesmo. Por muito tempo caminhei sem uma resposta a esta indagação. São esses os sentimentos destas pessoas e quantas iguais hão de haver no país? Metade da nação, pelo que sei; pois metade da nação é composta por devedores. Se não mais, e isto tem sido, em todos os países, o sentimento de todos os devedores. Se o poder de um país pudesse cair em suas mãos, e há um grande perigo de que isso ocorrerá, qual foi o propósito de nosso sacrifício de tempo, saúde e tudo o mais? Certamente nós devemos nos resguardar contra este espírito e princípios, senão nos arrependemos por nossa conduta.” (*apud* KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 24).

“Is this the object for which I have been contending? said I to myself. For I rode along without any answer to this wretch. Are these the sentiments of such a people and how many of them are there in the country? Half the nation for what I know; for half the nation are debtors, if not more, and these have been, in all countries, the sentiments of debtors. If the power of the country should get into their hands, and there is a great danger that it will, to what purpose have we sacrificed our time, health and everything else? Surely we must guard against this spirit and these principles, or we shall repent of all our conduct.”.

⁶³ “In the Whig conception of politics a tyranny by the people was theoretically inconceivable, because the power held by the people was liberty, whose abuse could only be licentiousness or anarchy, not tyranny. As John Adams indignantly pointed out, the idea of the public liberty’s being tyrannical was illogical: ‘a democratical despotism is a contradiction in terms’.”.

⁶⁴ Acerca desta idealização, WOOD: “Em um sistema republicano, apenas o talento tem importância. Era, agora, possível que ‘até mesmo as rédeas do Estado sejam conduzidas pelo filho do homem mais pobre, caso este tenha as habilidades necessárias para tal cargo’. O ideal, especialmente nas colônias do sul, era a criação e a manutenção de uma verdadeira *aristocracia natural*, baseada na virtude, temperança, independência e devoção ao bem comum.” (1972: 71).

“In a republican system only talent would matter. It was now possible ‘that even the reins of state may be held by the son of the poorest man, if possessed of abilities equal to the important station’. The ideal, especially in the southern colonies, was the creation and maintenance of a truly natural aristocracy, based on virtue, temperance, independence, and devotion to the commonwealth.”.

Falar-se-á sobre a *aristocracia natural* em um outro tópico.

Contudo, importante ressaltar, com base em MAIN (1974: 4), que tal preferência dos sulistas pela aristocracia natural em muito decorre do fato de, nestes Estados, haver uma maior concentração de riqueza do que nas demais partes do país.

isto, havia uma dupla contenda ocorrendo, concomitantemente. Uma entre a colônia e a metrópole e outra intestina, entre a parcela mais simples da sociedade, pequenos agricultores e comerciantes, e a aristocracia, composta por grandes fazendeiros e negociantes (Cf. MAIN, 1974: 21). Esta cisão interna se tornou cristalina com a Declaração da Independência, uma vez que ambas as parcelas da sociedade perderam o seu inimigo comum. Sobre o assunto, KRAMNICK:

“Para muitos outros, contudo, a Revolução envolvia aquilo [independência] e mais, o repúdio em uma América independente das tradicionais formas coloniais de governo e, mais significativo, o repúdio às elites tradicionais que haviam dominado a vida política e social na América colonial. Foi esta perspectiva tardia, niveladora e de ideais mais democráticos, que dominou após 1776, durante período das primeiras constituições norte-americanas, [durante] os Artigos da Confederação. Após 1776, haveria, efetivamente, novos homens, bem humildes, em muitos casos, que viriam a governar a América.”⁶⁵ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 15).

Nenhum exemplo, em âmbito estadual, era mais cristalino deste problema interno do que a Pennsylvania. Sobre o tema, KENYON:

“Então, esta colônia apresenta o caso mais claro e forte de apoio à interpretação popularizada por CARL BECKER de que a Revolução representava uma contenda não apenas entre dominação nacional ou imperial, mas entre quem dominaria dentro de casa. No verão de 1776, os vitoriosos desta última eram os insurgentes, e eles escreveriam uma Constituição que encorpasse suas opiniões populistas ou democráticas.”⁶⁶ (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 100).

Acerca do mesmo exemplo, WOOD:

“De fato, ao se julgar apenas a literatura, a Revolução na Pennsylvania se tornou uma guerra de classes entre os pobres e os ricos, entre as pessoas comuns e a minoria privilegiada. (...) Quando a estrutura quebradiça em

⁶⁵ “For many others, however, the Revolution involved that [independency] and more, the repudiation in an independent America of traditional colonial forms of government and, most significantly, the repudiation of the traditional elites who had dominated political and social life in colonial America. It was this latter perspective, a leveling and more democratic ideal, which tended to dominate after 1776, during the period of America’s first constitution, the Articles of Confederation. After 1776 there would indeed be new men, quite humble men in many cases, who came to rule in America.”

⁶⁶ “Thus, this colony presents the strongest and clearest case for supporting the interpretation popularized by Carl Becker, that the Revolution was a contest not only over home rule versus imperial rule but also over who should rule at home. In the summer of 1776, the victors in this latter contest were the insurgents, and they proceeded to write a constitution that embodied their populist or democratic opinions.”

que o poder estava alocado começou a despedaçar, os ressentimentos acumulados pelos iniciantes [upstarts] excluídos foram fortemente revelados.”⁶⁷ (1972: 85-86).

Não tardou, então, para surgir, entre ambas as partes uma profunda sensação de ressentimento e desconfiança. Da parte dos recém-açadados ao poder – o homem comum, a antiga aristocracia os havia destrutado, anteriormente, e, assim que tivesse a oportunidade, voltaria a fazê-lo. Sobre o dito ressentimento populista, WOOD:

“Os antigos governantes, foi-se dito, eram ‘uma minoria de pessoas ricas’, uns poucos ‘homens de fortuna’, uma ‘*aristocratical junto*’, que sempre se esforçou ‘para fazer do comum e da classe média do povo suas *bestas de carga*’. Tais aristocratas não derivavam ‘qualquer direito ao poder de suas riquezas’. A revolução contra a Inglaterra foi feita em nome do povo. E quem era o povo na América, que não os pequenos agricultores e mecânicos? Se fosse para eles serem excluídos da política, em específico na formação de seus governos, então seria melhor para eles ‘reconhecerem a jurisdição do Parlamento inglês, o qual era composto integralmente por cavalheiros [Gentlemen]’. (...). O igualitarismo do republicanismo podia, agora, remediar aquela crescente mágoa contra os ‘cavalheiros’ [Gentlemen^{68*}], os quais, por anos, não ‘se deram ao trabalho de olhar para eles’. ‘Abençoado o estado que aproxima todos em um mesmo nível’. E os radicais pretendiam manter tal situação no futuro.”⁶⁹ (1972: 86-87).

Da outra parte, para os idealizadores da Revolução, as novas figuras políticas se assemelhavam aos bárbaros que haviam tomado Roma (Cf. WOOD, 1972: 234). O tipo de homem que havia tomado o poder, após a Revolução, era totalmente desprovido de condições para exercê-lo:

⁶⁷ “In fact, to judge solely from the literature the Revolution in Pennsylvania had become a class war between the poor and the rich, between the common people and the privileged few. (...). When the brittle structure on which their power rested began to crumble, the accumulated grievances of upstart outsiders were starkly revealed.”

⁶⁸ Conforme bem lembra MAIN (1974: 3), este termo era utilizado, nos Estados Unidos, para identificar os donos de ampla riqueza, principalmente a proveniente de terras.

⁶⁹ “The former rulers, it was charged, were ‘a minority of rich men’, a few ‘men of fortune, an ‘*aristocratical junto*’, who had always strained every nerve ‘to make the common and middle class of people their *beasts of burden*’. Such aristocrats derived ‘no right to power from their wealth’. The Revolution against Britain was on behalf of the people. And who were the people in America, but the ordinary farmers and mechanics? If they were to be excluded from politics, especially in the formation of their governments, then it would be better for them ‘to acknowledge the jurisdiction of the British Parliament, which is composed entirely of Gentlemen’. (...). The egalitarianism of republicanism could now assuage that rankling bitterness against ‘gentlemen’ who for years had not ‘condescended to look down at them’. ‘Blessed state which brings all so nearly on a level!’. And the radicals meant to keep it so in the future.”

“A Revolução, atacava-se repetidamente (e a evidência parece dar substância aos ataques), estava a possibilitar que o governo caísse ‘nas Mãos daqueles cuja habilidade ou situação de Vida não os legitima para isto’⁷⁰ (WOOD, 1972: 477).

Nesse sentido, MAIN bem retrata a condição dos pequenos agricultores, em específico nos Estados do Sul:

“O isolamento de muitos dos fazendeiros, sua ausência de educação formal, e os horizontes limitados de suas experiências, também os tornaram receosos em submeter suas vantagens locais em benefício do bem geral.”⁷¹ (MAIN, 1974: 7).

Diante disto, tornou-se claro para os mentores intelectuais da Revolução que a concepção meritocrática da república que se pretendia instaurar havia quedado no plano teórico. O sentimento geral era de desilusão, conforme retrata WOOD:

“A ênfase republicana no talento e no mérito, no lugar do clientelismo, agora aparecia pervertida, quedando identificada, simplesmente, com a habilidade de reunir votos, o que, então, possibilitava ao mais desqualificado homem que se arvorasse em pontos de influência, de onde logo se inclinaria aos maus hábitos.”⁷² (1972: 398).

Para os eleitores, para a população em geral, pouco importava a capacidade intelectual de eventuais candidatos, sua educação e treinamento. Pelo contrário. Tais qualidades eram vistas como ameaças à recém-instaurada democracia, pois tais poderiam fazer com que se fosse instaurada uma aristocracia. Evitava-se, assim, de qualquer maneira, admitir um membro da dita aristocracia, conforme ensina WOOD, citando BRACKENRIDGE:

“Começou a ficar mais claro do que anteriormente que ‘há um certo orgulho no homem, o qual o leva a elevar o mais baixo e a abaixar o mais alto’. O povo está se tornando exultante em ‘seu poder criador

⁷⁰ “The Revolution, it was repeatedly charged (and the evidence seems to give substance to the charges), was allowing government to fall ‘into the Hands of those whose ability or situation in Life does not intitle them to it.’”.

⁷¹ “The isolation of many farmers, their lack of formal education, and the limited horizons of their experience, also made them unwilling to surrender local advantages for the more general good.”.

⁷² “The republican emphasis on talent and merit in place of connections and favor now seemed perverted, becoming identified simply with the ability to garner votes, thus enabling ‘the most unfit men to shove themselves into stations of influence, where they soon gave away to the unrestrained inclination of bad habits.’”.

exercido através da transformação de uma pessoa desqualificada em um senador’.”⁷³ (1972: 481-482).

Dois fatos servem para bem retratar o que foi dito. O primeiro e mais marcante – tendo em vista o seu protagonista – foi a derrota de JAMES MADISON para um taberneiro, em uma eleição para a *House of Delegates*. Sobre este fato, WOOD, ao mencionar a vetusta crença dos revolucionários de que a república democrática seria pautada no mérito:

“Que a derrota de MADISON para a House of Delegates para um antigo taberneiro, que as esperanças republicanas tenham se provado ilusórias, não nos afasta da existência deste tipo de esperança em 1776, mas, ao contrário, serve para explicar, anos após a Independência, o desencantamento crescente de MADISON e outros Whigs com as expectativas e premissas da Revolução.”⁷⁴ (WOOD, 1972: 122).

O segundo exemplo reside em HUGH HENRY BACKENRIDGE, filho de um imigrante escocês e carente de recursos, que, ciente das premissas da revolução, passa a investir em educação, para ascender social e politicamente. Obtém, inicialmente, êxito, sendo eleito para a Assembléia de Pennsylvania. Porém, nesta, descobre o desnível intelectual entre os seus membros, sendo, posteriormente, derrotado, em outra eleição, por um ex-artesão (Cf. WOOD, 1972: 480).

A conseqüência imediata desta nova composição do Poder Legislativo passa a ser a própria contestação da legitimidade deste. Mais do que isto. Se, anteriormente, conforme visto, a tirania da democracia era uma contradição entre os termos, tal se transformou em uma realidade^{75*}. O Poder Legislativo, outrora insularizado de qualquer possível tirania, passa a estar sujeito a eventuais desmandos e excessos:

⁷³ “It began to seem clearer than it had before that ‘there is a certain pride in man, which leads him to elevate the low, and pull down the high’. The people were becoming exultant in their ‘creating power exerted in making a senator of an unqualified person’.”

⁷⁴ “That Madison lost the election to the House of Delegates to a former tavern-keeper, that the republican hopes may have proved illusory, does not detract from the existence of these kinds of hopes in 1776, but indeed helps to explain in the years after Independence the increasing disenchantment of Madison and other Whigs with their Revolutionary assumptions and expectations.”

⁷⁵ É muito interessante o fato de os opositores à ‘politics of liberty’ fazerem menção ao termo tirania do povo apenas em trocas de correspondência (Cf. WOOD, 1972: 442).

“Tirania, agora, era vista como um abuso de poder por qualquer ramo do governo, mesmo, e para alguns especialmente, pelos tradicionais representantes do povo.”⁷⁶ (WOOD, 1972: 608).

As palavras de PATRICK HENRY^{77*}, acerca da situação em Filadélfia, iam neste sentido. Para ele, a tirania deste Estado, exercida pelo legislativo, divergia muito pouco da tirania exercida por GEORGE III, então rei da Inglaterra, quando da independência das 13 colônias (Cf. KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 17). Nessa mesma situação estava WILLIAM BLOUNT, na Carolina do Norte:

“WILLIAM BLOUNT via ‘nosso Governo Republicano como a Mais intolerável tirania’ e perguntava, ‘Pode um Homem estar seguro em sua casa quando a Legislatura está atuando?’.”⁷⁸ (MAIN, 1974: 34).

Este poder não estava mais, então, protegido contra o fenômeno da captura, por meio do qual se utiliza uma instituição pública para implementar interesses privados. Muito pelo contrário, passou a ser vislumbrado, exatamente, como um instrumento de partidarismo e de interesses privados, que tornavam a legislatura em um fantoche nas mãos de homens despreocupados com o bem comum (Cf. WOOD, 1972: 369).

No que se refere à não-implementação prática da separação de poderes, algo que foi ignorado quando da declaração de independência e do advento das primeiras Constituições estaduais, tal passou a ser clamada, posteriormente. Assim o fez THOMAS JEFFERSON, em 1783 (Cf. WOOD, 1972: 407).

O resultado final, enfim, foi a conclusão, nos anos de 1780, de que não era mais a Coroa ou eventual chefe do executivo a fonte da tirania, mas a legislatura. Nesse sentido, o recorrentemente citado WOOD:

“Em 1780, a inveterada suspeita dos Americanos e seu receio com o poder político, uma vez concentrada exclusivamente na Coroa e em seus agentes, foi transferida para as várias legislaturas. Onde, uma vez, o executivo apareceu como a única fonte da tirania, agora a legislatura,

⁷⁶ “Tyranny was now seen as the abuse of power by any branch of the government, even, and for some specially, by the traditional representatives of the people.”

⁷⁷ Interessante notar que PATRICK HENRY foi um dos mais renomados Antifederalistas. O que é merecedor de destaque é que muito embora os Antifederalistas fossem contrários à Constituição Federal, a qual, na verdade, era uma medida, um remédio, contra as mazelas do período da ‘politics of liberty’, alguns deles também não apoiavam a concepção política deste período.

⁷⁸ “William Blount viewed ‘our Republican Governments as the Most intolerable of all Tyranny’ and inquired, ‘Can any Man be safe in his house while the Legislature are setting?’.”

através das Constituições estaduais revolucionárias, se tornou a instituição a ser mais temida.”⁷⁹ (1972: 409)

Evidentemente que a concepção do Poder Legislativo como fonte de tirania não decorre, apenas, da composição *populista* deste. Não é porque apenas agricultores ou outros comerciantes e artesãos, sem preparo algum, tinham acesso ao poder, que se passou a identificar neste ramo do poder um perigo à liberdade. O principal fato que fez com que o legislativo se tornasse temido foi a série de leis esdrúxulas que este órgão passou a promulgar:

“A falta de ‘*sabedoria e regularidade*’ na legislação, disse MADISON, em 1786, era ‘o mal que se reclamava em toda a nossa república’. As leis se tornaram tantas e tão complicadas que, como um pastor de Vermont disse, os mesmos meios apontados para preservar a ordem se tornaram a fonte de irregularidade e confusão.”⁸⁰ (WOOD, 1972: 405).

Há, contudo, a menção *explícita* à natureza dos homens que compunham o Poder Legislativo, e não, apenas, ao conteúdo das leis, porque há uma relação íntima de causa e efeito entre ambas.

Desnecessário dizer, por derradeiro, que os novos homens públicos não acatavam este tipo de crítica, dirigida ao labor legislativo. O ranço da antiga elite política provinha do simples fato de estes terem sido retirados do âmbito político:

“O problema era que, nas palavras de JOHN LLOYD, ‘Senhores de propriedade’ frequentemente perderam embates eleitorais para homens das ‘classes mais baixas’.”⁸¹ (MAIN, 1974: 105).

2.2.3. Leis *ex post facto* e a abolição de contratos.

Nas palavras de MADISON, em 1788, as legislaturas estaduais estavam repletas de homens desprovidos de estudo, experiência e princípios. Eram homens, nas

⁷⁹ “In the 1780’s the Americans’ inveterate suspicion and jealousy of political power, once concentrated almost exclusively on the Crown and its agents, was transferred to the various state legislatures. Where once the magistracy had seemed to be the sole source of tyranny, now the legislatures through the Revolutionary state constitutions had become the institutions to be most feared.”

⁸⁰ “This lack of ‘*wisdom and steadiness*’ in legislation, said Madison in 1786, was ‘the grievance complained of in all our republics’. The laws had become so profuse and complicated that, as one Vermont minister charged, the very means appointed to preserve order had become the source of irregularity and confusion.”

fortes palavras de JOHN JAY, cuja sabedoria os havia deixado na escuridão (Cf. KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 24).

E a principal conseqüência desta composição *populista* da legislatura se fez sentir no tipo de leis que se fizeram aprovar. KRAMNICK, ao retratar os opositores dos *Articles of Confederation*, bem menciona o conteúdo normativo usualmente emitido neste período:

“Sua mordida [do *populacho* que compunha o Poder Legislativo] se fez sentir na natureza de leis aprovadas pelas legislaturas estaduais, durante o período do Articles. A preocupação de muitos que repudiavam os Articles, durante a Convenção Constitucional, não se referia, apenas, quanto ao imenso poder que as legislaturas estaduais, abstratamente consideradas, possuíam, mas sim ao conteúdo substantivo da legislação aprovada por estas poderosas legislaturas, uma vez que tais ameaçavam interesses econômicos e direitos privados. Seria a natureza distributiva de grande parte da legislação proveniente das legislaturas estaduais, neste período, que enraivou os críticos dos Articles.”⁸² (KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 25).

O conteúdo das leis que ameaçavam os interesses econômicos e os direitos privados era diverso. Eram leis aprovando a emissão de papel-moeda sem lastro, normas favorecendo o devedor, e não o credor, e normas redistribuindo terras e propriedades:

“Em um Estado atrás do outro, os novos homens das legislaturas aprovaram leis sobre papel-moeda que providenciavam dinheiro barato, legislação beneficiando devedores, legislação desrespeitando contratos, leis confiscando propriedades e leis suspendendo os meios habituais de se recuperar dívidas. (...). Em 1786, sete Estados emitiram papel-moeda com o qual os devedores eram encorajados a pagar seus credores.”⁸³ (KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 25).

⁸¹ “The trouble was that, in John Lloyd’s words, ‘Gentlemen of property’ too frequently lost electoral contests to men from the ‘lower classes’”.

⁸² “Their bite was felt in the kind of laws passed by the state legislatures during the period of the Articles. The concern of many who repudiated the Articles at the Constitutional Convention would be not simply the immense power of state legislatures, abstractly considered, but the substantive content of the legislation passed by these all powerful legislatures as it threatened vested economic interests and private rights. It would be the redistributive nature of so much of the legislation coming out of the state legislatures in this period which enraged the critics of the Articles.”

⁸³ “In state after state the new men in the legislatures passed paper money acts providing cheap money, debtor relief legislation, legislation setting aside contracts, laws confiscating property and laws suspending the ordinary means for recovering debts. (...). In 1786 alone seven states issued paper money with which debtors were encouraged to pay their creditors.”

O que chamava a atenção não era o caráter esporádico destas leis. Ou seja, tais não eram frutos de uma legislatura *torta*, um Poder Legislativo isolado, corrompido pela qualidade deficitária, porém *acidental*, de seus membros. Parecia, naquele momento, que o problema decorria, necessariamente, da concepção política focada no Poder Legislativo. Nesse diapasão, WOOD:

“O confisco de propriedade, nos esquemas de papel moeda, nas leis mais benéficas [ao devedor], e os vários meios de se suspender os meios usuais de se recuperar as dívidas, apesar de sua ‘clara e patente ... violação de todo e qualquer princípio de justiça’, não eram decretos de um tirânico e irresponsável magistrado, mas de leis aprovadas pelas legislaturas, as quais eram, provavelmente, tão iguais e razoavelmente representativas do povo que qualquer outra legislatura na história.”⁸⁴ (1972: 404).

Confirma a veracidade desta afirmação o fato de tais leis serem uma constante em todos os Estados norte-americanos:

“As leis da Carolina do Norte, em 1780, eram para o Advogado-Geral JAMES IRIDEEL ‘a mais vil coleção de lixo jamais produzida por um corpo legislativo’. A legislatura de New York, lembrou o Chanceler ROBERT LIVINGSTON, estava ‘diariamente cometendo os mais flagrantes atos de injustiça’.”⁸⁵ (WOOD, 1972: 406).

Nesse sentido, também, RIESMAN:

“Os senhores estavam preocupados, em 1786, quando legislaturas em New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, New York, New Jersey e Maryland, aprovaram normas sobre papel moeda e quando a legislatura de Rhode Island aprovou uma norma de força exigindo que todos aceitassem o papel moeda, de acordo com seu valor de face.”⁸⁶ (In. BEEMAN, BOTEIN, CARTER II (ed.), 1987: 150).

⁸⁴ “The confiscation of property, the paper money schemes, the tender laws, and the various devices suspending the ordinary means for the recovery of debts, despite their ‘open and outrageous ... violation of every principle of justice’, were not the decrees of a tyrannical and irresponsible magistracy, but laws enacted by legislatures which were probably as equally and fairly representative of the people as any legislatures in history.”

⁸⁵ “The North Carolina laws of 1780 were to Attorney-General James Iridell ‘the vilest collection of trash ever formed by a legislative body’. The New York legislature, remarked Chancellor Robert Livingston, was ‘daily committing the most flagrant acts of injustice.’”

⁸⁶ “Gentlemen were distressed in 1786 when legislatures in New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, New York, New Jersey, and Maryland passed paper money acts and when the Rhode Island legislature passed a strict tender or force act requiring everyone to accept paper money at face value.”

O resultado imediato foi a desestabilização da sociedade americana. Empréstimos eram evitados e, ironicamente, não pelo pretense devedor, mas exatamente pelo credor, que temia que, no dia seguinte, o contrato por ele firmado, fosse legalmente desconsiderado. As leis que, anteriormente, eram reputadas como a fonte de ordem e estabilidade social, haviam agora se tornado, exatamente, a fonte de caos e desordem^{87*}.

Tais leis, ademais, desencadearam uma onda consumerista, em todas as ex-colônias. Todos os cidadãos, principalmente os comuns, passaram a consumir a mais variada sorte de produtos, principalmente produtos de luxo provenientes da Inglaterra, cientes de que, posteriormente, seriam salvos por atos do Poder Legislativo. Sobre a situação social do período, RIESMAN:

“Em 1786, ao que parecia, uma revolução social estava a caminho: pequenos artesãos e fazendeiros estavam comprando de forma pródiga. Havia constantes reclamações, em jornais, panfletos, acerca das pessoas comprando chapéus, laços, seda, tecidos finos, lençóis bordados, louça, rum, chá e madeira, e, particularmente, da ascensão social que parecia infectar americanos em toda a parte. Parecia, aos nobres, que todos, agora, queriam aparentar cavalheirismo [ser genteel]. Homens e mulheres estavam obcecados com suas aparências exteriores e com os vestidos e maneiras de suas crianças. Era esta ‘coceira cara’, como um comentador alcunhou, que fomentou a enorme importação de bens da Inglaterra, e que conduziu gastadores insolventes a exigir papel-moeda.”⁸⁸ (In. BEEMAN, BOTEIN, CARTER II (ed.), 1987: 147).

⁸⁷ Cf. WOOD, “Paradoxical como parecia, era agora a exata força das leis dos Estados, não a anarquia e a ausência de lei, que estava viciando a nova república. (...) Fé pública e confiança privada estavam sendo destruídas por papel moeda e por legislações retroativas. Quem emprestaria dinheiro, perguntava-se, ‘se uma legislatura onipotente pode desconsiderar contratos outrora ratificados sob a chancela da lei?’” (1972: 406).

Paradoxical as it seemed, it was the very force of the laws of the states, not anarchy or the absence of law, that was vitiating the new republics. (...) Public faith and private confidence were being destroyed by paper money and *ex post facto* legislation. Who would lend money, it was repeatedly asked, ‘if an omnipotent legislature can set aside contracts ratified by the sanction of law?’”.

⁸⁸ “By 1786, it seemed, something in the nature of a social upheaval was under way: ordinary artisans and farmers were reported to be on a stunning shopping free. There were constant complaints, in newspapers, pamphlets, and journals, about people buying hats, laces, silks, gauze, chintz sheets, china, rum, tea, and madeira and particularly about the social climbing which seemed to infect Americans everywhere. It appeared to gentlemen that everyone now wanted to be genteel. Men and women alike seemed obsessed with their outward appearance and with the dress and demeanor of their children. It was this ‘costly itch’, as one commentator called the remarkable buying, that fueled the enormous importation of goods from Britain and that led suddenly insolvent spenders to cry out for paper money.”.

Neste mesmo sentido, MAIN, porém, quanto aos pequenos agricultores, e a pressão destes para medidas legais que lhes fossem benéficas^{89*}:

“Uma solução atraente para os problemas financeiros dos agricultores era o papel-moeda. Ele poderia ser emitido para pagar as despesas do governo, afastar o déficit público, e reduzir a dificuldade em se pagar tributos. Dívidas privadas também poderiam ser mais facilmente pagas. Como um devedor, o agricultor desejava também que o processo judicial fosse mais favorável a ele. Ele exigia cortes situadas em locais que lhe fossem mais convenientes, baixos custos judiciais e menores honorários advocatícios, leis obrigando credores a aceitar propriedade a um valor ‘justo’, a abolição de prisões por dívidas, e leis suspendendo a cobrança das dívidas.”⁹⁰ (1974: 7).

No esteio destes acontecimentos, passou-se a temer que o próximo passo fosse a redistribuição de propriedades, principalmente por meio do papel-moeda, na medida em que estes poderiam, a partir de previsão normativa, ter força legal, fazendo com que todos aceitassem a sua utilização, o seu recebimento. Uma vez mais sobre este assunto, RIESMAN:

“A sensação de catástrofe iminente aumentou gradativamente no final de 1786. Membros do Congresso Continental [congresso desprovido de quaisquer poderes] temiam que, se os eventos fugissem do controle, a redistribuição de propriedade se tornaria uma realidade e a vida social que todos conheciam desapareceria. (...). Para WASHINGTON e outros, exigências por papel-moeda se assemelhavam, em grande parte, com exigências por leis agrárias. Leis de força [que impunham curso legal ao papel moeda], que cada vez mais eram aprovadas, promulgadas juntamente com atos que aprovavam a emissão de papel moeda, obrigavam as pessoas a trocar sua propriedade por qualquer papel que proliferasse no mercado. Se as pessoas ordinárias pudessem adquirir quantidade suficiente de papel e obrigar os mais ricos da sociedade a aceitar o papel, em troca, sob a penalidade da lei, então eles poderiam, de fato, forçar uma redistribuição de toda a propriedade. Então, exigências por papel pareciam possuir uma sinistra implicação niveladora, para a parte aristocrática da sociedade. A exigência por uma igualdade de direitos se transformaria, sutilmente, em exigências por igualdade de propriedade, em abolição dos direitos privados e na redistribuição de

⁸⁹ Para um estudo sobre a relação entre riqueza e predisposição a normas deste porte, vide MAIN (1974: 21-40).

⁹⁰ “An attractive solution to the farmer’s financial problems was paper money. It could be issued to pay the expenses of government, discharge public debts, and reduce the hardship of paying taxes. Private debts could also be more easily paid. As a debtor, the farmer also hoped that the judicial process might be made more favorable to him. He demanded the more convenient location of courts, lower court costs and lawyer fees, laws obliging creditors to accept property at a ‘fair’ value, the abolition of imprisonment for debt, and laws delaying the recovery of debts.”

toda a riqueza? Os aristocratas que se sentavam no Congresso [Continental] acreditavam que sim.”⁹¹ (In. BEEMAN, BOTEIN, CARTER II (eds.), 1987: 150-151).

Esta preocupação faz-se sentir na troca de correspondência entre MADISON e seu pai, na qual tratava de fato – quiçá isolado, a saber, a rebelião de SHAY, em Massachusetts, como um movimento com provável pretensão sobre a redistribuição de propriedade^{92*}:

“Ele [MADISON] escreveu para o seu pai que enquanto os soldados de SHAY^{93*} alegavam pretender, apenas, remediar certos abusos da administração pública ... uma abolição das dívidas, pública e privada, e uma nova divisão de propriedade parece estar, seguramente, em contemplação.’”⁹⁴ (KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 28).

Encerrando, aqui, este assunto, ressalta-se que uma das primeiras medidas dos *Founding Fathers* da Constituição de 1787, compostos, em sua maioria, pelos descontentes com as Assembléias estaduais, foi a previsão, nesta Constituição, do seguinte dispositivo:

⁹¹ “The sense of impending doom mounted late in 1786. Members of the Continental Congress worried that, if events in the states ran out of control, redistribution of property would become a reality and social life as gentlemen had known it would disappear. (...) To Washington and other gentlemen, demands for paper money did indeed seem like demands for agrarian laws. Force laws, which were increasingly passed in tandem with acts to emit paper currency, obliged people to exchange their property for any paper proffered in the market. If ordinary people could acquire enough paper and oblige the wealthier in society to accept paper in trade, under penalty of law, they could effectively force redistribution of all property. Thus, demands for paper seemed to possess sinister, leveling implications that frightened the genteel part of society. Would demands for equality of rights swiftly be transformed into demands for the equality of property, the abolition of private rights, and the redistribution of all wealth? Well-to-do gentlemen who sat in Congress believed so.”

⁹² Também nesse sentido, MAIN: “Foi-se reportado que alguns estavam demandando ‘uma igual distribuição de propriedade’ ou ‘aniquilação das dívidas’, enquanto ‘todos eles exclamavam contra a lei e o governo.’” (1974: 67).

“It was reported that some were demanding ‘an equal distribution of property’ or ‘the annihilation of debts’, while ‘all of them exclaimed against law and government’.”

⁹³ Sobre os efeitos desta mesma resolução na classe mais alta, MAIN:

“Um cidadão preocupado alertou que as exigências dos rebeldes, se aceitas, ‘terminariam em uma abolição das dívidas públicas e privadas e, então, uma redistribuição igualitária de propriedade seria demandada.’” (1974: 105).

“One worried citizen warned that the rebel demands, if granted, ‘must end in an abolition of all public & private debts and then an equal distribution of Property may be demanded’.”

⁹⁴ “He [Madison] wrote to his father that while Shay’s soldiers claimed only to seek remedies for certain ‘abuses in the public administration ... an abolition of debts, public and private, and a new division of property are strongly suggested to be in contemplation.’”

“Artigo I, seção 10. Nenhum Estado deve (...) cunhar Moeda; emitir Notas de Crédito; fazer qualquer Coisa que não Moeda de ouro e prata como material para pagamento de dívidas; aprovar qualquer (...), Lei *ex post facto*, ou Lei afastando a Obrigação de Contratos (...)”⁹⁵.

Procurava-se, assim, retirar da agenda legislativa toda e qualquer possibilidade de se restabelecer aquele tipo de legislação que havia ameaçado a aristocracia e produzido tanta insegurança.

Interessante notar, ademais, que conteúdos espúrios não se faziam repetir, apenas, na legislação infra-constitucional. As Constituições dos Estados, também, traziam em seu conteúdo normas que, hodiernamente, afiguram-se como verdadeiros impropérios.

A Constituição de Pennsylvania – mais uma vez ela – impunha um juramento religioso, que deveria ser feito por todo candidato a qualquer cargo eletivo. KENYON trata desta exigência, que se repetia em outros Estados:

“Um juramento religioso também era exigido dos candidatos a eleições. Seria excluída qualquer pessoa sensível quanto à santidade dos juramentos, que não acreditasse que Jesus Cristo fosse o filho de Deus e na natureza divina do antigo e do novo testamento. *Exigências semelhantes eram uma constante nas colônias, naquele tempo, e é apenas uma surpresa leve descobrir tal previsão na Pennsylvania. Talvez seja significativa lembrar que o demos não é sempre libertário.*”⁹⁶ (KENYON, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 100; ênfase acrescentada).

Neste mesmo Estado, o juramento haveria de ser feito, novamente, pelos eleitos para ocupar a legislatura^{97*}. Tal estava a denotar que, apenas, cristãos poderiam atuar como representantes do povo (Cf. KENYON, In PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 101).

⁹⁵ “Article I, section 10. No States shall (...) coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a tender in Payment of Debts; pass any (...), ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts (...)”.

⁹⁶ “A religious oath was also required of candidates for election. It would have excluded any person sensitive about the sancity of oaths who did not believe in Jesus Christ as the son of God and in the divinely inspired nature of the Old and New Testaments. Similar requirements were common in most of the colonies at the time, and it is only mildly surprising to find this one in Pennsylvania. It is perhaps significant as a reminder that the *demos* is not always libertarian.”.

⁹⁷ Os termos eram: “Eu acredito em um Deus, o criador e governador do universo, o premiador do bom e punidor do mal. E eu reconheço que as escrituras do antigo e do novo testamento possuem inspiração divina.” (Apud KENYON, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 101).

“I do believe in one God, the creator and governor of the universe, the rewarder of the good and the punisher of the wicked. And I do acknowledge the Scriptures of the Old and New Testament to be given by Divine inspiration”.

2.3. 1787-1788: a Convenção de Filadélfia

2.3.1. Implicações do período da *politics of liberty*

O período de 1776 a 1786, com suas rebeliões, leis e legislaturas esdrúxulas, causou, em muitos, uma nítida sensação de que a independência havia tornado perpétuo o estado de revolução e, ademais, legitimado a desordem civil (Cf. WOOD, 1972: 362). E, para estes mesmos descrentes, a sensação era de que os efeitos da desordem se fariam sentir por muito tempo. Este é o sentimento, por exemplo, de DAVID RAMSAY, um médico formado em Princeton e que representava a Carolina do Sul no Congresso Continental:

“‘Esta revolução’, disse DAVID RAMSAY a BENJAMIN RUSH, em 1783, ‘introduziu tanta anarquia que se levará quase que um século para erradicar a licenciosidade do povo.’”⁹⁸ (WOOD, 1972: 403)

Interessante notar que este período incutiu sentimentos verdadeiramente opostos. Muitos diziam que este momento se caracterizava por ser anárquico. Este, por exemplo, é o ponto de vista de KRAMNICK (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 27)^{99*}. Do outro lado, afirmava-se que o período mencionado havia, sim, sido o de uma tirania, a do legislativo. Esta é a posição de WOOD:

“Verdade, havia exemplos suficientes da licenciosidade do povo: o oeste de Massachusetts [menção à rebelião de SHAY] era um vale dos horrores. Mas a anarquia e a falência do governo, decorrente da primeira, não mais se afigurava como uma forma precisa de descrever tudo o que estava acontecendo no período de 1780. Um excesso de poder no povo estava conduzindo não apenas à licenciosidade, mas a um novo tipo de tirania, não pelos governantes tradicionais, mas pelo próprio povo – o que JOHN ADAMS, em 1776, chamou de uma contradição teórica, um despotismo democrático.”¹⁰⁰ (1972: 404).

⁹⁸“‘This revolution’, David Ramsay told Benjamin Rush in 1783, ‘has introduced so much anarchy that it will take half a century to eradicate the licentiousness of the people’.”

⁹⁹ Segundo este autor:

“Os britânicos foram excessivos no exercício do governo e da autoridade; agora o povo era excessivo no exercício da liberdade. A ‘politics of liberty’ levou à injustiça, à perversão e à anarquia.”

“The British had been excessive in the exercise of government and authority; now the people were excessive in the exercise of liberty. The ‘politics of liberty’ had led to injustice, wickedness and anarchy.”

¹⁰⁰ “True, there were sufficient examples of the people’s licentiousness: western Massachusetts was a valley of horrors. But anarchy and the breakdown of government that it connoted no longer seemed an accurate way to describe all of what was happening in the 1780’s. An excess of power in the people was leading not simply to licentiousness but to a new kind of tyranny, not by the traditional rulers, but by the

A contradição está no fato de a anarquia presumir a ausência de poder – organizado; enquanto a tirania, o excesso. Contudo, se alocarmos cada um dos termos em seus devidos lugares, tal paradoxo será meramente aparente. A sensação de anarquia residia no tipo de leis que o legislativo aprovava e que gerava o já mencionado caos e insegurança. Leis retroativas ou *ex post facto*, que anulavam contratos ou impunham força legal ao excessivo papel-moeda emitido pelos Estados, ocasionavam um verdadeiro sentimento de insegurança jurídica, tal como se não houvesse, mesmo, legislação regulando as relações sociais.

Já a tirania residia na fonte destas normas, no Poder Legislativo, que desrespeitava qualquer direito e as demais funções do governo – isto quando não era a legislatura o único poder previsto no governo. Um caso paradigmático é o de Rhode Island e sua legislação que pretendia dar força legal ao eventual papel-moeda emitido. Conforme bem narra RIESMAN:

“quando a questão das leis dando força legal ao papel moeda foi julgada nas cortes de Rhode Island, em *Trevett v. Weeden*, apareceu, para os membros do Congresso Continental, de que a legislatura de Rhode Island temia o poder das cortes, não confiava nos jurados que haviam sido apontados pela corte, e, ademais, contestavam o direito fundamental a um julgamento pelo júri. Contestações populares semelhantes que se fizeram sentir nas cortes da Pennsylvania convenceram os nacionalistas de que a ânsia dos devedores por papel-moeda provavelmente desmoronaria todo o sistema de justiça, baseado em séculos da tradição inglesa.”¹⁰¹ (In. BEEMAN, BOTEIN, CARTER II, 1987: 150).

A tirania, enfim, apresentava-se na ausência de quaisquer limites ao Poder Legislativo, conforme havia concluído MADISON, em 1785 (Cf. WOOD, 1972: 275). Restava, agora, saber como sanar ambos os problemas, principalmente o da tirania do legislativo, que era a causa de toda a insegurança jurídica e da sensação de anarquia, na sociedade norte-americana. Para WOOD (1972: 376), a busca deste remédio, desta

people themselves – what John Adams in 1776 had called a theoretical contradiction, , a democratic despotism.”

¹⁰¹ “when the issue of tender laws was tried in the Rhode Island courts, in *Trevett v. Weeden*, it appeared to members of the Continental Congress that the Rhode Island legislature feared the power of the courts, did not trust the jurors whom the court appointed, and, indeed, objected to the fundamental right of trial by jury. Similar popular complaints about the courts in Pennsylvania convinced nationalists that the rage of debtors for paper money was likely to overturn the entire system of justice, based on centuries of English tradition.”

forma de controlar o Poder Legislativo, foi a questão central da política e do constitucionalismo do período da Confederação.

A resposta a tal busca encontrava-se presente em uma concepção já constante (germinalmente – é claro) do primeiro período da revolução norte-americana, a saber, de que o legislativo também pode cometer abusos; o que, portanto, fazia necessário e desejável que se criasse uma distinção no próprio bojo normativo, entre espécies legislativas, de forma que a emanada do Poder Legislativo houvesse que respeitar aquela que lhe fosse hierarquicamente superior – e que receberia o nome de Constituição. Sobre o tema, WOOD:

“Sob a pressão dos eventos de 1760 e 1770, muitos americanos estavam determinados a providenciar proteção aos direitos fundamentais e foram de encontro, como seus ancestrais ingleses haviam feito no século XVII [posicionamento de SIR EDWARD COKE, no *Bonham’s case*], para uma definição de constituição como algo distinto de e superior a todo o governo, *incluindo até mesmo os representantes legislativos do povo.*”¹⁰² (1972: 266; ênfase acrescentada).

Ressalte-se, apenas, que esta idealização da Constituição como o ordenamento jurídico superior não foi imediata e, tampouco, transcorreu sem obstáculos. Muito embora as ex-colônias, em sua íntegra, tivessem constituições, tais, em nada, se diferenciavam das leis provenientes da legislatura. A lógica era simples. Não havia como hierarquizar as legislaturas; é dizer, a assembléia responsável pela elaboração da Constituição dos Estados não possuía maior legitimidade política que as sucedâneas, responsáveis, apenas, pelos atos legais. O resultado disto é que,

¹⁰² “Under the pressure of the events in the 1760’s and seventies, many Americans were determined to provide for the protection of these fundamental rights and moved, as their English ancestors had in the seventeenth century, toward a definition of a constitution as something distinct from and superior to the entire government including even the legislative representatives of the people.”

Ainda sobre esta questão: “A natureza fundamental da constituição que esteve presente, de forma dormente, nas suposições de 1776 era agora vitalizada e trazida à baila pela crescente insatisfação com a atividade legislativa, uma insatisfação que grande parte dos Americanos não havia, ao período da revolução, realmente antecipado, ainda que muitos estivessem cientes de abusos parlamentares. A lógica para a aparição de um sentido de constituição enquanto algo ‘sagrado e inviolado’, que ‘nenhuma legislatura poderia alterar ou emendar’ de qualquer maneira, era tal que os poucos que, cada vez mais, sentiam a necessidade de limitar as legislaturas não puderam resistir.” (WOOD, 1972: 276).

“The fundamental nature of a constitution that had been dormantly present in the assumptions of 1776 was now vitalized and drawn out by the growing dissatisfaction with legislative activity, a dissatisfaction with the fairest Americans at the time of the revolution had not really anticipated, however much they had been aware of Parliament’s abuses. The logic of the emerging meaning of a constitution as something ‘sacred and inviolate’, which ‘no legislature ought to presume to alter or amend’ in the slightest way, was such that few who increasingly felt the need to limit their legislatures could resist it.”

invariavelmente, as legislaturas findavam por desrespeitar as suas respectivas constituições:

“E porque nenhuma legislatura poderia aprovar um ato transcendente do poder das demais legislaturas, a Constituição era meramente ‘um estatuto’ com ‘nenhuma autoridade superior que os outros estatutos da mesma sessão’. Não poderia ser nem ‘perpétua’ e tampouco ‘inalterável pelas outras legislaturas’. Na verdade, as assembleias que lhe sucediam continuavam a aprovar leis ‘em contradição ao estatuto do governo’.”¹⁰³ (WOOD, 1972: 276).

Porém, após a tomada de consciência desta possibilidade de se instaurar um documento superior ao governo e, principalmente, ao Poder Legislativo e aos seus atos, os opositores à ‘politics of liberty’ e àquilo que esta implicava, a supremacia do parlamento, buscaram exatamente formular uma Carta desta natureza. Este foi o propósito da Convenção de Filadélfia^{104*}.

Frise-se, por fim, que o produto da Convenção alteraria, amplamente, a concepção política então adotada na Independência:

“Ao mudar o poder dos Estados, onde os novos homens dominavam, para um novo governo central, a Constituição reverteria o veredicto de 1776 sobre quem governaria a América. Em certo sentido, então, 1787 e a Constituição representam o triunfo de uma leitura da Revolução Americana sobre outro – o espírito de 76 enquanto embutidos nos Artigos da Confederação.”¹⁰⁵ (KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 15).

2.3.2. A concepção política dos *Founding Fathers*: a aristocracia natural

Acima, já foi visto, à exaustão, que a preocupação central dos federalistas, responsáveis pela elaboração da Constituição Federal de 1787, estava no

¹⁰³ “And because no legislature could pass an act transcendent of the power of other legislatures, the Constitution was merely an ‘ordinance’ with ‘no higher authority than the other ordinances of the same session.’. It could be neither ‘perpetual’ nor ‘unalterable by other legislatures’. In fact, the succeeding assemblies had continued to pass acts ‘in contradiction to their ordinance of government’.”

¹⁰⁴ Nesse sentido, KAY: “Os elaboradores da Constituição dos Estados Unidos não estavam desatentos ao poder arbitrário que provinha tanto da legislatura como de qualquer outra fonte.” (In. ALEXANDER (ed.), 2005: 24).

“The framers of the United States Constitution were no less wary of arbitrary power issuing from a legislature than from any other source.”

¹⁰⁵ “In shifting power from the states, where new men dominated, to a new central government, the Constitution would reverse the verdict of 1776 on who would rule in America. In a sense, then, 1787 and the Constitution represent the triumph of one reading of the American Revolution over another – the spirit of 76 as enshrined in the Articles of Confederation.”

Poder Legislativo. Contudo, não era tanto o Poder Legislativo, abstratamente considerado, que os consternava, mas sim a composição subjetiva deste. Sabia-se, de fato, que o Poder Legislativo não apresentava limites, cometia mandos e desmandos. Mas, a origem deste mal estava presente na qualidade de seus membros. Uma vez que se alterasse a qualidade destes, o Poder Legislativo não mais seria objeto de preocupação, não mais aprovaria leis de qualidade duvidosa, que colocassem em xeque direitos privados.

De certa forma, então, percebe-se que a questão de fundo do problema estava no tipo de participação popular que a Independência havia ensejado, uma participação populista, de parca qualidade e, ademais, intensa:

“Para os Federalistas, o grande perigo para o republicanismo não provinha, como os antigos Whigs haviam imaginado, dos governantes ou de qualquer minoria distinta da comunidade, mas da intensa participação do povo no governo.”¹⁰⁶ (WOOD, 1972: 517).

A solução para este problema, a forma de se elidir o perigo que a concepção presente na Independência havia ocasionado, estava na introdução – agora prática – da *aristocracia natural*, no governo. Os *Founding Fathers* tentariam, agora, implementar, por meio da Constituição de 1787, o que eles haviam, há muito, idealizado, uma república meritocrática. Sem embargo, tal tarefa não seria das mais fáceis, conforme bem lembra WOOD, citando JONATHAN JACKSON, formado em Harvard e autor da obra *Thoughts upon the Political Situation of the United States* – o que, de certa forma, denota sua posição social e inclinação política^{107*}:

¹⁰⁶ “To the Federalists the greatest dangers to republicanism were flowing not, as the old Whigs had thought, from the rulers or from any distinctive minority in the community, but from the widespread participation of the people in the government.”

¹⁰⁷ Estes fatos são indícios de que este personagem poderia compactuar com os ideais dos Federalistas. Contudo, tais não, necessariamente, nos fazem concluir pela sua predisposição à natural aristocracy, tendo em vista o exemplo de RICHARD HENRY LEE e GEORGE MASON, dois dos mais notáveis antifederalistas, e que possuíam posição social e intelectual avantajada.

De qualquer forma, pode-se perceber a relação entre preparo intelectual e cultura, na sociedade norte-americana de então, e o posicionamento político, na formação dos membros da Convenção de Filadélfia, cuja grande maioria era favorável à noção de aristocracia natural. Nesse sentido, a importante constatação de KRAMNICK: “Os delegados que vieram para Filadélfia representavam uma ampla gama de talentos, especialmente se se considerar o tamanho da América nesta época. Dos 55 delegados, aproximadamente 60% tinha ido à faculdade, com nove de Princeton, quatro de Yale e três de Harvard. A profissão mais representada era o direito, trinta e quatro dos delegados eram advogados, comerciantes e fazendeiros vinham em seguida.” (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 30).

“The delegates who came to Philadelphia represented a striking array of talent, especially taking into consideration the size of America then. Of the fifty-five delegates, nearly 60 percent had attended college,

“O problema central que enfrentava a América, disse JACKSON, estava em trazer a aristocracia natural de volta à ativa e distribuir ‘autoridade a aqueles, e apenas a aqueles, que, por natureza, educação e boa disposição, estavam qualificados para o governo’. Era este o problema que a Constituição Federal haveria que resolver.”¹⁰⁸ (WOOD, 1972: 510).

Antes, contudo, de adentrarmos nos mecanismos utilizados pela Constituição Federal, importante diferenciar a concepção americana de aristocracia da inglesa. O elemento divergente pode ser encontrado, de pronto, no epíteto que os Federalistas utilizavam para adornar sua concepção de aristocracia. Sua aristocracia era *natural*, em contrariedade à inglesa, dita *artificial*. Enquanto a aristocracia inglesa se pautava em títulos e cargos, usualmente concedidos pela Coroa, como forma de estabelecer uma relação de suserania e vassalagem, e que destoavam, na sua maioria, das virtudes dos que ostentavam tais títulos; a aristocracia norte-americana seria pautada pelas virtudes de cada cidadão. Enfim, a aristocracia natural norte-americana estava vocacionada ao mérito individual.

Passa-se, agora, às formas utilizadas pelos *Fathers* para implementar esta aristocracia.

2.3.2.1. O Senado e a Presidência: o uso do *filtering principle*

Os membros da Convenção de Filadélfia estavam amplamente conscientes de que a Constituição a ser elaborada apresentaria como função principal estabelecer os meios de se escolher os melhores membros, em termos meritocráticos, da sociedade, e, em segundo lugar, a de assegurar que ambos permanecessem virtuosos – os termos dos *Framers*, aliás, eram mais amplos; para eles, todas as Constituições teriam esta finalidade. Este ponto de vista é colocado, por MADISON, no *Federalist Paper # 57*:

“O objetivo de toda constituição política é, ou deve ser, primeiramente, obter como governantes homens que possuam sabedoria para discernir, e virtude para buscar, o bem comum da sociedade; e, em segundo lugar,

with nine from Princeton, four from Yale and three from Harvard. The largest profession represented was the law; thirty-four of the delegates were lawyers. Merchants and planters came next.”

¹⁰⁸ “The central problem facing America, said Jackson, was to bring the natural aristocracy back into use and to convey ‘authority to those, and those only, who by nature, education, and good dispositions, are qualified for government.’ It was this problem that the federal Constitution was designed to solve.”

estabelecer as mais efetivas precauções para que tais [governantes] se mantenham virtuosos, enquanto continuem a manter o cargo público. A forma eletiva de se obter tais governantes é a característica da política do governo republicano.”¹⁰⁹ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 343).

A forma escolhida para se obter a melhor parcela da sociedade foi o chamado princípio de filtragem (*filtering principle*), que funcionaria de duas formas. A primeira e principal seria a superação de pequenos distritos eleitorais por outros, de maior tamanho. A lógica era simples. Em distritos eleitorais pequenos, a possibilidade de facciosismo^{110*} (captura do representante por interesses privados) e de que o eventual representante, apenas, se preocupasse com os interesses locais, em detrimento do bem comum de toda a nação, seria maior. Em distritos eleitorais mais amplos, um candidato somente seria reconhecido por pretensos eleitores que se encontrassem longe de sua base eleitoral se tivesse uma boa fama, fosse reconhecidamente um cidadão virtuoso. Em distritos pequenos, tais características pouco importariam. Relevantes, neste último caso, são a troca de favores e a coalizão de grupos políticos detentores de interesses privados.

Sobre o assunto, KRAMNICK:

“A mudança de poder para o centro [para a União] e a criação de uma legislatura nacional, baseada em amplas e diversas unidades representativas fariam com que, como MADISON apontava na Convenção Constitucional em 31 de Maio de 1787, ‘se refinassem as indicações populares por sucessivas filtrações.’”¹¹¹ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 41).

E, também, WOOD:

¹⁰⁹ “The aim of every political constitution is, or ought to be, first to obtain for rulers men who possess most wisdom to discern, and most virtue to pursue, the common good of society; and in the next place, to take the most effectual precautions for keeping them virtuous whilst they continue to hold their public trust. The elective mode of obtaining rulers is the characteristic policy of republican Government.”

¹¹⁰ Para um conceito de facção, termo pouco utilizado pela doutrina brasileira, MADISON, no Federalist paper # 10: “Por facção eu compreendo um número de cidadãos, quer atuando em nome de uma maioria ou minoria de um grupo, que são unidos e impelidos por um impulso comum de paixão ou interesse, adverso ao direito de outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e comuns da comunidade.” (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 123).

“By a faction I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.”

¹¹¹ “Shifting power to the center and creating a national legislature based on large and diverse representational units would, as Madison pointed out to the Constitutional Convention on May 31, 1787, ‘refine the popular appointments by successive filtrations.’”

“A eleição, pelo povo, em grandes distritos [eleitorais] acalmaria a demagogia e a grosseira busca de votos e tornaria, então, segundo JAMES WILSON, ‘mais provável que se obtivessem homens de inteligência e retidão.’¹¹² (1972: 512).

A elaboração deste princípio se deu, principalmente, no *Federalist Paper* #10, por JAMES MADISON.

Percebe-se que a premissa inicial deste dito princípio é a criação de circunscrições territoriais extensas^{113*}, de forma que se evitasse a formação de facções. Nesse sentido, MADISON:

“Como todo representante será escolhido por um maior número de cidadãos na grande república do que em uma de menor tamanho, será mais difícil para os candidatos não merecedores praticarem, com sucesso, as artes viciadas pelas quais as eleições são usualmente conduzidas; e o sufrágio do povo sendo mais livre, provavelmente ele escolherá os homens que possuam os méritos mais atraentes e tenham suas qualidades mais difundidas e estabelecidas.”¹¹⁴ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 127).

Obviamente que a defesa de circunscrições territoriais extensas não dizia respeito, meramente, à questão territorial. Em um período de baixa densidade demográfica, a menção a amplos espaços territoriais estava a significar maior número de pessoas. Na mente de MADISON, quanto maior fosse o número de pessoas, mais difícil seria, então, que estes chegassem a um consenso, ainda mais um consenso que fosse deletério ao bem comum:

“Quanto menor a sociedade, menor a probabilidade de que haverá partidos e interesses distintos compondo-a; quanto menor o número de interesses e partidos distintos, mais freqüentemente haverá uma maioria que comporá um mesmo partido; e quanto menor o número de indivíduos compondo uma maioria, e menor o espaço territorial em que estejam situados, mais facilmente ocorrerá, por parte desta maioria, a concertação

¹¹² “Election by the people in large districts would temper demagoguery and crass electioneering and would thus, said James Wilson, ‘be most likely to obtain men of intelligence and uprightness’.”

¹¹³ Importante notar, embora não seja matéria do presente estudo, o que fará com que tal questão não seja devidamente abordada, que a defesa de MADISON pelo princípio em questão vai de encontro com a sua defesa das repúblicas, enquanto democracias em grandes circunscrições territoriais. MADISON defendia a superação do modelo *Confederativo* por um pautado em um Governo centralizado.

¹¹⁴ “as each representative will be chosen by a greater number of citizens in the large than in the small republic, it will be more difficult for unworthy candidates to practice with success the vicious arts by which elections are too often carried; and the suffrages of the people being more free, will be more likely to center on men who possess the most attractive merit and the most diffusive and established characters.”

e execução de seus planos de opressão. Amplie a esfera e você passa a admitir a inserção de uma maior variedade de partidos e interesses; você torna menos provável que a maioria do todo tenha um motivo comum para invadir os direitos dos outros cidadãos.”¹¹⁵ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 127).

Desnecessário dizer que o principal companheiro de MADISON na empreitada Constitucional, ALEXANDER HAMILTON, também compactuava com este ponto de vista, como se faz perceber da leitura do *Federalist Paper # 27*:

“Uma facção turbulenta em um Estado pode, facilmente, se supor capaz de rivalizar com os amigos do governo neste Estado; mas dificilmente poderá se imaginar em posição de igualdade aos esforços conjuntos da União.”¹¹⁶ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 202).

Outra premissa do princípio em questão diz respeito à sua finalidade e a sua implicância no tipo de representação a ser exercido no Legislativo. *Filtering principle* e mandato imperativo é uma contradição de termos, na medida em que o primeiro impõe a busca do bem comum geral de toda a nação. Esta é a finalidade de se ter uma circunscrição territorial e base eleitoral extensa, a saber, evitar-se a imposição de interesses locais ou regionais aos representantes. Nesse sentido, KRAMNICK:

“Implícita à noção federalista de filtragem, contudo, está a negação de que o representante é um mero enviado ou servente dos seus constituintes. Para MADISON, o representante haveria de ser escolhido por sua habilidade superior em discernir o bem comum e não para ser um mero emissário de sua cidade ou região, ou dos agricultores ou mecânicos que o haviam elegido. (...). Os legisladores de MADISON, de ‘refinada e ampla visão pública’, buscando ‘o verdadeiro interesse de seu país’ não pode estar sujeito à revisão anual [do mandato] promovida por fazendeiros ou pequenos comerciantes locais”¹¹⁷ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 46).

¹¹⁵ “The smaller the society, the fewer probably will be the distinct parties and interests composing it; the fewer the distinct parties and interests, the more frequently will a majority be found of the same party; and the smaller the number of individuals composing a majority, and the smaller the compass within which they are placed, the more easily will they concert and execute their plans of oppression. Extend the sphere and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens.”

¹¹⁶ “A turbulent faction in a State may easily suppose itself able to contend with the friends of the government in that State; but it can hardly be so infatuated as to imagine itself a match for combined efforts of the Union.”

¹¹⁷ “Implicit in the Federalist notion of filtration, however, is a denial of the representative as mere delegate or servant of his constituents. For Madison the representative was chosen for his superior ability to discern the public good, not to be a mere spokesman for his town or region, or for the farmers or mechanics who elected him. (...). Madison’s legislators of ‘refined and enlarged public views’ seeking

E, também, STORING:

“A representação não é suficiente, mas é o instrumento básico por meio do qual o povo não apenas representa como transcende a si próprio. Como FISHER AMES coloca, ‘a representação do povo é algo mais do que o povo.’”¹¹⁸ (1981: 45).

Por meio deste instrumento, então, pretendia-se evitar que o legislativo sucumbisse às eventuais pretensões tirânicas – centradas no interesse privado – que haviam, em um passado recente, ensejado a aprovação de leis com conteúdos egoísticos e que tanto amedrontaram grande parte dos americanos. É o caso dos atos emitindo papel-moeda e abolindo o débito. Sobre este assunto traumático, MADISON, uma vez mais no *Federalist Papers # 10*:

“Uma febre por papel-moeda, pela abolição das dívidas, por uma divisão igual de propriedade, ou por qualquer outro projeto impróprio ou perverso, será menos apto de provir de todo o corpo da União do que de um membro particular desta, da mesma forma que tal mazela é mais fácil de afetar uma cidade ou um distrito em particular do que todo o Estado[-membro].”¹¹⁹ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 128).

A segunda forma de aplicação do *filtering principle* se produz no meio institucional do governo. A filtragem seria utilizada quando da escolha dos membros do Senado e da Presidência da República. Antes, contudo, de se estudar a utilização do princípio da filtragem nestes dois órgãos, cumpre destacar o porquê destes exigirem uma aplicação distinta de filtragem, que não a anteriormente discorrida.

No que se refere ao Senado, a concepção de uma segunda câmara, no Poder Legislativo, se fazia necessária tendo em vista o fato de, segundo MADISON (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 320), no *Federalist Paper # 51*, em um governo republicano, a autoridade legislativa necessariamente predominar. Com isto, para se remediar este fato – principalmente a presença maciça das camadas mais simples da

‘the true interest of their country’ ought not to be subject to yearly review by local farmers and small-town tradesmen.”.

¹¹⁸ “Representation is not sufficient, but it is the basic device through which the people not merely represents but transcends itself. As Fisher Ames put it, ‘the representation of the people is something more than the people.’”

¹¹⁹ “A rage for paper money, for an abolition of debts, for an equal division of property, or for any other improper or wicked project, will be less apt to pervade the whole body of the Union than a particular

população na *House of Representatives*, buscou-se dividir a legislatura em duas casas, sendo que, em cada uma destas, um diferente modo de eleição seria utilizado.

Mais do que isso. A natureza dos membros de cada uma das casas seria amplamente diferente. A *House of Representatives* seria o *locus* propício para o cidadão comum. Já o Senado atuaria como receptáculo dos membros mais ilustres da sociedade. Seria, enfim, a casa da aristocracia e que serviria para amenizar as intemperanças da primeira casa, dita popular.

O Senado tinha como exemplo a *upper house* inglesa, a *House of Lords*. Contudo, cumpre ressaltar que a natureza da aristocracia em questão seria amplamente diferente. Enquanto a *House of Lords* era composta por aristocratas artificiais, que possuíam tal epíteto apenas em razão de títulos e posses – conforme visto, o Senado norte-americano, por sua vez, seria composto pela dita *aristocracia natural*, pautada pelo mérito, pela sabedoria, pela temperança. Nesse sentido, tem-se WOOD:

“Tais senados, de forma alguma, seriam [compostos por] uma aristocracia [tipicamente] européia, uma nobreza hereditária artificialmente protegida pela lei e distinta por títulos. A aristocracia americana seria uma natural, feita por homens de comprovado mérito, provenientes, temporariamente, da comunidade. Certamente, eles não seriam nenhuma *House of Lords*.”¹²⁰ (1972: 237).

Interessante notar, ainda, que a concepção do Senado, enquanto receptáculo dos representantes mais virtuosos da sociedade não foi uma criação da Constituição Federal de 1787. Esta noção já estava presente no período da ‘politics of liberty’:

“Os Revolucionários estavam, geralmente, confiantes de que existia na comunidade uma ‘parcela Senatorial’, uma elite socialmente natural e intelectual que, agora que a Coroa tinha partido, encontraria seus devidos lugares nas *upper houses* das legislaturas. Estas novas casas secundárias da legislatura, como sua designação comum de ‘senado’ indicava, seriam o repositório da clássica honra e sabedoria republicana, em que o talento superior e a devoção ao bem-comum seriam reconhecidos e premiados pelo povo. (...). Como notou o jovem ALEXANDER HAMILTON em suas

member of it, in the same proportion as such a malady is more likely to taint a particular country or district than an entire State.”

¹²⁰ “Such senates were by no means to be a European aristocracy, a hereditary nobility artificially protected by law and distinguished by titles. The American aristocracy would be a natural one, made up of men of proven merit, arising temporarily out of the community. Certainly they were to constitute no House of Lords.”

notas acerca da obra *Vidas Paralelas [Lives]* de PLUTARCO, ‘o senado era para a *commonwealth* o que lastro é para o navio.’¹²¹ (WOOD, 1972: 209).

A Constituição de Virgínia deste período, por exemplo, já trazia a previsão do Senado. E, inclusive, previsões quanto à idade dos seus membros, o tempo de mandato e seu tamanho, se afiguravam como possíveis indicadores da natureza distinta desta casa em relação à *House of Representatives*:

“Havia duas naturezas não-econômicas entre a casa baixa e a superior: os membros da última tinham que ter, ao menos, vinte e cinco anos de idade, e o tempo do mandato era de quatro anos, com a previsão de que um quarto dos seus membros fossem eleitos a cada ano. O tempo do mandato da casa baixa era de um ano, e ainda que não fosse especificado, a idade usual da maioria, 21, parece ter sido utilizada [como critério] tanto para o eleitor como para o representante. *Idade, tempo de mandato e tamanho limitado, então, aparecem como meios possíveis de se fazer uma casa mais aristocrática do que a outra.*”¹²² (KENYON, In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 94; ênfase acrescentada).

Sem embargo, as previsões do Senado, nas Constituições dos Estados, divergiam da elaborada, agora, pelos membros da Convenção de Filadélfia, conforme bem lembra KRAMNICK:

“Grande parte dos americanos ainda estava convencida da necessidade de uma câmara que representasse talento superior e sabedoria, em que os mais instruídos e contemplativos da sociedade poderiam revisar as ações mais impulsivas do povo. Nesse sentido, muitos americanos eram como THOMAS JEFFERSON em sua crença tanto pela integridade e pelo bom senso do homem comum e na existência de uma ‘aristocracia natural’, como ele a chamava, enquanto oposta à aristocracia artificial, cuja oposição retórica havia atacado. A última era uma aristocracia criada pela Coroa, que recebia suas distinções e títulos por conexões e

¹²¹ “The Revolutionaries were generally confident that there existed in the community a ‘Senatorial part’, a natural social and intellectual elite who, now that the Crown was gone, would find their rightful place in the upper houses of the legislatures. These new second branches of the legislature, as their common designation of ‘senate’ indicated, were to be the repositories of classical republican honor and wisdom, where superior talent and devotion to the common good would be recognized and rewarded by the people. (...). As young Alexander Hamilton noted in his jottings from Plutarch’s *Lives*, ‘The senate was to the commonwealth what ballast is to a ship.’”

¹²² “There were two noneconomic differences between the lower and upper houses: members of the latter had to be at least twenty-five years old, and the term of office was four years, with provision for one-fourth of the membership to be elected each year. The term of the lower house was one year, and though not specified, the usual age of majority, twenty-one, seems to have been assumed for both electors and representatives. *Age, tenure, and limited size thus appear as possible means for making one house more aristocratic than other.*”

influência, e não pelo mérito ou talento. *Ao mesmo tempo, as constituições estaduais ainda faziam dos senados distintamente secundários e consultivos do principal corpo legislativo, as casas baixas. Igualmente significativa é o fato de que, virtualmente, todos os senados eram eleitos pelo povo, em vez de [seus membros] serem indicados por um corpo intermediário. Na ‘politics of liberty’, o próprio povo se assumia capaz de escolher os melhores dentre eles.*¹²³ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 21; ênfase acrescentada).

Portanto, havia duas diferenças marcantes entre o Senado previsto e implementado no segundo período do constitucionalismo revolucionário norte-americano e o contemplado, agora, pela Constituição Federal e pelos Federalistas. A primeira diferença diz respeito à função do Senado. Se, no primeiro período acima, o Senado possuía, meramente, uma função secundária, em face da *lower house*, atuando mais como um órgão consultivo para este; agora, o Senado teria uma função fundamental para o exercício do Poder Legislativo. Seria o freio da primeira casa da legislatura, como bem coloca KRAMNICK:

“Na Convenção Constitucional, MADISON descreveu o Senado no novo governo nacional como o corpo que agiria com ‘mais temperança, mais sistematicidade e mais conhecimento que a casa mais popular.’¹²⁴ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 43).

Mais do que isso, atuaria como um verdadeiro freio aos eventuais desmandos do *populacho* e do executivo, na hipótese de este último se amancebar com o primeiro (Cf. KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 50).

A segunda diferença reside na forma de eleição dos membros desta Casa. Conforme foi visto, na concepção da ‘politics of liberty’, os seus membros eram eleitos pelo próprio povo. No terceiro e derradeiro período, conforme apontou KRAMNICK, havia um corpo intermediário, responsável pela eleição. Tal corpo, nos termos do artigo

¹²³ “Most Americans were still convinced of the need for a chamber that would represent superior talent and wisdom, where the more contemplative and learned in the community could revise the more hasty actions of the people. In this sense many Americans were like Thomas Jefferson in his belief both in the integrity and good sense of the common men, and in the existence of a ‘natural aristocracy’, as he called it, as opposed to the artificial aristocracy which opposition rhetoric had attacked. The latter was a crown-created aristocracy, which received its hobs and positions from connections and influence, not from merit and talent. All the same, the state constitutions still made the senates distinctly secondary and advisory to the principal legislative body, the lower houses. Equally significant is that virtually all the senates were elected by the people at large, rather than appointed by an intermediary body. In the ‘politics of liberty’ the people themselves were assumed capable of picking the best among them.”

1, seção 3, cláusula 1, da Constituição Federal de 1787, seria composto pelas legislaturas estaduais:

“O Senado dos Estados Unidos deverá ser composto por dois Senadores de cada Estado, *escolhidos pela legislatura respectiva*, por seis anos; e cada Senador deverá ter um voto.”¹²⁵ (ênfase acrescentada).

É exatamente esta previsão de um corpo intermediário, de uma eleição indireta, pelo povo, de seu representante nesta Casa, que se identifica a segunda forma de aplicação do princípio de filtragem.

Pretende-se, por meio desta previsão, estabelecer uma gradação de virtude e capacidade eletiva. O povo estaria na base desta pirâmide meritocrática; é dizer, seria reputado o menos capaz para escolher as pessoas de maior destaque intelectual e social. Nesse sentido, ficaria a população responsável, apenas, por eleger, os representantes que comporiam as legislaturas estaduais^{126*}.

Quanto a estas legislaturas, a premissa da qual partiam os *Fathers* era de que os seus membros – em menor número de que os seus eleitores – seriam mais aptos, melhor preparados, para identificar e escolher os membros mais distintos da sociedade, que seriam responsáveis por compor o Senado.

O germen inicial deste pensamento encontra-se em MADISON, mais uma vez no *Federalist Paper # 10*:

“As duas grandes diferenças entre a democracia e a república são: primeiro, a delegação do governo, na última, em um pequeno número de cidadãos eleitos pelo resto; em segundo lugar, pelo maior número de cidadãos e o maior âmbito do país sobre o qual a última pode abarcar. “O efeito da primeira diferença é, em um lado, refinar e aumentar as visões públicas conduzindo-as através de um meio [*medium*] de um corpo escolhido de cidadãos, cuja sabedoria possa melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor pela justiça faça com que seja menos provável que se sacrifique este interesse por considerações parciais ou temporárias. *Sob esta regulação, pode muito bem acontecer que a voz pública, pronunciada pelos representantes do povo, seja mais consoante com o bem público do que seria se fosse*

¹²⁴ “At the Constitutional Convention, Madison described the Senate in the new national government as a body that would act ‘with more coolness, with more system and with more wisdom than the popular branch’.”

¹²⁵ “The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the legislature thereof, for six years; and each Senator shall have one vote.”

¹²⁶ Ressalte-se, aqui, apenas, o fato de tal previsão quanto à forma de eleição dos membros do Senado ter sido alterada pela Emenda Constitucional n. XVII. Agora, a eleição dos senadores é feita pelo próprio povo.

*pronunciada pelo próprio povo, reunido para este propósito*¹²⁷ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 126; ênfase acrescentada).

O funcionamento deste princípio é melhor explicado por HAMILTON (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 393), no *Federalist Paper # 68*, acerca da eleição do Presidente. Neste, ele defende que um menor número de pessoas, eleitas por seus co-cidadãos, da massa geral, seria mais capaz de possuir as melhores informações e discernimento necessário para analisar quem seria o mais apto para exercer tal função. Este mesmo ponto de vista é, também, esposado por HAMILTON, no *Federalist Paper # 64*, em que se trata sobre a prerrogativa do Senado e do Presidente da República em sua competência para dispor sobre tratados:

“Como as assembléias escolhidas para eleger o Presidente, assim como as legislaturas Estaduais que escolhem os senadores, serão, em geral, compostas pelos mais iluminados e respeitáveis cidadãos, há razão para presumir que sua atenção e votos serão dirigidos àqueles homens que se tornaram os mais reconhecidos por suas habilidades e virtudes, e em quem as pessoas reconheceram motivos para confiar. A Constituição manifesta atenção particular a este objeto. (...) Ao excluir homens com menos de trinta e cinco anos do primeiro cargo [presidencial], e aqueles como menos de trinta anos do segundo [Senado], ela restringe os eleitores aos homens que o povo já teve tempo para formar julgamento, e em relação aos quais o povo não estará tão sujeito a ser enganado como ocorre com aquelas brilhantes aparições de genialidade e patriotismo, semelhantes a meteoros efêmeros, que costumam confundir e impressionar. (...) *A inferência que se resulta destas considerações é que o Presidente e senadores assim escolhidos sempre provirão daquelas fileiras que melhor entendem nosso interesse nacional, quer seja considerado em relação aos diversos Estados ou às nações estrangeiras, sendo os melhores para promover estes interesses, e cuja reputação e integridade inspira e merece confiança.*”¹²⁸ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 376; ênfase acrescentada).

¹²⁷ “The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens and greater sphere of country over which the latter may be extended.

“The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose.”

¹²⁸ “As the select assemblies for choosing the President, as well as the State legislatures who appoint the senators, will in general be composed of the most enlightened and respectable citizens, there is reason to presume that their attention and their votes will be directed to those men only who have become the most distinguished by their abilities and virtue, and in whom the people perceive just grounds for confidence. The Constitution manifests very particular attention to this object. (...). By excluding men under thirty-five from the first office [President], and those under thirty from the second [Senate], it confines the

Quanto à figura do Presidente da República, pode-se perceber, do trecho acima, que sua indicação se dá, igualmente, por meio do princípio da filtragem. A única diferença reside no corpo intermediário que será responsável por sua eleição. Enquanto os membros do Senado são (eram, a bem da verdade) eleitos pelas legislaturas estaduais, o Presidente será eleito por um grupo de eleitores – colégio eleitoral – escolhidos da forma que cada Estado preferir. Tal previsão encontra-se no Artigo II, seção I, cláusula 2, da Constituição Norte-Americana:

“Cada Estado deverá apontar, da Forma que a Legislatura respectiva dispor, um Número de Eleitores, correspondentes ao Número total de Senadores e Representantes ao qual cada Estado tenha direito no Congresso: mas nenhum Senador ou Representante, ou Pessoa exercendo cargo de confiança ou recebendo vencimentos dos Estados Unidos, poderá ser apontado como Eleitor.”¹²⁹.

Não é preciso dizer que a figura do Presidente da República também haveria de se pautar em critérios meritocráticos. Afinal, a busca dos mais aptos é a premissa inicial do *filtering principle*. Ressalte-se, ainda, que, para os Federalistas, o Presidente da República, mais do que ninguém, haveria de ser o membro mais capaz da sociedade, tendo em vista o papel central que este exerceria na concepção política norte-americana. Muito embora este assunto não seja a preocupação central do presente estudo, a figura do Presidente foi escolhida como o principal instrumento de controle da tirania do parlamento – ao menos na concepção Madisoniana:

“Os livros que JEFFERSON enviou a ele [MADISON] conduziram-no, inexoravelmente, à conclusão de que a verdadeira liberdade requeria, na América, um forte executivo e uma legislatura enfraquecida, sob o risco

electors to men of whom the people have had time to form a judgment, and with respect to whom they will not be liable to be deceived by those brilliant appearances of genius and patriotism which, like transient meteors, sometimes mislead as well as dazzle. (...). The inference which naturally results from these considerations is this, that the President and senators so chosen will always be of the number of those who best understand our national interests, whether considered in relation to the several States or to foreign nations, who are best able to promote those interests, and whose reputation for integrity inspires and merits confidence.”

¹²⁹“Each States hall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.”

de todo o poder e, então, a tirania quedar na mão do legislativo.”¹³⁰
(KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 34-35).

A sua importância residia, exatamente, na possibilidade de se afigurar como o freio estabilizador do poder político, como um contrapeso ao legislativo e às suas leis caóticas. Sua composição unitária lhe concederia a energia necessária para manter a estabilidade política (Cf. MADISON, no *Federalist Paper # 37*, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 243-244).

Sinteticamente, então, a importância destas duas instituições do poder público, na medida em que se afiguravam como potenciais limitadores dos eventuais desmandos da *House of Representatives*, fez com que se utilizasse um segundo critério de eleição de seus membros: uma eleição popular indireta.

Contudo, frise-se que a *House of Representatives* também não estava imune ao princípio de filtragem. Nesta Casa, a forma de aplicação deste princípio, apenas, era diferente. Haveria eleição direta, certamente. Sem embargo, tal eleição se produziria em uma ampla e extensa base eleitoral, de forma a se evitar o facciosismo e, concomitantemente, promover a escolha dos cidadãos mais aptos.

Um bom resumo do princípio encontra-se no seguinte excerto de HAMILTON, no *Federalist Paper # 27*:

“Várias razões foram sugeridas no curso destes papéis [federalist papers] para produzir uma probabilidade de que o governo geral [em termos territoriais] será melhor administrado do que os governos particulares [concepção confederativa]: a principal destas é que a extensão das esferas de eleição apresentará uma maior opção, maior latitude de escolha, ao povo; que através das legislaturas estaduais – que são corpos escolhidos de homens que deverão eleger os membros do Senado –, haverá razão para se esperar que a composição deste ramo [do Senado] será, geralmente, [realizada] com maior cuidado e julgamento; que estas circunstâncias evocam maior conhecimento e informação nos Conselhos Nacionais. E que em razão da extensão do país do qual os eleitos serão provenientes, tais serão menos aptos de serem corrompidos pelo espírito da facção, e mais afastados [se encontrarão] daquelas predisposições maléficas ocasionais, ou preconceitos e predisposições ocasionais, que em sociedades menores freqüentemente contaminam as deliberações públicas, causam injustiça e opressão sobre uma parte da comunidade, e estabelecem esquemas que, se em um determinado satisfazem uma inclinação ou desejo momentâneo, findam por terminar em aflição

¹³⁰ “The books Jefferson had sent him [Madison] led inexorably to the conclusion that true liberty required in America a strengthened magistrate and a weakened legislature, lest all power and thus tyranny be in legislative hands.”.

generalizada, insatisfação e desgosto.”¹³¹ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 202).

O resultado da aplicação, ou tentativa de aplicação, deste princípio torna cristalina a concepção política idealizada pelos membros da Convenção de Filadélfia. Ao contrário do que havia ocorrido na Independência, pretendia-se, agora, afastar o homem comum da maioria dos cargos políticos. A república idealizada exigia a participação de pessoas capacitadas, da *aristocracia natural*, de homens dotados de sabedoria e virtude, que atuariam com temperança quando da tomada de deliberações.

Não é necessário ir muito longe para se concluir que este posicionamento suscitou forte oposição. Alguns criticaram, apenas, o princípio da filtragem, sob o argumento de que a representação não há que se basear em critérios meritocráticos:

“Refutando, diretamente, o modelo de filtragem, [MELANCTON] SMITH insistia que o sistema representativo não há de buscar ‘talentos brilhantes’, mas ‘uma igualdade, tais como de residência e interesses, entre o representante e seu constituinte’. (...) O homem comum terá pouca chance de eleição, uma vez que será difícil para alguém ‘desprovido de talentos militares, populares, civis ou legais’ ganhar.”¹³² (KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 44).

Desenvolvia este mesmo argumento o “Federal Farmer”^{133*} RICHARD HENRY LEE:

“É enganar o povo dizer-lhes que são eleitores e que podem escolher seus legisladores, se eles não podem, de acordo com a natureza das

¹³¹ “Various reasons have been suggested in the course of those papers to induce a probability that the general government will be better administered than the particular governments: the principal of which are that the extension of the spheres of election will present a greater option, or latitude of choice, to the people; that through the medium of the State legislatures – who are select bodies of men and who are to appoint the members of the national Senate – there is a reason to expect that this branch will generally be composed with peculiar care and judgment; that these circumstances promise greater knowledge and more comprehensive information in the national councils. And that on account of the extent of the country from which those, to whose direction they will be committed, will be drawn, they will be less apt to be tainted by the spirit of faction, and more out of the reach of those occasional ill humors, or temporary prejudice and propensities, which in smaller societies frequently contaminate the public deliberations, beget injustice and oppression of a part of the community, and engender schemes which, though they gratify a momentary inclination or desire, terminate in general distress, dissatisfaction, and disgust.”.

¹³² “Directly refuting the filtration model, Smith insisted that a representative system ought not to seek ‘brilliant talents’, but ‘a sameness, as to residence and interests, between the representative and his constituents.’. (...) Common men would stand little chance of election, for it would be difficult for anyone not of ‘conspicuous military, popular, civil or legal talents’ to win.”.

¹³³ Federalistas e Antifederalistas utilizavam pseudônimos. HAMILTON, MADISON e JAY, por exemplo, usavam *Publius*. RICHARD HENRY LEE, por sua vez, utilizava *Federal Farmer*.

coisas, escolher homens dentre eles e, genuinamente, semelhante a eles.’”¹³⁴ (*Apud* STORING, 1981: 17).

Outros, por sua vez, atacavam os defensores da Constituição com um argumento mais genérico. Os mentores desta e a própria seriam, nitidamente, antidemocráticos.

E, a bem da verdade, havia razão para críticas desta ordem. Os *framers* e posteriores defensores da Constituição estavam dando continuidade a um desejo que grande parte dos líderes revolucionários, quando da contenda com a Inglaterra, já tinham em mente, uma concepção de elite governante^{135*}.

Tanto era assim que os próprios defensores da Constituição, posteriormente alcunhados como Federalistas, não conseguiam deixar de defender o teor elitista de sua concepção política, mesmo sob forte oposição. Nesse sentido, WOOD:

“Ao final, eles [Federalistas] não podiam deixar de defender tais crenças no elitismo que estava no centro de suas concepções políticas e de seu programa constitucional. Todos os desejos dos Federalistas em estabelecer uma forte e respeitável nação no mundo, todo o seu plano de criar uma florescente economia mercantilista, em resumo, tudo o que os Federalistas queriam de seu novo governo central, em última análise, parecia se pautar no pré-requisito da manutenção de uma política aristocrática.”¹³⁶ (1972: 492).

Contudo, mesmo com esta concepção aristocrática de política, a ideologia política dos Federalistas não deixava de ter seu fundo democrático. Sobre o assunto, WOOD:

¹³⁴ “It is deceiving a people to tell them they are electors, and can chuse their legislators, if they cannot, in the nature of things, chuse men from among themselves, and genuinely like themselves.’”

¹³⁵ Sobre o posicionamento dos líderes revolucionários, WOOD: “A maioria dos líderes revolucionários se mantiveram próximos de sua concepção de uma elite governante, presumivelmente baseada no mérito, mas ainda assim uma elite – a aristocracia natural presente no ideal do século dezoito de senhores educados. Aqueles que ascendessem socialmente seriam aceitos por esta aristocracia natural apenas se tivessem assimilado, por educação ou experiência, as atitudes, refinamentos e estilo [da aristocracia natural].” (1972: 480).

“Most Revolutionary leaders clung tightly to the concept of a ruling elite, presumably based on merit, but an elite nonetheless – a natural aristocracy embodied in the eighteenth-century ideal of an educated and cultivated gentleman. The rising self-made man could be accepted into this natural aristocracy only if he had assimilated through education or experience its attitudes, refinements, and style.”

¹³⁶ “But in the end they could not resist defending those beliefs in elitism that lay at the heart of their conception of politics and of their constitutional program. All of the Federalists’ desires to establish a strong and respectable nation in the world, all of their plans to create a flourishing commercial economy, in short, all of what the Federalists wanted out of the new central government seemed in the final analysis dependent upon the prerequisite maintenance of aristocratic politics.”

“Os Federalistas, de forma alguma, haviam perdido a fé no povo, ao menos na habilidade do povo em discernir quem seriam os seus verdadeiros líderes. A bem da verdade, muitos da elite social da qual consistia a liderança Federalista estavam confiantes na eleição popular, caso o critério de representação pudesse ser ampliado o suficiente e o proselitismo político domado, de forma que a escolha popular não fosse perturbada por demagogos ambiciosos.”¹³⁷ (1972: 518).

Outro exemplo claro desta afirmativa é o posicionamento de JAMES WINTHROP:

“JAMES WINTHROP, por exemplo, disse que ele preferia uma república ‘democrática’ a uma ‘aristocrática’, e definiam a última como uma em que o Estado era governado por uma ordem de nobres. Sob este conceito, um poderia defender a democracia e, também, acreditar no governo por uma elite, desde que nobres não existissem.”¹³⁸ (MAIN, 1974: 169).

De qualquer forma, não se pode negar que, comparativamente ao período da ‘politics of liberty’, a democracia federalista, que passava a ser instaurada como a Constituição de 1787, era de natureza irrefutavelmente mais aristocrática que a praticada entre 1776-1786, sendo possível, aqui, alcunhar a primeira como uma *Teoria Elitista da Democracia*:

“Em resumo, eles [os Federalistas] oferecerem ao país uma teoria elitista da democracia. Eles não se viram repudiando tanto a Revolução como o governo popular, mas sim o salvando de seus excessos.”¹³⁹ (WOOD, 1972: 517).

Em termos finais, a teoria da aristocracia natural, para os Federalistas, não era contraditória com a democracia. O que lhe era conflitante era a concepção de aristocracia inglesa, a dita artificial, pautada em títulos.

2.3.2.2. A figura do Judiciário

¹³⁷ “The Federalists had by no means lost faith in the people, at least in the people’s ability to discern their true leaders. In fact many of the social elite who comprised the Federalist leadership were confident of popular election if the constituency could be made broad enough, and crass electioneering be curbed, so that the people’s choice would be undisturbed by ambitious demagogues.”

¹³⁸ “James Winthrop, for example, said that he preferred a ‘democratik’ to an ‘aristocratik’ republic, and defined the latter as one in which the state was governed by an order of nobles. Under this concept one could defend democracy and also believe in rule by the elite, as long no nobles existed.”

¹³⁹ “In short they offered the country an elitist theory of democracy. They did not see themselves as repudiating either the Revolution or popular government, but saw themselves as saving both from their excess.”

Não é exagero dizer que o Judiciário deve sua importância hodierna à Constituição norte-americana de 1787 (vide LABOULAYE, 1977: 13). É a partir deste momento que o Judiciário se torna um órgão efetivamente autônomo. Em primeiro lugar, porque passa a não estar jungido à legislatura; é dizer, o exercício da função jurisdicional pela legislatura se torna, peremptoriamente, vedado. Na visão dos membros da Convenção de Filadélfia, que certamente queriam diminuir o poder do legislativo, os membros deste poder não seriam os mais hábeis para exercer esta função. Ademais, como estariam sujeitos ao facciosismo, poderiam corromper, também, o exercício jurisdicional. Este é o ponto de vista de HAMILTON, no *Federalist Paper # 81*:

“Os membros da legislatura raramente serão escolhidos com base nas qualificações necessárias para a função de juiz; e, por conta disto, haverá razão suficiente para se atentar para todas as conseqüências nefastas de uma informação deficitária; então, em razão da natural propensão destes corpos [legislatura] ao facciosismo partidário, não haverá menos razão para se temer que a pestilenta facção possa envenenar as fontes da Justiça.”¹⁴⁰ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 452).

Os membros do judiciário, ademais, seriam escolhidos de acordo com certos critérios, tais como probidade e bom-caráter. De certa forma, esperava-se do membro deste órgão uma qualidade semelhante à exigida para os membros do Senado e da Presidência. Com isto, a crença, nos termos da *Federalist Paper # 83*, de autoria de HAMILTON, era a de que o Judiciário estaria menos apto a sucumbir à corrupção:

“Pode se supor, razoavelmente, que haveria menor dificuldade em corromper os membros do júri, retirados da massa pública, do que em corromper homens escolhidos pelo governo por sua probidade e bom-caráter.”¹⁴¹ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1968: 466).

Toda esta idealização do judiciário e de seus membros foi importante para o processo de atribuição de uma nova função a este, a saber, a de sua atuação como

¹⁴⁰ “The members of the legislature will rarely be chosen with a view to those qualifications which fit men for the stations of judges; and as, on this account, there will be great reason to apprehend all the ill consequences of defective information, so, on account of the natural propensity of such bodies to party divisions, there will be no less reason to fear that the pestilential breach of faction may poison the fountains of justice.”

¹⁴¹ “it may fairly be supposed that there would be less difficulty in gaining some of the jurors promiscuously taken from the public mass, than in gaining men who had been chosen by the government for their probity and good character.”

guardião da Constituição, ou se preferir, usando os termos de HAMILTON, no *Federalist Papers* # 78, a de intermediário entre o Poder Legislativo e o Povo:

“É mais racional supor que as cortes foram designadas a ser um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, de forma a, dentre outras tarefas, manter a última dentro dos limites de sua autoridade. A interpretação das leis é a peculiar e apropriada atribuição das cortes. Uma constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes, como a lei fundamental. Então cabe a eles determinar o seu sentido [da Constituição], bem como o sentido de qualquer ato proveniente do corpo legislativo. Se, por acaso, houver uma variação irreconciliável entre os dois, aquele que tiver a obrigação e validade superior há, é claro, de ser preferido; ou, em outras palavras, a Constituição há de ser preferida à lei, a intenção do povo à intenção de seus agentes.”¹⁴² (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 439).

Frise-se, ainda, que não foi, apenas, a idealização de seus membros que atraiu esta função, mas também o fato de este poder ser reputado o mais fraco entre os existentes. Era o *the least dangerous branch*, expressão que se tornou conhecida no FEDERALIST PAPER # 78, de autoria de HAMILTON.

“Qualquer um que considere atentamente os diferentes departamentos do poder deve perceber que, em um governo em que tais são separados um do outro, o judiciário, tendo em vista a natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso aos direitos políticos da Constituição; porquanto ele será o menos capacitado para perturbar ou ferir tais direitos. O executivo não apenas dispensa as honras, mas detém a espada da comunidade. O legislativo não apenas comanda o bolso da nação mas elabora as regras pelas quais as obrigações e os direitos hão de ser regulados. O judiciário, ao contrário, não tem qualquer influência sobre a espada ou [sobre]o bolso; nenhuma direção sobre a força e as riquezas da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa, qualquer que seja. Pode ser dito, então, que [o judiciário] não tem nem força nem vontade, mas apenas julgamento; e em última instância há de depender da ajuda do braço do executivo mesmo para [dar] eficácia aos seus julgamentos.”¹⁴³ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 437).

¹⁴² “It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.”

¹⁴³ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a

Acalentadora que fosse esta afirmação de HAMILTON, tal não retirava a sua importância no exercício do controle do legislativo. Era, em síntese, o terceiro ramo a exercer esta função. O primeiro controle seria exercido dentro do próprio legislativo, pelo Senado. O segundo, pelo Presidente, pelo seu poder de veto. O terceiro, pelo judiciário, através do controle de constitucionalidade ou *judicial review*. Caberia ao judiciário, em última instância, declarar inconstitucional quaisquer leis *ex post facto* ou que intentassem reestaurar o tipo normativo usual do período da ‘politics of liberty’ (Cf. HAMILTON, no *Federalist Paper # 78*, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1968: 438).

É importante, ressaltar, apenas, que o Judiciário, neste período, não apresentava a mesma relevância institucional que possui hodiernamente^{144*}. De certa forma, a ênfase maior dos Federalistas se dava em relação ao próprio Poder Legislativo, na figura do Senado e da aplicação do *filtering principle* na *House of Representatives*, e ao Poder Executivo, na figura do Presidente. Pode muito bem comprovar este sentir o simples fato de, nos *Federalist Papers*, haver mais de 15 artigos para o Legislativo, 11 para o Presidente e, apenas, 6 artigos para o Judiciário^{145*}.

Serve, ainda, como apoio a esta conclusão o fato de os Antifederalistas terem destinado pouca atenção a este instituto, conforme se verá no próximo capítulo.

capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force or will but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgment.”

¹⁴⁴ É que, a bem da verdade, o ato de julgar, pelo judiciário, era visto, ainda, da forma montesquiana, é dizer, como a mera boca da lei. Não por outro motivo é que HAMILTON, no *Federalist Paper # 78*, já ressaltava que “as cortes devem declarar o sentido da lei” (MADISON, HAMILTON, JAY, 1968: 440).

“The courts must declare the sense of the law”.

¹⁴⁵ Em sentido oposto, BEARD:

“A chave de toda a estrutura está, de fato, no sistema providenciado para o controle judicial – a mais peculiar contribuição à ciência do governo que foi realizada pelo gênio político americano. É dito por alguns escritores que não era a intenção dos *framers* da Constituição a realização do controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso; mas o ônus da prova está no outro lado, é incumbência destes que fazem esta afirmação trazer evidências positivas que comprovem que o controle judicial não era parte do programa de Filadélfia.” (1968: 163).

“The keystone of the whole structure is, in fact, the system provided for judicial control – the most unique contribution to the science of government which has been made by American political genius. It is claimed by some recent writers that it was not the intention of the framers of the Constitution to confer upon the constitutionality of statutes enacted by Congress; but in view of the evidence on the other side, it is incumbent upon those who make this assertion to bring forward positive evidence to the effect that judicial control was not a part of the Philadelphia programme.”

CORWIN também concede grande importância ao judiciário, na medida em que afirma que o *judicial review* foi “a forma que a democracia americana encontrou para cobrir a sua aposta” (1964: ix).

“American democracy’s way of covering its bet.”.

BIBLIOGRAFIA DA SEÇÃO

BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 5th printing. New York: The Free Press, 1968.

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, I. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

CORWIN, Edward S. *American Constitutional History*. New York: Harper Torchbooks, 1964.

KAY, Richard S. “American Constitutionalism”. In. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Bibliografia: 16-63.

KENYON, Cecelia M. “Constitutionalism in Revolutionary America”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 84 – 121.

KRAMNIC, Isaac. “Editor’s Introduction”. In. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

LABOULAYE, Edouard. “Do Poder Judiciário”. In. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

MAIN, Jackson Turner. *The Anti-Federalists: critics of the Constitution 1781-1788*. New York: The Norton Library, 1974.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1977.

RIESMAN, Janet A. “Money, Credit, and Federalist Political Economy”. In. BEEMAN, Richard; BOTEIN, Stephen; CARTER II, Edward C. *Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity*. Williamsburg: North Carolina Press e Chaper Hill & London, 1987.

STORING, Herbert J. *What the Anti-Federalists Were For: the political thought of the opponents of the Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. New York: The Norton Library, 1972.

CAPÍTULO III

CRÍTICAS À CONSTITUIÇÃO DE 1787:

OS ANTIFEDERALISTAS

1. O “momento mágico”: a santificação dos legisladores iniciais

Historicamente, imaginava-se que um eventual documento legal haveria de ter, como origem, uma pessoa ou grupo reduzido de pessoas^{146*}, cuja característica marcante seria sua maior envergadura moral e intelectual, em face das demais. Como exemplos clássicos, têm-se: LICURGO, em Esparta, o qual, na elaboração do corpo legal responsável por adaptar e conceder a esta Cidade-Estado características peculiares e que lhe tornariam um paradigma histórico, teria sido inspirado diretamente pelo Deus Apolo; e SÓLON, em Atenas.

Um corpo legal, nesta concepção, seria, em regra, fruto de uma combinação entre ocasião e pessoas moral e intelectualmente qualificadas. Seria, enfim, resultado de um ‘momento mágico’, em que *fortuna* e *virtude* se encontrariam. No que se refere à ocasião, tal seria diversa. Poderia ser uma sociedade decadente, mais maleável a mudanças sociais radicais; uma sociedade ainda em formação, sem os vícios da demais (esta ocasião, segundo TOM PAINE, estava presente na sociedade norte-americana e foi por ele utilizada para motivar o movimento de independência norte-americano); seria, inclusive, a existência de diversas pessoas abrihantadas em um mesmo momento histórico^{147*}.

A Constituição de 1787 seria fruto, exatamente, deste momento mágico. Pessoas abrihantadas reunidas: MADISON, HAMILTON, JAY, WASHINGTON. Condições propícias para mudanças: a ‘politics of liberty’ e sua corrupção social.

¹⁴⁶ A bem da verdade, em regra, normas eram fruto de uma única pessoa. Sobre o assunto, KENYON acerca da Constituição de Virgínia, anterior à Constituição Americana de 1787:

“A segunda característica a se notar é que a elaboração desta constituição por um corpo coletivo quebrou a tradição venerável de que um Estado ou uma mudança radical de suas leis somente poderia ser posta em prática por meio de um único indivíduo – um LICURGO, um SÓLON, um príncipe Maquiavélico ou um legislador Rousseauinano.” (In. PENNOCK, CHAPMAN, 1979: 96).

“The second characteristic to note is that the framing of this constitution by a collective body broke the venerable tradition that the founding of a state or a radical change in its laws could be effected only by a single individual – a Lycurgus, a Solon, a Machiavellian prince, or a Rousseauian legislator.”.

¹⁴⁷ Nesse sentido, vide a obra lúdica de McDONALD, *Enough Wise Men: The Story of Our Constitution*.

A característica especial dos membros da Convenção de Filadélfia, por exemplo, foi mencionada por JEFFERSON, segundo KRAMNICK:

“THOMAS JEFFERSON não estava na Convenção, mas, posteriormente, ele se referiu ao grupo na Filadélfia como ‘uma assembléia de semi-deuses’. Ele descreveu a própria Constituição como ‘inquestionavelmente a mais inteligente jamais apresentada pelo homem.’”¹⁴⁸ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 13).

Interessante apontar, ainda, que esta concepção benéfica dos membros da Convenção de Filadélfia não é fruto de uma leitura romântica realizada por historiadores ou estudiosos deste período. Tampouco é monopólio dos membros externos a esta Convenção, como é o caso de THOMAS JEFFERSON, que, na data da elaboração da Constituição, estava em Paris. Os próprios *framers* se vislumbravam como legisladores dotados de maior luminosidade, como se faz notar do *Federalist Paper # 38*, de autoria de MADISON:

“Não é irrelevante o fato de que todo exemplo retratado pela história antiga em que um governo foi estabelecido com deliberação e consentimento, a tarefa de elaboração deste não ter sido delegado a uma assembléia de homens, mas tenha sido realizado por um cidadão individual de sabedoria pré-eminente e de comprovada integridade.”¹⁴⁹ (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 247).

Esta idealização dos autores de um determinado corpo legal, e, no presente caso, da Constituição, apresenta um porquê assaz relevante. A identificação de uma maior capacidade moral e intelectual nos seus autores faz com que o seu próprio produto também detenha estas mesmas características. Com isto, concede-se a este último maior legitimidade ou autoridade política, em face daqueles que se encontram sujeitos ao seu âmbito de incidência. Simplificando, cria-se um sentimento de deferência e respeito intelectual na sociedade, a qual evitará descumprir as normas, sob o argumento de que ela própria não poderia elaborar normas melhores.

¹⁴⁸ “Thomas Jefferson was not at the Convention, but he later referred to the group in Philadelphia as ‘an assembly of demigods’. He described the Constitution itself as ‘unquestionably the wisest ever yet presented to man’.”

¹⁴⁹ “It is not a little remarkable that in every case reported by ancient history in which government has been established with deliberation and consent, the task of framing it has not been committed to an assembly of men, but has been performed by some individual citizen of pre-eminent wisdom and approved integrity.”

Esta era, exatamente, a sensação que cercava a Constituição de 1787, conforme narra KRAMNICK:

“Parece haver um consenso de que a Constituição foi o produto inspirado de um congresso Olímpiano de sábias e virtuosas pessoas, de tipos [de pessoas] que a história nunca havia visto e dificilmente veria uma vez mais. *Pode-se concluir, então, que todos os americanos, em 1787, vendo a Constituição pelo que ela era, o instrumento mais brilhante de governo jamais criado, devem ter, encarecida e respeitosamente, aceitado-a, agradecendo pelo presente divino, ainda que concedido em forma humana em um verão quente e úmido da Filadélfia.*”¹⁵⁰ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 14; ênfase acrescentada).

Esta característica das normas, especialmente constitucionais, enquanto responsáveis por lhes conceder legitimidade é explorada por JOSEPH RAZ:

“Os autores de uma constituição, especialmente os autores da primeira constituição de um país, as vezes se tornam símbolos políticos, cujo respeito que causam nas pessoas unifica um país e faz com que sua sabedoria seja utilizada como moeda comum do argumento político.”^{151*} (In. ALEXANDER (ed.), 2005: 169).

Desnecessário dizer que, até hoje, os *Fathers* possuem relevância no debate constitucional norte-americano, vide a corrente exegética *originalista* ou *interpretivista*, a qual busca interpretar as normas constitucionais de acordo com as

¹⁵⁰“There seems to be a consensus that the Constitution was the inspired product of an Olympian congress of wise and virtuous men, the likes of which history had never seen before and would seldom see again. It should follow, then, that all Americans in 1787, seeing the Constitution for what it was, much the most brilliant instrument of government ever devised, must have thankfully and dutifully accepted it, grateful for the divine gift, albeit given human shape in a steamy hot Philadelphia summer.”

¹⁵¹ “The authors of a constitution, especially the authors of a country’s first constitution, sometimes become political symbols, people respect for whom unites a country and appeal to whose wisdom becomes the common currency of political argument.”

Aproveitando-se o ensejo, muito embora não seja o objeto desta dissertação, frise-se que, para o autor, a legitimidade de uma norma provém de três elementos: expertise moral, coordenação (com as necessidades sociais) e valor simbólico (RAZ, In. ALEXANDER (ed.), 2005: 167). O primeiro e o último elemento estão relacionados aos autores da norma legal. Já o elemento intermediário é a correspondência às necessidades sociais. É este segundo elemento que faz com que o autor rechace a autoridade dos elaboradores, enquanto elementos de legitimidade, de corpos legais de longa duração, como é o caso da própria Constituição de 1787:

“Segue que mesmo que novas constituições possam derivar sua autoridade da autoridade dos seus elaboradores, constituições antigas, se moralmente válidas, devem retirar sua autoridade de outras fontes. Enquanto na nova lei a autoridade da lei decorre da autoridade de seus elaboradores, a autoridade da antiga lei deve se pautar em outras fontes.” (In. ALEXANDER (ed.), 2005: 169).

“It follows that even if new constitutions may derive their authority from the authority of their makers, old constitutions, if morally valid at all, must derive their authority from other sources. While with new

intenções presentes na Convenção de Filadélfia, e que encontrou como maior expoente o *Justice* da Suprema Corte, HUGO BLACK.

Contudo, esta situação seria, certamente, bem diferente se, nos *Fathers*, não fossem identificadas as virtudes morais que se *imaginam* presentes e que foram reforçadas no século XIX (Cf. KRAMNICK, In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 62). No século XX, muitos autores, como BEARD, criticaram esta mitologia semi-divina que cercou a elaboração da Constituição^{152*}. E o fundamento de tais críticas pode-se encontrar nos argumentos que foram levantados pelos opositoristas da Constituição, os quais receberam a alcunha de *Antifederalistas*.

Passa-se, então, ao estudo destes.

2. Os Antifederalistas^{153*}

No capítulo anterior, expôs-se que a Convenção de Filadélfia e seu fruto dileto, a Constituição de 1787, exsurgiram como uma tentativa de remediar as mazelas do período alcunhado como ‘politics of liberty’, que se caracterizava pela prevalência do parlamento, em face das outras funções do poder político (isto quando havia outros órgãos responsáveis por exercer estas funções) e pela participação popular intensiva e ampla, especialmente pela parcela dita mais simples da sociedade.

Tendo em vista o tipo de legislação proveniente do ‘politics of liberty’ – que extinguiu dívidas, aprovava a emissão intensa de papel-moeda –, pode-se imaginar que havia um consenso quanto aos perigos deste período. Os mentores da Convenção, inclusive, diziam que o temor e a necessidade de mudanças eram sentimentos

law the authority of the law derives from the authority of its makers, the authority of the old law must rest on other grounds.”.

¹⁵² Este autor será analisado no próximo capítulo.

¹⁵³ Por honestidade acadêmica, ressalte-se que a visão dos antifederalistas desenvolvida neste tópico é enormemente influenciada pela visão de JACKSON TURNER MAIN, o qual, de certa forma influenciado por BEARD, concede ao debate *Federalistas* e *Antifederalistas* grande ênfase às diferenças econômicas entre as partes. Este autor, ainda, considera enormemente a questão democrática subjacente ao entrevero.

Importante ressaltar que foi com BEARD que os Antifederalistas passaram a ser maior objeto de estudo, por parte de historiadores e de constitucionalistas. Nesse sentido, BEARD é responsável pela superação da imagem anterior que se tinha deste movimento e que findava por reputar os Antifederalistas como meros políticos de visão estreita, assaz provinciana (Cf. STORING, 1981:3).

Nada obstante este fato, STORING critica a visão de BEARD e, em específico, a de MAIN, por ser muito restrita: “Ainda que importante [a visão de BEARD e seus efeitos], o olhar Beardiano corrigido ainda trai a percepção original. Ele tende a vislumbrar nos Antifederalistas simples agricultores democráticos. Há algum fundamento nesta visão, mas a pintura é reduzida e distorcida.” (1981: 4).

“Yet valuable as all of this has been, the corrected Beardian eye betrays still its original squint. It tends to see simple democratic agrarians among the Anti-Federalists. There is some basis for these views, but the picture is thin and distorted.”.

recorrentes em toda a sociedade. Contudo, conforme bem lembra KRAMNICK, não havia bem um consenso:

“Os delegados que se reuniram em Filadélfia, no final de maio de 1787, estavam, nas palavras de MADISON, ‘profunda e unanimemente impressionados com a crise, a qual havia conduzido o país, quase que em uma única voz, a fazer um singular e solene experimento para corrigir os erros de um sistema que havia produzido estas crises’. *Este era o sentimento de uma grande maioria dos delegados, mas, de forma alguma, havia esta unanimidade acerca dos excessos do ‘politics of liberty’ no país como um todo.*”¹⁵⁴ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 28; ênfase acrescentada).

E estes que discordaram, quer seja quanto à existência própria da crise ou em relação às medidas sugeridas na Constituição, ficaram alcunhados como *Antifederalistas*. Quanto ao nome que lhes foi dado, importante ressaltar que não foram, propriamente, os opositoristas que o escolheram. Os defensores da Constituição, intentando já rechaçar as críticas que sofriam e sofreriam com maior intensidade dos opositoristas, adotaram o nome de Federalistas, passando a idéia de que defendiam a manutenção da soberania dos Estados, e taxaram os opositoristas de Antifederalistas, como se fossem estes os opositores à soberania dos Estados. Sobre a questão, MAIN:

“Originariamente, a palavra ‘federal’ significava qualquer um que apoiasse a Confederação. Muitos anos antes que a Constituição fosse promulgada, os homens que queriam um governo nacional forte, que mais propriamente poderiam ser chamados de ‘nacionalistas’, começaram a se apropriar do termo ‘federal’ para eles próprios.”¹⁵⁵ (1974: viii).

Nesse mesmo sentido, STORING, ao tratar do sentimento dos opositoristas quanto ao fato:

“Eles [antifederalistas], conforme usualmente clamavam, eram os verdadeiros federalistas. Alguns deles pensavam que seu nome adequado

¹⁵⁴ “The delegates who gathered in Philadelphia in late May 1787 were, in the words of Madison, ‘deeply and unanimously impressed with the crisis, which had led their country, almost with one voice, to make so singular and solemn an experiment for correcting the errors of a system by which the crisis had been produced’. This was the mood of a large majority of the delegates, but there was by no means such unanimity about the excess of the ‘politics of liberty’ in the country as a whole”.

¹⁵⁵ “Originally the word ‘federal’ meant anyone who supported the Confederation. Several years before the Constitution was promulgated, the men who wanted a strong national government, who might more properly be called ‘nationalists’, began to appropriate the term ‘federal’ for themselves.”

havia sido furtado, quando estavam desatentos, como [de fato] foi, pelo partido pró-Constituição, que recusava a dá-lo de volta.”¹⁵⁶ (1981: 9).

No que se refere ao conteúdo ideológico dos Antifederalistas, não há como apontar um consenso crítico. Havia uma verdadeira heterogeneidade de opiniões (Cf. STORING, 1981: 5). Os Antifederalistas simplesmente reuniam todos aqueles que eram, em algum momento e em algum ponto, contrários à Constituição de 1787. Daí poder-se inserir, inclusive, neste grupo, opositoristas mais moderados que apenas exigiam uma ou outra alteração no corpo do texto, por meio de Emendas^{157*}. Como exemplo da variedade de opiniões críticas à Constituição, tem-se o grupo de Antifederalistas que criticavam a quebra da estabilidade (!), pela Constituição (uma das preocupações iniciais dos Federalistas era, exatamente, com a instabilidade política do ‘politics of liberty’):

“É claro que os Antifederalistas concordavam que o povo tem direito a alterar seus governos; mas insistiam que qualquer revolução (incluindo aquela que a maioria orgulhosamente havia ajudado a produzir) há de ser protegida por uma frágil estabilidade política inicial. Eles criticavam os Federalistas, de forma tipicamente conservadora, por ameaçar sua preciosa estabilidade.”¹⁵⁸ (STORING, 1981: 8).

Nada obstante este fato, pode-se afirmar que os Antifederalistas eram compostos por dois grandes grupos, um formado pelos críticos às mudanças aristocráticas que a Constituição de 1787 pretendia implementar no plano político e; outro, contrário à pretensão centralizadora desta. No primeiro grupo, concentravam-se as críticas pautadas pela concepção democrática do período pós-independência. No segundo grupo, estavam reunidos os mais intelectualmente preparados do

¹⁵⁶ They were, they often claimed, the true federalists. Some of them seemed to think that their proper name had been filched, while their backs were turned, as it were, by the pro-Constitution party, which refused to give it back;”.

¹⁵⁷ Nesse sentido, MAIN:

“Então alguns Antifederalistas – o suficiente – acreditavam que a Constituição era melhor que ‘anarquia e confusão’, e a promessa de emendas era suficiente para acalmar seus temores [quanto à Constituição, é claro].” (1974: 256).

“Thus a few Antifederalists – just enough – felt that the Constitution was better than ‘anarchy and confusion’, and the promise of amendments was enough to quite their fears.”.

¹⁵⁸ “Of course the Antifederalists agreed that the people have a right to alter their governments; but insisted that any revolution (including the one most of them had proudly aided) must be secured by an initially fragile political stability. They criticized the Federalists, in typical conservative fashion for threatening this precious stability.”.

Antifederalismo (Cf. MAIN, 1974: xi) e que, em vários casos, não compactuavam com o ideal mais afeito à participação popular que demonstravam os primeiros^{159*}:

“Antifederalismo não era uma única, simples, unificação de política de governo. Era, mais, uma combinação, uma mistura de dois, de certa maneira, diferentes pontos de vista, os quais eram compostos por dois diferentes grupos de homem. (...). Então os Antifederalistas incluíam dois grandes elementos: aqueles que enfatizavam o desejo de um governo central fraco, e aqueles que encorajavam o controle democrático. *Os democratas, neste período, aceitavam a doutrina do governo fraco, mas os advogados de um governo fraco nem sempre acreditavam na democracia.*”¹⁶⁰ (MAIN, 1974: x-xi; ênfase acrescentada).

Sem embargo, em relação a este grupo que se preocupava, principalmente, com a centralização do poder, é importante ressaltar que muito embora seus membros também compactuassem com as críticas dos Federalistas ao excesso de democracia do período da ‘politics of liberty’^{161*} (Cf. MAIN, 1974: 132), estes, ainda assim, eram mais democráticos do que os Federalistas, conforme bem lembra STORING:

¹⁵⁹ É o famoso caso de ELBRIDGE GERRY. Sobre o assunto:

“Quando a Convenção teve início, nenhum dos membros deste grupo [dos que viriam a compor os Antifederalistas] fizeram qualquer objeção às considerações iniciais à proposta; MASON e GERRY, na verdade, se juntaram ao ataque à democracia.” (MAIN, 1974: 117).

“When the Convention opened not one of this group [de futuros antifederalistas] made any objections to the initial statements of purpose; Mason and Gerry actually joined in the attack on democracy.”.

¹⁶⁰ “Antifederalism was not a single, simple, unified philosophy of government. It was rather a combination, a mixture of two somewhat different points of view adhered to by two different groups of men. (...). Thus the Antifederalists included two major elements: those who emphasized the desirability of a weak central government, and those who encouraged democratic control. The democrats at this time accepted the doctrine of weak government, but the advocates of weak government did not always believe in democracy.”.

¹⁶¹ Interessante apontar, aqui, que a exigência do Bill of Rights teve origem nos Antifederalistas, principalmente naquele segmento que era temeroso com a democracia. Sobre este relevante fato, STORING:

“Em geral, sem embargo, os Anti-Federalistas reconheciam a possibilidade da facção da maioria e a necessidade de se resguardar desta, mesmo que este perigo ocupasse um lugar não menos claro do seu catálogo de perigos do que [ocupava] no dos Federalistas. (...). Isto era [o temor com a democracia], uma das razões que fez com que alguns dos Anti-Federalistas quisessem uma carta de direitos. Então Agrippa [pseudônimo de um Antifederalista] enfrentou a negativa dos Federalistas quanto à necessidade de uma carta de direitos em um governo representativo, insistindo no fato de que esta serviria para ‘resguardar a minoria contra uma usurpação e tirania da maioria.’” (1981: 39-40).

“In general, however, the Anti-Federalists acknowledged the possibility of majority faction and the need to guard against it, even though this dangers typically occupied a less conspicuous place in their catalogue of dangers than in that of the Federalists. (...). This was, indeed, one of the reasons some of the Anti-Federalists wanted a bill of rights. Thus Agrippa met the Federalist denial that a bill of rights is necessary in a representative government by insisting that it would serve ‘to secure the minority against the usurpation and tyranny of the majority.’”.

“Contudo, os Anti-Federalistas *eram* tipicamente mais democráticos do que os Federalistas no sentido específico de que eles eram menos dispostos a vislumbrar nas facções da maioria o maior perigo e mazela de um governo popular. Eles eram inclinados a pensar, com PATRICK HENRY, que o dano é usualmente feito pela tirania de governantes do que pela licenciosidade do povo.”¹⁶² (1981: 40).

De qualquer forma, pode-se dizer que a dissensão principal que envolvia o debate entre Federalistas e Antifederalistas era uma que envolvia o embate entre concepção aristocrática e concepção democrática de governo. Nesse sentido, WOOD:

“Nada era mais característico do pensamento Antifederalista do que sua obsessão com a aristocracia.”¹⁶³ (1972: 488).

E, também, KRAMNICK:

“No coração das diferentes suposições ideológicas que dividiam os dois campos estava o comprometimento dos Federalistas com aquilo que eles chamavam de governo republicano [vacionado à aristocracia natural] e a preferência maior dos Antifederalistas por noções de democracia participativa.”¹⁶⁴ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 40).

O grupo mais democrático dos Antifederalistas criticava amplamente as propostas da Convenção, na medida em que, na sua concepção, o legislativo, principalmente a casa baixa (*lower house*) deveria conduzir toda a política do país, de preferência sem que lhe fosse colocada qualquer forma de controle e/ou freio (Cf. MAIN, 1974: 13).

A partir desta idealização de governo, passou-se a apontar nos Federalistas as suas pretensões aristocráticas, as quais seriam, concomitantemente, anti-democráticas^{165*}:

¹⁶² “However, the Anti-Federalists *were* typically more democratic than the Federalists in the specific sense that they were less likely to see majority faction as the most dangerous and likely evil of popular government. They were inclined to think, with Patrick Henry, that harm is more often done by the tyranny of the rulers than by the licentiousness of the people.”

¹⁶³ “Nothing was more characteristic of Antifederalist thinking than this obsession with aristocracy.”

¹⁶⁴ “At the heart of the differing ideological assumptions that divided the two camps were the Federalists’ commitment to what they called republican government and the Anti-Federalists’ much greater preference for notions of participatory democracy.”

¹⁶⁵ Exemplifica bem este ponto de vista a carta do Antifederalista SAMUEL CHASE:

“Ele escreveu a JOHN LAMB, ‘Eu considero a Constituição como radicalmente falha neste quesito: o grosso do povo não pode dizer nada a ela. O governo *não* é um governo do povo. *Não* é um governo de representação.’ (MAIN, 1974: 175).

“Os Antifederalistas estavam bem atentos para o fato de que, em muitos dos Estados, muitos homens pretendiam alterar a forma de governo, de que a maioria deles era muito cética quanto ao julgamento do homem comum para ter fé em um sistema democrático, a não ser que este sofresse muitas alterações, e que eles preferiam ou uma aristocracia – isto é, um governo pelo melhor tipo de pessoas, querendo dizer elas mesmas – ou (uma pequena minoria) uma monarquia.”¹⁶⁶ (MAIN, 1974: 104).

2.1. A crítica ao *filtering principle*

Com base na suposição de que os Federalistas teriam pretensões anti-democráticas, os Antifederalistas passaram a criticar, amplamente, o *filtering principle*. Quanto ao uso deste, no âmbito da *House of Representatives*, conforme já se viu, as críticas se pautavam na afirmação de que (i) os Estados, com suas circunscrições territoriais mais reduzidas, seriam mais capazes de fazer com que os representantes, de fato, representassem os seus constituintes e; (ii) que o critério capacidade intelectual e virtude não são os pontos centrais da representação, mas sim a semelhança com os seus constituintes.

No que se refere à segunda forma de aplicação do *filtering principle*, interessante notar que as críticas não se dirigiram, igualmente, à sua aplicação na eleição do Senado e na do Presidente.

A forma de eleição do Presidente, por meio do colégio eleitoral, por exemplo, não era criticada (Cf. MAIN, 1974: 140). STORING explica o porquê:

“Muitos Antifederalistas acreditavam que um executivo unitário era necessário para se obter tanto eficiência e responsabilidade, e concordavam como o Federal Farmer de que o cargo de Presidente e seu modo de eleição haviam sido bem concebidos.”¹⁶⁷ (1981: 49).

“he wrote to John Lamb, ‘I consider the Constitution as radically defective in this essential: the bulk of the people can have nothing to say to it. The government is *not* a government of the people. It is *not* a government of representation.’”.

¹⁶⁶ “The Antifederalists were well aware that there were in all of the states many men who wanted to change the form of government, that most of them were too skeptical of the common man’s judgment to have faith in a democratic system unless it was much modified, and that they preferred either an aristocracy – that is, government by the better sort of people, meaning themselves – or (a small minority) monarchy.”.

¹⁶⁷ “Many Anti-Federalists thought that a unitary executive was necessary, for the sake of both efficiency and responsibility, and agreed with The Federal Farmer that the office of the President and the mode of his election were well conceived.”.

Já a composição do Senado e a forma de sua eleição eram reputadas como o “feto da dominação aristocrática” (Cf. STORING, 1981: 49). O principal motivo para o temor seria a composição de diversas funções por esta câmara. Teria poderes executivos, como o de celebrar tratados, juntamente com o Presidente e, ademais, o poder de julgar (*impeachment*). Isto, sem falar, na possibilidade de desvirtuar o Presidente e, com isto, fazer com que, ambos, em conluio, se transformassem, respectivamente, em Rei e na *House of Lords*:

“Pode-se notar, em conclusão, de que muitos Antifederalistas contemplavam a possibilidade de uma união de interesses entre o Senado e o Presidente, concluindo que se isto ocorresse, o resultado seria o despotismo: um Rei e a House of Lords equivaleriam a uma oligarquia.”¹⁶⁸ (MAIN, 1974: 142).

2.2. A crítica ao Judiciário?

No capítulo anterior, em seu último tópico, expôs-se que o Judiciário, muito embora tivesse sido, também, imaginado como uma forma de controle do legislativo, tal seria, apenas, a terceira forma prevista. É dizer, na mente dos Federalistas, não seria o Judiciário o principal órgão responsável pelo controle do legislativo, tal como ocorrer hodiernamente. Na ordem de preferência, haveria o próprio legislativo, por meio do Senado e do *filtering principle*, e o Executivo. Depois, o Judiciário.

Dois fundamentos foram apresentados para justificar esta afirmativa. O primeiro diz respeito ao número de artigos do *The Federalist Papers* específicos sobre o Poder Judiciário: quase que a metade do número de artigos destinados ao legislativo e ao judiciário. O segundo residiria na pouca atenção dada ao assunto quando da realização dos debates, nos Estados, para a ratificação da Constituição (Cf. STORING, 1981: 50).

Isto não quer dizer que os Antifederalistas, em uníssono, tenham ignorado a questão, mas sim que poucos atentaram para a relevância do Judiciário.

¹⁶⁸ “It should be noted, in conclusion, that many Antifederalists contemplated the possibility of a union of interests between the Senate and the President, concluding that if it should occur the result would be despotism: a King and a House of Lords equaled an oligarchy.”

Sem embargo, os poucos que conseguiram vislumbrar o perigo, já foram capazes de antecipar grande parte da polêmica atual que cerca a figura do *controle de constitucionalidade*:

“O mais visionário deles [dos Antifederalistas], Brutus [provavelmente o juiz ROBERT YATES, de Nova Yorke], muito precisamente antecipou a extensão que a Suprema Corte daria aos seus próprios poderes e aos da legislatura geral, bem como a linha de raciocínio que seria usado. ‘Eu questiono se o mundo já viu, em qualquer período, uma corte de justiça investida com poderes tão imensos, e, ainda sim, alocada em uma situação de tão pouca responsabilidade [democrática, é dizer]’. Brutus previu, ainda, o controle de constitucionalidade de atos do Congresso e a conseqüente supremacia e irresponsabilidade do judiciário. ‘Se a legislatura aprovar qualquer lei inconsistente com o sentido que os juízes têm da Constituição, o poder destes será maior do que o da legislatura. (...). Os americanos, acostumados a vislumbrar a corte como um freio aos excessos do legislativo e do executivo, se esqueceram de sua arbitrariedade inerente. (...). Então, alguns Anti-Federalistas viram o judiciário como o *locus* do qual uma aristocracia jurídica irresponsável poderia gradualmente ou irresistivelmente engolir as partes mais populares do governo, uma antecipação das preocupações mais recentes sobre as implicações da racionalidade legal e da burocratização.’”¹⁶⁹ (STORING, 1981: 50).

De qualquer forma, esta crítica era ventilada por poucos dos Antifederalistas e, apenas, por aqueles ditos mais visionários.

2.3. O debate econômico

Por detrás deste embate Federalistas/Aristocracia e Antifederalistas/Democracia, haveria um outro, nem tão memorável, que se dá entre Federalistas/homens de posse e Antifederalistas/homens de situação nem tão favorável.

¹⁶⁹ “The most farsighted of them, Brutus, very accurately anticipated the breadth with which the Supreme Court would construe its own powers and those of the general legislature and the line of reasoning that would be used. ‘I question whether the world ever saw, in any period of it, a court of justice invested with such immense powers, and yet placed in a situation so little responsible’. Brutus predicted, moreover, the judicial review of acts of Congress and the consequent supremacy of an irresponsible judiciary. ‘If ... the legislature pass any laws, inconsistent with the sense the judges put upon the constitution, their power is superior to that of the legislature.’. (...). Americans, accustomed to look to courts as checks on legislative and executive excesses, had forgotten their inherent arbitrariness. (...). Thus some Anti-Federalists saw the general judiciary as a locus from which an irresponsible aristocracy of legal skill might gradually or irresistibly encroach on the more popular parts of government, an anticipation of more recent concerns about the implications of legal rationality and bureaucratization.”

É bem verdade que, dentre os Antifederalistas, havia homens de considerável soma de propriedades e riqueza. MASON, GERRY são exemplos claros. Contudo, conforme bem lembra MAIN:

“Em 1787, Senhores de propriedade providenciaram os Antifederalistas com seus mais hábeis líderes, mas a maioria [dos Senhores de propriedade] deram aos Federalistas um apoio vigoroso.”¹⁷⁰ (1974: 4).

Este fator é confirmado, pelo mesmo autor acima, em diversos exemplos. Um deles é Nova Yorke:

“Quinze de dezenove federalistas (79 por cento), mas apenas vinte e três de quarenta e seis Antifederalistas (50 por cento) eram advogados, juízes, ou grandes proprietários de terra. Proporcionalmente ao seus números, havia duas vezes e meia mais homens de riqueza dentre os Federalistas do que dentre os Antifederalistas. É significativo, ademais, que aqueles Antifederalistas que finalmente mudaram de lado se situavam dentre os bem-de-vida [well-to-do], incluindo um mercador, um grande proprietário de terras e três advogados que também eram grandes proprietários de terra, enquanto quatro advogados e um grande proprietário de terra se abstiveram de votar. (...) Dentre os formados em universidades, os Federalistas ultrapassavam os Antifederalistas, no início [em] sete a três e, no final, em oito a um. (...) Parece claro que a grande maioria dos ricos proprietários de terra e mercadores, dentro e fora da convenção [convenção para aprovar a Constituição], eram Federalistas e que os Antifederalistas, ainda que derivassem alguns de seus líderes desta classe, eram, em geral, homens de menores condições.”¹⁷¹ (MAIN, 1974: 241-242).

E que pode ser seguido pelos demais Estados. Nesse sentido é a afirmação de MAIN:

¹⁷⁰ “In 1787, Gentlemen of property provided the Antifederalists with many of their ablest leaders, but the great majority gave the Federalists vigorous support.”

¹⁷¹ “Fifteen out of nineteen Federalists (79 per cent) but only twenty-three of forty-six Antifederalists (50 per cent) were lawyers, judges, merchants, or large landowners. Proportionate to their numbers there were two and a half times as many men of wealth among the Federalists as among the Antifederalists. It is significant, moreover, that those Antifederalists who finally charged sides were among the more well-to-do, including one merchant, one large landowner, and three lawyers who were also large landowners, while four lawyers and a large landowner refrained from voting. (...). Among the college graduates, Federalists outnumbered Antifederalists at the beginning seven to three and at the end eighth to one. (...). It seems clear that most of the wealthy landowners and merchants, in and out of the convention, were Federalists and that the Antifederalists, while drawing some of their leaders from this class, were on the whole men of lesser means.”

“Se todos os Estados fossem incluídos, então seria seguro dizer que mais de três quartos da elite econômica era federalista.”¹⁷² (1974: 265, n. 49).

Enfim, pode-se concluir que o desacordo entre Federalistas e Antifederalistas tinha sua origem, em grande parte, no desnível econômico existente na sociedade. Membros das profissões mais rentáveis, como mercadores, advogados, grandes proprietários e donos de escravos compunham o grupo dos Federalistas. Já os pequenos comerciantes, pequenos agricultores, em suma, o homem comum, formavam a fileira dos Antifederalistas, salvo por algumas raras exceções, conforme visto.

Obviamente que este desnível também pode ser explicado por uma eventual diferença intelectual (aliás presumível, pois a ideologia federalista se pautava na idéia de *aristocracia natural* e, desta feita, pode-se facilmente concluir que todos aqueles que possuíam um mínimo de preparo educacional adeririam a esta corrente, sob a promessa de virem a se beneficiar – não necessariamente em termos de ganho pessoal). Mas, também não é menos óbvio que, por detrás desta diferença intelectual, há a questão econômica, como pano de fundo (Cf. MAIN, 1974: 264).

Não por outro motivo é que MAIN (1974: 259) desconsidera questões de idade (a diferença de idade entre federalista era de três a cinco anos) e de religiosidade como motivos fundamentais do entrevero e finda por concluir que a questão era, em grande parte, econômica^{173*}. Não propriamente uma questão de classe, mas econômica, afinal a primeira é fruto da revolução industrial, que ainda estava por vir:

¹⁷² “If all the states were included, then it would be safe to say that well over three-fourths of the economic elite were federalist.”

¹⁷³ MAIN, de forma cautelosa, não reduz, simplesmente, o debate, em termos econômicos, mas tampouco reduz a importância deste fator:

“Toda esta evidência prova que havia uma divisão dentre as classes [classe não no sentido como é utilizada atualmente]. Contudo, não prova que a luta acerca da ratificação possa ser explicada exclusivamente em termos de conflito de classe. Havia diversos Estados em que o conceito obviamente não se aplica. Em Geórgia, tanto os fazendeiros ricos quanto os pequenos agricultores concordaram com a ratificação. Na Carolina do Norte e na Virgínia, um grande número de grandes fazendeiros eram Antifederalistas, e no interior do último Estado, duas grandes seções habitadas por pequenos agricultores favoreceram a ratificação. Maryland não se ajusta à teoria e tampouco Delaware e New Jersey. Delegados de bastiões de pequenos fazendeiros em Connecticut, New Hampshire, Pennsylvania e mesmo Massachusetts (partes do condado de Hampshire) eram Federal.” (1974: 266).

“All of this evidence proves that there was a division along lines of class. It does not, however, prove that the struggle over ratification can be explained exclusively in terms of class conflict. There are several states in which the concept obviously does not hold. In Georgia both wealthy planters and yeomen farmers agreed on ratification. In North Carolina and Virginia a large number of planters were Antifederal, and in the interior of the latter state, two large sections inhabited by small farmers favored ratification. Maryland does not fit the theory, nor does Delaware and New Jersey. Delegates from small farmer strongholds in Connecticut, New Hampshire, Pennsylvania, and even Massachusetts (parts of Hampshire County) were Federal.”

“Não havia nenhuma classe trabalhadora, em nenhum sentido, mas existia sim um antagonismo entre os grandes proprietários e os pequenos. É verdade que tais conflitos eram amenizados por uma excepcionalmente alta mobilidade vertical, mas havia, sem embargo, diferenças econômicas e sociais significantes, bem reconhecidas naquela época, e que eram refletidas nas disputas políticas.”¹⁷⁴ (MAIN, 1974: 261-262).

O grande problema de se identificar esta questão econômica no debate entre federalistas está no novo temor que a camada mais simples da sociedade passa a nutrir. Se subjacente ao embate democracia e aristocracia estava a questão da participação política, neste novo embate, há, como pano de fundo, a possível tirania econômica dos mais ricos sobre os mais pobres. Em outras palavras, o movimento Federalista não busca mais afastar a população do exercício do poder político, mas sim dominá-la e explorá-la economicamente. São a dominação e a exploração econômica os grandes fins dos Federalistas e a nova concepção política, menos democrática, o meio escolhido para tanto:

“Uma ‘tirania aristocrática’ surgiria, em que (conforme escreveu TIMOTHY BLOODWORTH) ‘os grandes [em termos econômicos] vão lutar por poder, honra e riquezas, os pobres se tornaram presas para a avareza, insolência e opressão’.”¹⁷⁵ (MAIN, 1974: 132-133).

Nesse sentido, a Constituição passa a ser identificada com esta pretensão. Nada mais natural. Afinal, da mesma forma como a autoridade de um documento pode decorrer da legitimidade moral de seus autores, conforme visto no item anterior, a natureza e a finalidade desta última também podem derivar da natureza e das pretensões de seus autores.

Confirmavam este sentir normas tais como a que pretendia retirar da alçada dos Estados a possibilidade de emitir papel-moeda^{176*}, de emitir leis *ex post*

¹⁷⁴ “There was no working class to any extent, but there did exist an antagonism between small and large property holders. It is true that such conflicts were tempered by exceptionally high vertical mobility, but there were nevertheless significant economic and social differences, well recognized at the time, that were continually reflected in political disputes.”

¹⁷⁵ “An ‘aristocratical tyranny’ would arise, in which (as Timothy Bloodworth wrote) ‘the great will struggle for power, honor and wealth, the poor become a prey to avarice, insolence and oppression.’”

¹⁷⁶ Sobre a correlação – cautelosa – entre defensores do papel-moeda e Antifederalistas, MAIN:

“O sentimento de que o papel-moeda era, em certo grau, um fator na existência do Antifederalismo não há de ser duvidado – os Antifederalistas retiravam [apoio], muito mais do que seus oponentes, das fileiras dos advogados do papel-moeda; contudo a correlação não é inteiramente completa.” (1974: 269-270).

“That paper money sentiment was in some degree a factor in the existence of Antifederalism is scarcely to be doubted – the Antifederalists drew more heavily by far than their opponents from the ranks of paper money advocates; however the correlation is by no means complete.”

facto. Isto porque se imaginava que os maiores beneficiados por esta medida e muitas outras seriam os bem-situados, tendo em vista que estes eram credores e detentores de títulos de dívida pública.

Sobre esta concepção da Constituição, pelos Antifederalistas,
KRAMNICK:

“Havia JOHN LASING de Nova Yorke, quem denunciou a Constituição como ‘um monstro de três cabeças, como uma conspiração perversa jamais inventada nos tempos mais negros contra as liberdades do povo livre’. Havia AMOS SINGLETARY de Sutton, Massachusetts, que disse na convenção de ratificação de seu Estado: ‘Estes advogados, homens de estudo e homens de dinheiro que falam tão bem, e dão voltas suaves sobre assuntos, de forma a fazer com que nós, pobre povo iletrado, engula a pílula, eles pretendem colocar eles mesmos no Congresso. Ele esperam ser os administradores desta Constituição, e pegar todo o dinheiro com suas próprias mãos. E eles nos engolirão como [se fossemos] pequeninos, como o Grande Leviatã, Sr. Presidente, sim, como a baleia engoliu Jonah.’”¹⁷⁷ (1987: 14; ênfase acrescentada).

Esta observação, inclusive, foi feita por um estrangeiro presente nos Estados Unidos, neste momento:

“Em uma conhecida passagem, este ponto foi elaborado pelo representante francês para os Estados Unidos, LOUIS OTTO, que observou que o povo estava bem consciente de que um aumento do poder no governo central significaria ‘uma cobrança regular de tributos, uma administração rigorosa da justiça, impostos extraordinários sobre a importação, execuções rigorosas contra os devedores – *em resumo, uma marcada preponderância do homem rico e de grandes proprietários.*”¹⁷⁸ (MAIN, 1974: 112; ênfase acrescentada).

¹⁷⁷“There was John Lasing of New York State, who denounced the Constitution as a ‘triple headed monster, as deep and wicked a conspiracy as ever was invented in the darkest ages against the liberties of free people’. There was Amos Singletary of Sutton, Massachusetts, who asked at his state’s ratification convention: ‘These lawyers and men of learning, and moneyed men that talk so finely, and gloss over matters so smoothly, to make us poor illiterate people swallow down the pill, they expect to get into Congress, themselves. They expect to be managers of this Constitution, and get all the money into their own hands. And then they will swallow up us little fellows, like the Great Leviathan, Mr. President, yes, just as the whale swallowed up Jonah.’”

¹⁷⁸ “In a well-known passage, this point was elaborated by the French minister to the United States, Louis Otto, who observed that the people were aware that an increase of power in the central government would mean ‘a regular collection of taxes, a strict administration of justice, extraordinary duties on imports, rigorous executions against debtors – in short, a marked preponderance of rich men and of large proprietors.’”

E, a bem da verdade, as implicações econômicas da Constituição não eram percebidas apenas pelos Antifederalistas. Os próprios Federalistas tinham plena consciência de que, de certa forma, a Constituição era um documento econômico (Cf. MAIN, 1974: 162).

2.4. Conclusão parcial

Em resumo, duas eram as principais – mas não únicas – dissensões entre os Federalistas e os Antifederalistas: democrática e econômica. De certo modo, tais se relacionam, como se houvesse um juízo causal entre ambas (nesse sentido, vide o próximo capítulo sobre BEARD).

E estes elementos do debate somente se tornaram um maior objeto de estudo com a retomada do interesse pelos Antifederalistas, os quais, tal qual ocorre com todos os derrotados, haviam sido esquecidos pela história.

Contudo, com o renascimento do interesse por estes importantes opositores, caiu por terra um relevante mito que cercava os *Founding Fathers*, enquanto pessoas desinteressadas, preocupadas ampla e unicamente com o bem-público.

Este fato é de suma importância, inclusive, para teorias que contestam a legitimidade democrática das Constituições. Se anteriormente a contestação se pautava, meramente, em critérios temporais (que se refletia na seguinte indagação: “Como pode um legislador de mais de 200 anos conduzir a minha conduta atual?”¹⁷⁹); o acréscimo de dúvidas à própria envergadura moral dos Federalistas é um tempero extremamente forte e atraente, e que não se pode desconsiderar.

Sua importância é ainda maior, tendo em vista o possível acréscimo de uma variável não-democrática à própria concepção de *Constitucionalismo*.

É marcante a frase de MAIN, acerca da derrota dos Antifederalistas:

“Os Antifederalistas, que perderam sua única grande batalha, estão esquecidos, enquanto os vitoriosos são lembrados, não é certo quem é mais memorável.”¹⁸⁰ (1974: 281).

¹⁷⁹ Atualmente, esta é uma questão bem debatida por diversos doutrinadores. Para uma visão sobre o assunto, vide WALDRON, *Precommitment and Disagreement* (In. ALEXANDER (ed.), 2005: 271-300).

¹⁸⁰ : “The Antifederalists, who lost their only major battle, are forgotten while the victors are remembered, but it is not so certain which is the more memorable.”

No capítulo seguinte, estudar-se-á a visão de BEARD, grande responsável pelo enfoque ao aspecto econômico do embate.

BIBLIOGRAFIA DA SEÇÃO

KENYON, Cecelia M. “Constitutionalism in Revolutionary America”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 84 – 121.

KRAMNIC, Isaac. “Editor’s Introduction”. In. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

MAIN, Jackson Turner. *The Anti-Federalists: critics of the Constitution 1781-1788*. New York: The Norton Library, 1974.

MCDONALD, Forrest. *Enough Wise Men: The Story of Our Constitution*. New York: G.P. Putnam’s Sons, 1970.

RAZ, Joseph. “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1005. Bibliografia: 152 – 193.

STORING, Herbert J. *What the Anti-Federalists Were For: the political thought of the opponents of the Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

WALDRON, Jeremy. *Precommitment and Disagreement*. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1005. Bibliografia: 271-300.

WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. New York: The Norton Library, 1972.

CAPÍTULO IV

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: BEARD E O “CHOQUE DE SUA VIDA”

1. BEARD e os semi-deuses de JEFFERSON

Aos homens que se reuniram na Convenção de Filadélfia, nenhum epíteto soa mais louvável do que o de JEFFERSON. Eram semi-deuses e seu produto, obra divina.

No capítulo anterior, a análise dos Antifederalistas foi suficiente para demonstrar que a Constituição de 1787 e as propostas nela encampadas, nem de longe, eram aceitas de maneira pacífica e servil. Houve, sim, contestação e debates acalorados. As críticas dos Antifederalistas não eram fruto de mentes simples e ignorantes e a natureza de muitas de suas contestações bem demonstra a desconfiança que os opositores da Constituição de 1787 tinham em relação às intenções dos Federalistas.

Ninguém foi mais responsável do que CHARLES A. BEARD por ter chamado a atenção para o tipo de discussão que se instaurou entre os defensores e os opositores da proposta originada na Convenção de Filadélfia. A bem da verdade, ninguém foi mais responsável do que BEARD por contestar a envergadura moral dos membros desta Convenção.

Sobre este autor, KRAMNICK:

“O estudo iconoclasta de BEARD extremeceu a imagem Jeffersoniana dos framers como ‘semi-deuses’ e iniciou uma verdadeira indústria de defensores e críticos pós-Beard.”¹⁸¹ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 61).

E o artifício utilizado por ele, em sua tarefa, foi o tipo de ênfase dado ao debate, à discussão entre Federalistas e Antifederalistas. Um ênfase eminentemente *econômico*.

2. Os interesses econômicos por detrás do movimento federalista

¹⁸¹ “Beard’s iconoclastic study both shook the Jeffersonian image of the framers as ‘demigods’ and set off a veritable industry of post-Beardian defenders and critics.”

O que fez com que BEARD desse este enfoque ao debate foi a perturbação inicial quanto às verdadeiras concepções dos Federalistas e dos Antifederalistas:

“Mas durante os anos finais do século XIX, esta visão realística [econômica] da Constituição esteve, em grande parte, submergida em discussões abstratas acerca dos direitos dos Estados e da soberania nacional e em análises discriminatórias, formais e lógicas das opiniões judiciais. Era admitido, é claro, que havia um conflito árduo acerca da formação e da adoção da Constituição; mas o embate era usualmente explicado, quando explicado, por referências ao fato de que alguns homens desejavam os direitos dos Estados, enquanto outros favoreciam um governo central forte. (...). Como alguns homens vieram a ter ‘mentes nacionais’ e ‘pensamentos a longo prazo’ e outros se transformaram em provincianos em suas idéias, [tal] não perturbou o pensamento de estudiosos que conduziram estudos históricos na virada do século dezanove.”¹⁸² (BEARD, 1968: vi-vii).

Obviamente não se sabe dizer se foram os estudos de BEARD que o fizeram concluir por este enfoque ou se foi uma predisposição do autor que ‘contaminou’ as suas pesquisas históricas (certamente os críticos de BEARD aderem à última opção). De qualquer forma, a dita descoberta de BEARD fez com que este tivesse, em suas palavras, o “choque da sua vida”.

E o “choque da sua vida” consistiu na tomada de consciência dos interesses econômicos por detrás da Convenção de Filadélfia. Segundo ele, os autores da Constituição, bem como os seus defensores, ganhariam, em muito, com a aprovação da Constituição. E tal ganho não seria moral e tampouco político, mas sim econômico:

“E para a minha surpresa, eu descobri que muito dos Pais da República levavam em consideração o conflito sobre interesses econômicos, que tinham uma certa distribuição regional e seccional.”¹⁸³ (BEARD, 1968: vii).

¹⁸² “But during the closing years of the nineteenth century this realistic view of the Constitution had been largely submerged in abstract discussions of the states’ rights and national sovereignty and in formal, logical, and discriminative analyses of judicial opinions. It was admitted, of course, that there had been a bitter conflict over the formation and adoption of the Constitution; but the struggle was usually explained, if explained at all, by reference to the fact that some men cherished states’ rights and others favored a strong central government. (...). How some men got to be ‘national-minded’ and ‘straight-thinking’, and others became narrow and local in their ideas did not disturb the thought of scholars who presided over historical writing at the turn of the nineteenth century.”

¹⁸³ “And to my surprise I found that many Fathers of the Republic regarded the conflict over the economic interests, which had a certain geographical or sectional distribution.”

A partir daí, sua perquirição pretendeu identificar, em cada um dos membros da Convenção da Filadélfia, em cada um dos agentes atuantes neste processo, quais os eventuais interesses econômicos que poderiam ter. Em síntese, a pergunta foi a seguinte: seriam eles afetados economicamente – positivamente – pelo resultado das Convenções? (Cf. BEARD, 1968: 73).

Frise-se que, para se chegar à conclusão de que havia interesses econômicos subjacentes à elaboração da Constituição de 1787, o autor ora comentado não partiu da leitura dos dispositivos desta e, tampouco, dos comentários então existentes:

“Em nenhum lugar dos comentários há qualquer evidência do fato de que as normas de nossa lei fundamental foram criadas para proteger qualquer classe em seus direitos ou para assegurar a propriedade de um grupo das pressões de outro.”¹⁸⁴ (BEARD, 1968: 11-12).

Sua pesquisa partiu da leitura da correspondência trocada entre os Federalistas e Antifederalistas, dos debates ocorridos nas diversas convenções de ratificação da Constituição, do resultado das convenções, da biografia^{185*} dos que votaram pela e contra a Constituição e, principalmente, da análise de documentos do Tesouro Nacional. Quanto a esta última fonte, o autor a considera falha, tendo em vista a grande quantidade de material existente (o que demandaria um trabalho sobre-humano) e, principalmente, a grande quantidade de material inutilizável – pelo efeito do tempo – ou que se perdeu. Tal fonte, nada obstante, foi amplamente considerada por BEARD, especialmente, quanto ao uso de títulos de dívida pública pelos defensores da Constituição.

Deixando esta digressão metodológica de lado, cumpre ressaltar que eram quatro os tipos de interesses econômicos por detrás da elaboração da Constituição. O primeiro dizia respeito aos credores (BEARD, 1968: 31-32) e que eram diretamente

¹⁸⁴ “Nowhere in the commentaries is there any evidence of the fact that the rules of our fundamental law are designed to protect any class in its rights, or secure the property of one group against the assault of another.”.

¹⁸⁵ BEARD encontrou dificuldade em pesquisar a vida econômica dos protagonistas da Constituição de 1787, em biografias existentes. O motivo:

“Infelizmente, os materiais para tal estudo são escassos, porquanto o biógrafo comum usualmente reputa negligenciável o processo pelo qual seu herói ganhava a sua vida” (BEARD, 1968: 73-74).

“Unfortunately, the materials for such a study are very scanty, because the average biographer usually considers as negligible the processes by which his hero gained his livelihood.”.

afetados pela emissão de papel-moeda, de normas suspendendo as formas legais de cobrança da dívida. Sobre o tema, BEARD:

“É inútil saber se foi a ganância dos credores ou a total depravidade dos devedores (uma questão amplamente tratada naquele tempo) a responsável por este profundo e amargo antagonismo. É suficiente para o nosso propósito descobrir sua existência e encontrar seus reflexos na Constituição. Era do interesse do credor ver a moeda valorizar, de ver facilitado o processo de assegurar a posse de propriedade hipotecada, e de manter o rigor da lei em face do devedor que não cumpriu com as suas obrigações.”¹⁸⁶ (1968: 32).

O segundo, e mais importante, referia-se ao de proprietários de títulos públicos, emitidos quando da guerra pela Independência, pelo Congresso Continental, para financiar a guerra, e que, no período da elaboração da Constituição, estavam altamente desvalorizados. Acreditava-se que, com um governo central forte, o valor destes títulos sofreriam uma alta valorização. Tal previsão se concretizou e, durante o processo de ratificação da Constituição, foi alvo de intensa especulação.

O terceiro tipo de interesse residia nos interesses comerciais e mercantis. Com um governo central forte, responsável pela elaboração de uma legislação uniforme acerca do comércio e de outras favorecendo os produtos nacionais, por meio de restrições tarifárias, os comerciantes somente teriam a ganhar.

O derradeiro interesse econômico se referia às propriedades territoriais. Tais eram, até então, ameaçadas de duas maneiras. Uma, por meio do papel-moeda, na medida em que se temia que este fosse utilizado para adquirir, juntamente com legislações impondo a venda da propriedade, as terras dos grandes proprietários. A segunda, através dos índios, nos territórios do oeste.

Nesse sentido, em específico quanto à segunda ameaça, tal seria evitada por um governo central forte e seu exército, que traria a devida segurança aos proprietários de terra, principalmente das regiões em que havia ameaças por parte dos nativo-americanos.

¹⁸⁶ “It is idle to inquire whether the rapacity of the creditors or the total depravity of the debtors (a matter much discussed at the time) was responsible for this deep and bitter antagonism. It is sufficient for our purposes to discover its existence and to find its institutional reflex in the Constitution. It was the interest of the creditors to see the currency appreciate, to facilitate the process for securing possession of forfeited mortgaged property, and to hold the rigor of the law before the debtor who was untrue to his obligations.”.

E, em síntese, todos estes interesses estavam sendo afetados no período da ‘politics of liberty’, sem que se houvesse, neste, qualquer possibilidade de resguardá-los:

“Grandes e importantes grupos de interesses econômicos estavam sendo adversamente afetados pelo sistema de governo sob os Artigos da Confederação, em específico, aqueles [referentes] aos títulos públicos, navegação e manufatura [comércio], empréstimo; em resumo, capital oposto à terra.

“Os representantes destes importantes interesses tentaram através dos canais legais regulares assegurar emendas aos Artigos da Confederação que resguardariam seus direitos no futuro, em particular o dos credores públicos.

“Tendo falhado em realizar seu grande propósito através dos meios regulares, os líderes no movimento passaram a trabalhar para resguardar, por meio de uma rota alternativa, a reunião de uma Convenção para ‘revisar’ os Artigos da Confederação, com a esperança de obter, fora do sistema legal existente, a adoção de um programa revolucionário.”¹⁸⁷ (BEARD, 1968: 63).

Com base nestes fatos, BEARD chega, inclusive, a contestar o cenário que havia sido pintado pelos Federalistas, quando da realização da Convenção de Filadélfia, um cenário, conforme dito, pautado pelo caos e pela insegurança pública e jurídica. Houve, sim, um exagero, por parte dos defensores da Constituição:

“Pode ser que o ‘período crítico’ não era tão crítico assim; mas um mero fantasma da imaginação, produzido por maldades indúvidas que poderia ter sido remediado sem uma revolução política. (...). Não parece que alguém tenha, efetivamente, investigado quais os fatos precisos que devem ser estabelecidos para provar que ‘os laços da ordem social estavam a dissolver’.”¹⁸⁸ (BEARD, 1968: 48).

¹⁸⁷ “Large and important groups of economic interests were adversely affected by the system of government under the Articles of Confederation, namely, those of public securities, shipping and manufacturing, money at interest; in short, capital as opposed to land.

“The representatives of these important interests attempted through the regular legal channels to secure amendments to the Articles of Confederation which would safeguard their rights in the future, particularly those of the public creditors.

“Having failed to realize their great purposes through the regular means, the leaders in the movement set to work to secure by a circuitous route the assembling of a Convention to ‘revise’ the Articles of Confederation with the hope of obtaining, outside of the existing legal framework, the adoption of a revolutionary programme.”

¹⁸⁸ “It may be that ‘the critical period’ was not such a critical period at all; but a phantom of the imagination produced by some undoubted evils which could have been remedied without a political revolution. (...). It does not appear that any one has really inquired just what precise facts must be established to prove that ‘the bonds of the social order were dissolving.’”

BEARD (1968: 48) chega, inclusive, a reforçar a necessidade de se verificar a veracidade do péssimo cenário pintado acerca do período da ‘politics of liberty’, sob o argumento de que parte da história teria sido escrito pelos Federalistas, pelos vencedores. Portanto, sem a imparcialidade necessária.

Ao realizar o cotejo entre os interesses econômicos em vigor na época e os membros da Convenção de Filadélfia e defensores da Constituição, o autor conclui que quase todos eram ou proprietários de terra no oeste, eram grandes credores e, mais importante, eram detentores de grande quantidade de títulos de dívida pública (v. BEARD, 1968: 73-151). Sobre estes últimos, dos 55 membros da Convenção de Filadélfia, 40 aparecem nos arquivos do Departamento do Tesouro como tendo realizado, posteriormente, é dizer, após o advento da Constituição de 1787, o resgate dos valores correspondentes. Ademais, o autor conclui que quase todos os membros desta provinham da alta sociedade norte-americana:

“Nenhum membro representava, na figura de seu interesse econômico pessoal, a classe dos agricultores ou dos mecânicos.

“A grande maioria dos membros, ao menos 5/6, eram imediata, direta e pessoalmente interessados no resultado de seus trabalhos em Filadélfia, e eram, em maior ou menor medida, beneficiários econômicos da adoção da Constituição.”¹⁸⁹ (BEARD, 1968: 149).

Disto, o autor (1968: 151) conclui que não se pode considerar os participantes da Convenção como desinteressados, economicamente, como se estivessem agindo, apenas, de acordo com princípios abstratos de ciência política. Muito pelo contrário. Atuavam em prol de seus próprios bolsos.

Nem mesmo a obra *Federalist Papers* fugiu desta conclusão:

“*O Federalista*, por sua vez, apresenta, de forma relativamente resumida e sistemática, uma interpretação econômica da Constituição pelos homens mais aptos, por meio de um conhecimento íntimo dos ideais dos *framers*, a expor a ciência política do novo governo. (...). É verdade que o tom dos escritores é de alguma forma modificado em razão do fato de que eles estão se dirigindo aos eleitores da Constituição, mas ao mesmo tempo eles são, por força das circunstâncias, compelidos a convencer um

¹⁸⁹ “Not one member represented in his immediate personal economic interest the small farming or the mechanic classes.

“The overwhelming majority of members, at least five-sixths, were immediately, directly, and personally interested in the outcome of their labors at Philadelphia, and were to a greater or less extent economic beneficiaries from the adoption of the Constitution.”.

grande grupo de que a segurança e a força se encontram na adoção do novo sistema.”¹⁹⁰ (BEARD, 1968: 153-154).

E, de fato, há razão em suas palavras. Muitos dos *Federalist Papers* sublinham interesses econômicos, principalmente aqueles escritos por HAMILTON e que se referiam ao comércio. Um exemplo é o *Federalist Paper # 11*.

De qualquer forma, interessante notar que, muito embora BEARD seja ácido em sua análise dos interesses econômicos presentes em muitos dos membros da Convenção de Filadélfia, a intensidade de seus ataques diminui em relação aos principais expoentes deste movimento. WASHINGTON, MADISON e HAMILTON são tratados de maneira deferencial.

Quanto ao primeiro, BEARD chega a apontar os interesses econômicos deste:

“WASHINGTON era também um considerável financiador e sofria com as operações de papel-moeda da legislatura de Virgínia.”¹⁹¹ (1968: 145).

Contudo, logo em seguida, ameniza o fato:

“Se alguém no país tinha um motivo para estar desgostoso com as imbecilidades da Confederação, este era WASHINGTON. Ele havia dado melhores anos de sua vida para a causa Revolucionária, e havia recusado qualquer tipo de remuneração pelos seus grandes serviços.”¹⁹² (BEARD, 1968: 145).

Já MADISON não possuía qualquer título público – principal elemento utilizado na análise de BEARD:

“Ele não aparece como detentor de títulos públicos; quanto à pequena quantidade creditada a JAMES MADISON nos livros do Departamento do

¹⁹⁰ “*The Federalist*, on the other hand, presents in a relatively brief and systematic form an economic interpretation of the Constitution by the men best fitted, through an intimate knowledge of the ideals of the framers, to expound the political science of the new government. (...) It is true that the tone of the writers is somewhat modified on account of the fact that they are appealing to the voters to ratify the Constitution, but at the same time they are, by the force of circumstances, compelled to convince large economic groups that safety and strength lie in the adoption of the new system.”

¹⁹¹ “Washington was also a considerable money lender and suffered from the paper money operations of the Virginia legislature.”

¹⁹² “If any one in the country had a just reason for being disgusted with the imbecilities of the Confederation it was Washington. He had given the best years of life to the Revolutionary cause, and had refused all remuneration for his great services.”

Tesouro, tal parece ter pertencido ao seu pai, também chamado JAMES MADISON.”¹⁹³ (BEARD, 1968: 125).

De mais a mais, BEARD (1968: 125-126) finda por reforçar o provável desinteresse de MADISON com a citação de uma carta escrita por este a JEFFERSON, na qual ele criticava os interesses espúrios por detrás do novo sistema político que havia criado, principalmente a busca por títulos públicos.

Por fim, em relação a HAMILTON, este, muito embora tenha ocupado o cargo principal do Departamento do Tesouro, tenha sido reputado o responsável por criar e desenvolver todo o sistema financeiro nacional e, inclusive, tenha sido investigado por corrupção^{194*}, é inocentado de eventuais interesses econômicos na elaboração da Constituição:

“A conclusão que se chega desta evidência [poucas provas contra HAMILTON, a não ser uma carta deste ao seu amigo DUER e que foi interpretada como um mero alerta entre amigos] é que HAMILTON não tinha, em 1787, nada mais do que uma pequena quantidade de títulos públicos que podem ter se valorizado sob o novo sistema; que ele tinha sim algumas terras no oeste; mas que um extensivo aumento à sua fortuna pessoal não era levado em consideração por ele. O fato de que ele morreu pobre é uma evidência disto.”¹⁹⁵ (1968: 114).

Pouco importa, ainda, para BEARD, o fato de HAMILTON se opor ao governo popular^{196*}.

¹⁹³ “He does not appear to have been a holder of public securities; for the small amounts credited to James Madison on the books of the Treasury Department seem to have belonged to his father, also named James Madison.”

¹⁹⁴ Nesse sentido, BEARD:

“Em 1793, HAMILTON foi acusado de violação criminosa das leis, e ficou sob suspeita de ter desviado dinheiro público. A *House of Representatives* ficou tão impressionada com as acusações que indicou um comitê para investigar a conduta do Departamento do Tesouro, particularmente quanto às acusações de que HAMILTON utilizou dinheiro público para ‘empréstimos servis, descontos, e acomodações’ para ele e para seus amigos.” (1968: 104).

In 1793, Hamilton was accused of a criminal violation of the laws, and laid under the suspicion of being a defaulter. The House of Representatives was so impressed with the charges that it appointed a committee to investigate the conduct of the Treasury Department, particularly with regard to the charge that Hamilton had made the public moneys ‘subservient to loans, discounts, and accommodations’ to himself and friends.”

¹⁹⁵ “The conclusion to be reached from this evidence is that Hamilton did not have in 1787 any more than a petty amount of public securities which might appreciate under a new system; that he did have some western land; but that an extensive augmentation of his personal fortune was no consideration with him. The fact that he died a poor man is conclusive evidence of this fact.”

¹⁹⁶ Nas palavras de BEARD: “É verdade que, em particular, ele usualmente expressava seu desprezo pelo governo popular, [desprezo] que não é mencionado em seus papéis públicos.” (1968: 102-103).

“It is true that in private he often expressed a contempt for popular rule which is absent from his public papers”.

Em resumo, os Federalistas eram compostos, em sua maioria, por pessoas economicamente interessadas no resultado da Constituição. Os opositores, por sua vez, como LUTHER MARTIN, se caracterizavam pela ausência destes mesmos interesses.

E, mais importante do que isto, esta tendência se manteve no processo de ratificação da Constituição de 1787, nos Estados. A oposição era proveniente das regiões mais agrícolas, das áreas que favoreciam o papel-moeda e outras formas de evitar o pagamento de débitos contraídos (Cf. BEARD, 1968: 291).

Já os defensores e os alvos dos Federalistas, em sua busca de apoio, eram os mercadores, financiadores e credores públicos, os quais eram atraídos pela promessa de segurança econômica (Cf. BEARD, 1968: 294).

Importante destacar, ainda, na análise de BEARD, a escassa participação popular no processo de ratificação da Constituição de 1787, escassez esta que tinha, também, fundamento econômico.

Quando da realização da Convenção de Filadélfia, estabeleceu-se que o processo de ratificação, a forma com que ocorreriam as convenções responsáveis por esta, seria determinada pelos próprios Estados. O resultado foi que a votação para os delegados que comporiam as Convenções se pautou em critérios de propriedade. Somente quem fosse detentor de uma quantidade x de propriedade é que teria direito de votar:

“Quantas pessoas favorecem a adoção da Constituição?

O primeiro fato a se notar nesta análise é a considerável proporção da população de homens brancos e adultos que foram impedidos de participar nas eleições para delegados à ratificação das convenções estaduais pela prevalecente qualificação [pautada na] propriedade para o sufrágio. A determinação desta qualificação de sufrágio foi deixada às legislaturas estaduais; e em geral eles adotaram as restrições de propriedade já imposta aos eleitores para membros da casa baixa das legislaturas estaduais.”¹⁹⁷ (1968: 240).

O resultado deste fato foi que:

¹⁹⁷“How many of the people favored the adoption of the Constitution?

“The first fact to be noted in this examination is that a considerable proportion of the adult white male population was debarred from participating in the elections of delegates to the ratifying state conventions by the prevailing property qualifications on the suffrage. The determination of these suffrage qualifications was left to the state legislatures; and in general they adopted the property restrictions already imposed on voters for members of the lower branch of the state legislatures.”.

“Na ratificação da Constituição, quase que $\frac{3}{4}$ dos homens adultos deixou de votar acerca da questão, tendo se ausentado da eleição em que os delegados dos estados foram escolhidos, quer por sua indiferença ou por não serem alistáveis em face de qualificações pautadas em propriedade.”¹⁹⁸ (BEARD, 1968: 325).

Nesse sentido, a Constituição deixa de ser, eminentemente, um documento aristocrático, ainda que *naturalmente* aristocrático, e passa a ser, pura e simplesmente, um documento econômico:

“Muito já foi dito para se demonstrar que a Constituição como um pedaço de legislação abstrata não refletindo qualquer interesse de grupos e sem reconhecer qualquer antagonismo econômico é inteiramente falso. Foi um documento econômico elaborado com incrível habilidade por homens cujos interesses econômicos estavam imediatamente em jogo”¹⁹⁹ (BEARD, 1968: 188).

Mas e quanto ao debate entre aristocracia e democracia? BEARD reconhece esta faceta da discussão, como se pode perceber dos diversos comentários trazidos à colação por ele. Sobre JAMES MCHENRY, que participou da Convenção de Filadélfia:

“Democracia era, em sua opinião, sinônimo de ‘confusão e licenciosidade’.”²⁰⁰ (BEARD, 1968: 204)

Sobre OLIVER ELLSWORTH, um famoso Federalista:

“Nenhum membro da Convenção desconfiava mais de qualquer medida favorecendo a ‘democracia niveladora’ do que OLIVER ELLSWORTH. Mais tarde, como Chief Justice, ele denunciou, da banca, JEFFERSON e o partido francês como ‘apóstolos da anarquia. Derramamento de sangue e ateísmo’. Na Convenção, ele se opôs às eleições populares do Presidente e favorecia a associação de juízes ao executivo no exercício do poder de veto sobre atos do Congresso.”²⁰¹ (BEARD, 1968: 196).

¹⁹⁸ “In the ratification of the Constitution, about three-fourths of the adult males failed to vote on the question having abstained from the elections at which delegates to the state conventions were chosen, either on account of their indifference or their disfranchisement by property qualifications.”

¹⁹⁹ “But enough has been said to show that the concept of the Constitution as a piece of abstract legislation reflecting no group interests and recognizing no economic antagonisms is entirely false. It was an economic document drawn with superb skill by men whose property interests were immediately at stake.”

²⁰⁰ “Democracy was, in his opinion, synonymous with ‘confusion and licentiousness.’”

²⁰¹ “No member of the Convention distrusted anything savoring of ‘levelling democracy’ more than *Oliver Ellsworth*. Later as Chief Justice he denounced from the bench Jefferson and the French party as ‘the apostles of anarchy. Bloodshed, and atheism’. In the Convention, he opposed the popular election of

Nem mesmo WASHINGTON escapou de suas considerações:

“Ele temia, contudo, o tipo de política praticada em Sociedades Democráticas que pulularam em sua administração, a via de forma crítica este governo, como predisposto à rebelião.”²⁰² (BEARD, 1968: 215).

E, tampouco, HAMILTON, o qual havia escrito o seguinte:

“Todas as comunidades se dividem, elas próprias, em *poucos e muitos*. Os primeiros são os ricos e bem-nascidos, os outros a massa do povo. A voz do povo é reconhecida como a voz de Deus; e ainda que esta máxima tenha sido citada e aceita, não é, propriamente, uma verdade. O povo é turbulento e inconstante; eles quase não julgam ou determinam direitos. Dê, então, à primeira classe uma permanente e distinta participação no governo. Ela irá controlar a instabilidade da segunda [classe], e uma vez que ela não pode receber qualquer vantagem de uma mudança, ela, desta feita, manterá para sempre um bom governo. Pode uma assembléia democrática que anualmente retorna à massa do povo [aqui ele estava fazendo menção à eleição anual destas assembléias] ser considerada estável para buscar o bem-comum? Apenas um corpo permanente pode controlar a imprudência da democracia [HAMILTON defendia mandatos vitalícios ou para o Presidente ou para os senadores]...’.”²⁰³ (*apud* BEARD, 1968: 199).

Contudo, BEARD, em sua obsessão com a visão econômica do movimento Constitucionalista, afirmava que o embate entre democracia e aristocracia era conseqüência daquela dissensão apontada por ele. Este ponto de vista se faz sentir em seu comentário acerca de HARDING:

“Certamente que este segundo elemento de oposição – aristocracia *versus* democracia – introduzido por HARDING [em sua análise sobre a distribuição territorial da votação pela ratificação em Massachusetts] é,

the President and favored associating the judges with the executive in the exercise of a veto power over acts of Congress.”.

²⁰² “He feared, however, the type of politics represented by the Democratic Societies which sprang up during his administration, and looked upon criticism of the government as akin to sedition.”.

²⁰³ ““All communities divide themselves into the few and the many. The first are the rich and well born, the other the mass of the people. The voice of the people has been said to be the voice of God; and however generally this maxim has been quoted and believed, it is not true in fact. The people are turbulent and changing; they seldom judge or determine right. Give therefore to the first class a distinct permanent share in the government. They will check the unsteadiness of the second, and as they cannot receive any advantage by a change, they therefore will ever maintain a good government. Can a democratic assembly who annually revolve in the mass of the people, be supposed steadily to pursue the public good? Nothing but a permanent body can check the imprudence of democracy ...’.”.

realmente, o primeiro [oposição econômica] sob outras vestes; porquanto o partido aristocrático era o partido da riqueza com seus apêndices profissionais; e o partido democrático era o elemento agrário, o qual, por conta de suas circunstâncias econômicas, não poderia ter aderência de um grande grupo de profissionais. (...). Mencionar um interesse democrático apartado de suas fontes econômicas é, então, um trabalho de supererogação; e não acrescenta, a bem da verdade, à exposição das reais forças em trabalho.”²⁰⁴ (BEARD, 1968: 258).

3. As críticas a BEARD

Não é preciso dizer que o ponto de vista de BEARD suscitou diversas críticas. Conforme KRAMNICK mencionou, houve uma produção em série de obras específicas sobre o assunto. Estes são os exemplos de FORREST McDONALD, em *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, de ROBERT E. BROWN, em *Charles Beard and the Constitution*, e de LEE BENSON, em seu *Turner and Beard: American Historical Writing Reconsidered*. Mesmo em trabalhos mais genéricos, havia a menção a BEARD, como é o caso de STORING (vide o capítulo antecedente).

As críticas contra ele eram e são diversas. Sua visão era parcial, assaz marxista. Sua metodologia, falha (muito embora o próprio autor, quase que em todos os seus capítulos, mencione o fato de que sua pesquisa era, de fato, incompleta). Diz-se que não havia uma divisão de classes, na época, mas sim uma classe média homogênea.

Enfim, havia uma série de falhas na pesquisa de BEARD, e o resultado foi a criação de uma cautela acadêmica em torno de sua obra.

A resposta de BEARD foi de certa forma, ácida e irônica. Primeiro, afirmou que nenhuma obra havia sido tão severamente criticada, mas, ao mesmo tempo, tão pouco – efetivamente – lida (1968: viii). E, ao que tudo indica, havia veracidade em sua indignação. Um exemplo claro, que pode ser trazido à baila, é KRAMNICK, amplamente citado neste trabalho:

“Há, de fato, algumas falhas fundamentais na análise simplista de BEARD. Muitos dos principais Anti-Federalistas, por exemplo, estavam entre os mais ricos homens do país. GEORGE MASON considerava GEORGE WASHINGTON como um novo-rico, e JOHN WHINTROP

²⁰⁴ “Of course this second element of opposition – aristocracy *versus* democracy – introduced by Harding is really but the first under another guise; for the aristocratic party was the party of wealth with its professional dependents; and the democratic party was the agrarian element which, by the nature of economic circumstances, could have no large body of professional adherents. (...). To speak of a democratic interest apart from its economic sources is therefore a work of supererogation; and it does not add, in fact, to an exposition of the real forces at work.”

(‘Agrippa’) era um herdeiro da mais aristocrática família. Nem RICHARD LEE e ELBRIDGE GERRY tinham pouco dinheiro. O reverso também é verdade; pequenos artesões nas maiores cidades eram ardorosos defensores da Constituição.”²⁰⁵ (In. MADISON, HAMILTON, JAY, 1987: 61-62).

KRAMNICK parece querer reduzir, de forma *simplista*, a análise de BEARD a um embate entre ricos e pobres. Obviamente que eram os mais ricos que, usualmente, defendiam a Constituição. Contudo, pessoas com pretensões de ascensão econômica e de riqueza também se encaixavam neste grupo.

Já quanto ao fato de pequenos artesões defenderem a Constituição, a sua eventual pobreza não implica um desinteresse econômico, por parte destes, no resultado do novo sistema político. Muito pelo contrário. O novo sistema político, o qual erigiria altas tarifas para os produtos estrangeiros, incentivaria o comércio e os produtos internos. Ou seja, atenderia aos interesses econômicos dos pequenos artesões.

Quanto ao fato de muitos opositores, Antifederalistas, serem ricos, BEARD não desconsidera este fato. Aliás, por vezes, afirma que a própria rejeição à Constituição poderia também decorrer de interesses econômicos. Ele cita como exemplo MASON, antifederalista, por assim dizer, bem postado economicamente:

“Embora MASON tenha se recusado a assinar a Constituição, suas razões foram baseadas em interesses econômicos pessoais, não em qualquer objeção aos limites sobre as legislaturas democráticas.”²⁰⁶ (BEARD, 1968: 207).

Ademais, não se pode desconsiderar que BEARD não pretende encetar em todo e qualquer defensor ou opositor da Constituição a figura do interesse econômico. Havia, sim, pessoas desinteressadas. Contudo, este fato não reduz a importância da questão econômica quando da elaboração da Constituição.

De mais a mais, BEARD afirma, em seu prefácio à segunda edição de sua obra, que sua visão é uma das diversas possíveis e não a única.

²⁰⁵ “There are, indeed, some fundamental flaws in Beard’s simplistic analysis. Many of the leading Anti-Federalists, for example, were among the wealthiest men in the country. George Mason regarded George Washington as a parvenu surveyor, and John Winthrop (‘Agrippa’) was a scion of New England’s most aristocratic family. Nor did Richard Lee and Elbridge Gerry lack great wealth. The reverse is also true; capital-poor artisans in the major cities were ardent supporters of the Constitution.”

“Eu não a chamei de ‘a’ interpretação econômica, ou a ‘única’ interpretação possível. Tampouco pretendi que esta fosse ‘a história’ da formação e adoção da Constituição. O leitor foi avisado, de antemão, da teoria e da ênfase. (...). Eu simplesmente busquei trazer de volta ao cenário mental da Constituição estas características realistas do conflito de interesses econômicos, que meus mestres haviam, por alguma razão, deixado de fora, ou reputado mais como um fator incidental do que fundamental.”²⁰⁷ (BEARD, 1968: viii).

De qualquer forma, é certo que o posicionamento de BEARD não pode ser utilizado sem reflexão (e esta nem parece ser a vontade do autor). Contudo, não se pode, tampouco, desconsiderá-lo. Fica, aqui, o alerta de MAIN:

“Por um lado, BEARD não mais pode ser aceito sem sérias reservas. Por outro, BROWN e MCDONALD não destruíram, por inteiro, o seu trabalho, e tampouco obtiveram sucesso em substituí-lo com um novo ponto de vista”²⁰⁸ (1974: 294).

4. A importância de seu estudo para o constitucionalismo

A polêmica suscitada por BEARD produziu uma série de benefícios. A primeira e quiçá mais importante, e que é citada por STORING, conforme visto no capítulo referente aos Antifederalistas, foi a sua visão iconoclasta dos Federalistas (salvo, é claro, por WASHINGTON, MADISON e HAMILTON, aos quais BEARD demonstra uma inexplicável deferência) e que fez com os Antifederalistas fossem estudados com outra visão, mais simpática à sua causa.

Outro benefício, e este é alardeado pelo próprio autor, é a demonstração, aos leitores, de que há interesses econômicos por detrás de toda grande mudança histórica. Os grandes vetores sociais não são a justiça e o bem geral, mas os interesses econômicos (Cf. BEARD, 1968: 17-18). Ter consciência deste fato faz com que a população, em geral, não seja argila na mão de seus fazedores (BEARD, 1968: xvii).

²⁰⁶“Although Mason refused to sign the Constitution, his reasons were based on personal economic interests, not on any objections to its checks on democratic legislatures.”

²⁰⁷ “I did not call it ‘the’ economic interpretation, or ‘the only’ interpretation possible to thought. Nor did I pretend that it was ‘the history’ of the formation and adoption of the Constitution. The reader was warned in advance of the theory and the emphasis. (...). I simply sought to bring back into the mental picture of the Constitution those realistic features of economic conflict, stress, and strain, which my masters had, for some reason, left out of it, or thrust far into the background as incidental rather than fundamental.”

²⁰⁸ “On the one hand, Beard can no longer be accepted without serious reservations. On the other, Brown and McDonald have not entirely destroyed the older work, nor have they succeeded in replacing it with a fresh view.”

Para os fins deste estudo, a importância está na demonstração de uma versão nem tão romanceada da – provável – história da criação de um fenômeno que marcou a história política do mundo. O constitucionalismo não nasceu para controlar as monarquias absolutistas (o que já se procura refutar de alfa a ômega, neste trabalho) e, tampouco, para controlar a legislatura, a tirania do legislativo. A finalidade deste movimento seria prática: assegurar e promover certos interesses econômicos^{209*}. Ponto.

Nesse sentido, o controle do legislativo seria meramente incidental e, desta feita, a tese central da presente dissertação, estaria ameaçada.

Contudo, ainda que se aceite a premissa de BEARD, não se pode dizer que o constitucionalismo não se preocupa, eminentemente, com o legislativo. Isto porque foi o próprio legislativo, conforme visto, que colocou em xeque muitos dos interesses econômicos aventados por BEARD. Daí é bem possível concluir que o sistema constitucional que foi esboçado por MADISON e HAMILTON, sendo que o primeiro se encontra imunizado das críticas de BEARD, *simplesmente* atraiu o apoio dos que detinham interesses econômicos. Ou seja, o constitucionalismo e o seu fruto diletto, a Constituição de 1787, não seriam o resultado de interesses econômicos, muito embora estes tenham facilitado a sua aprovação e tenham, de certa forma, sido implementados através desta.

No esteio deste pensamento, se se aceitar a tese de BEARD, a maior ameaça será à idealização romântica do constitucionalismo, e não a um dos seus elementos conceituais.

BIBLIOGRAFIA DA SEÇÃO

BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 5th printing. New York: The Free Press, 1968.

KRAMNIC, Isaac. “Editor’s Introduction”. In. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

MAIN, Jackson Turner. *The Anti-Federalists: critics of the Constitution 1781-1788*. New York: The Norton Library, 1974.

²⁰⁹ Se é bem verdade que a ideologia usualmente retratada dos Federalistas, de aristocracia natural, já sofre fortes críticas por parte dos Antifederalistas, que reputavam tal ideologia como antidemocrática; o ponto de vista extremado de BEARD serve para acabar com qualquer dúvida acerca da legitimidade democrática daquela Constituição. Simplesmente não haveria. Quanto a este último ponto, BEARD (1968: viii) narra que um escritor socialista, inclusive, utilizou sua obra para sugerir uma nova Constituição.

STORING, Herbert J. *What the Anti-Federalists Were For: the political thought of the opponents of the Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

CONCLUSÃO

No corpo da presente dissertação, buscou-se precisar um conceito de *constitucionalismo* que fosse peculiar o suficiente para apartá-lo das demais técnicas de limitação do Estado. Muito embora a lei tenha uma importância supina em sua definição, tal como ocorre com o Estado de Direito, o *rule of law* e o *Rechtsstaat*, o *constitucionalismo* finda por inserir, no âmbito de seu controle, a própria figura da lei.

Nesse sentido, o *constitucionalismo* rompe com um paradigma, esposado por FILMER, segundo o qual o poder de fazer leis seria, naturalmente, arbitrário. Em outras palavras, o *constitucionalismo* faz com que a existência de leis sobre leis não seja mais uma contradição de termos, mas uma realidade necessária à limitação do governo, mais precisamente uma limitação ao poder legislativo, que ganhava, então, foros de tirania.

Deste fato, chega-se à conclusão de que o *constitucionalismo* não vem a controlar precisamente as monarquias absolutistas, como em regra se defende em muitos manuais de direito constitucional. Muito pelo contrário. A sua intenção é controlar exatamente o sistema idealizado para controlar as monarquias, que eram pautadas por um executivo forte e enérgico. Em outras palavras, o fenômeno estudado nesta dissertação veio a limitar a supremacia do parlamento.

A própria concepção do sistema do *constitucionalismo* bem demonstra esta sua finalidade. A previsão de (i) uma divisão hierárquica no sistema normativo e de (ii) uma forma de assegurar a higidez desta divisão, em regra pelo judiciário, são suficientes para demonstrar que a preocupação do *constitucionalismo* está vocacionada ao Poder Legislativo.

O estudo do processo histórico da criação da Constituição de 1787, nos Estados Unidos, data esta que é reputada, na presente monografia, como o marco do nascimento do *constitucionalismo*, somente vem a confirmar a tese acima.

Após a Declaração da Independência, instaurou-se a ‘politics of liberty’, que se caracterizou pela transferência do protagonismo político do Poder Executivo para o Poder Legislativo, sob a crença de que esta seria a única forma de se evitar a tirania do executivo (Cf. WOOD, 1972: 154-155). Veja-se bem que este simples fato se afigura como um importante indício do equívoco da idéia de que o *constitucionalismo* viria a controlar as monarquias absolutistas.

O resultado desta concepção política, sem embargo, não foi dos mais louváveis. Sem a existência de qualquer limitação às legislaturas estaduais (a teoria da separação dos poderes estava presente, apenas, no plano teórico), e tendo em vista o tipo de homem que as compunha, homens sem experiência política e desprovidos de educação, tais passaram a aprovar um sem-número de leis de conteúdo duvidoso, e que pretendiam, apenas, assegurar os interesses particulares dos membros desta.

Neste diapasão, leis que autorizavam a emissão de papel-moeda, que desconsideravam contratos ou que dificultavam ou suspendiam os meios então existentes para se fazer cumprir obrigações contratuais se tornaram a matéria preferida das legislaturas. As implicações foram as piores possíveis: insegurança e caos.

Como consequência, passou-se a buscar um remédio para estas mazelas, que fosse capaz de limitar a legislatura e evitar a emissão das leis acima mencionadas. E o remédio encontrado pelos membros da Convenção de Filadélfia, que se realizou em 1787, foi a idealização de um sistema político complexo, cuja finalidade precípua seria a de controlar o legislativo: a Constituição de 1787.

Daí o porquê falar que o *constitucionalismo* somente surge a partir deste momento e, principalmente, a partir da experiência norte-americana.

Os instrumentos utilizados para restringir o Poder Legislativo foram, principalmente, a sua divisão em duas câmaras (o Senado – de composição mais aristocrática, e a *House of Representatives*) e a previsão de um Executivo mais ativo e enérgico. No âmbito destas duas medidas, elaborou-se o *filtering principle*, cuja finalidade seria a de lapidar o critério de escolha dos membros da *House of Representatives*, do Senado e da Presidência, de forma a assegurar que estes fizessem parte da dita *aristocracia natural*.

A busca desta *aristocracia natural* para ocupar os cargos do governo, por parte dos idealizadores da Constituição de 1787, fez com que o seu produto tivesse uma áurea *aristocrática*, e que para muitos era anti-democrática. De certa forma, esta ‘qualidade’ passou para o próprio fenômeno do *constitucionalismo*.

A terceira maneira idealizada para restringir as legislaturas e o seu produto foi a figura do poder judiciário, efetivamente autônomo, e, dotado com a capacidade de realizar o controle de constitucionalidade, ou *judicial review*, e, assim, assegurar a hierarquia das normas constitucionais.

A pretensa natureza aristocrática da Constituição de 1787 foi bem explorada pelos seus opositores, os Antifederalistas, a ponto de a dissensão

aristocracia/democracia poder ser considerada como o verdadeiro pano de fundo da discórdia entre os Antifederalistas e os Federalistas.

Outros doutrinadores, como BEARD, por sua vez, concederam maior ênfase ao aspecto econômico do debate e da própria Constituição de 1787. Nesse sentido, o movimento constitucionalista nada mais seria do que um movimento que visasse assegurar certos interesses econômicos.

O risco de uma interpretação deste porte para a definição conceitual de *constitucionalismo* esposada no Capítulo I não é desprezível. Afinal, esta inferência, assaz prática, seria capaz de retirar do *constitucionalismo* a sua preocupação institucional, que é limitar eminentemente o legislativo. É dizer, sob os auspícios da teoria de BEARD, como a pretensão dos Federalistas era a de assegurar eventuais interesses econômicos, preocupações teóricas com o legislativo são meramente incidentais: naquele momento, o controle do legislativo era necessário para se assegurar os interesses econômicos dos Federalistas.

De qualquer forma, esta teoria é bastante contestada e, ainda mais, é bem provável que a adesão de pessoas com interesses econômicos à Constituição de 1787 tenha sido uma conseqüência do sistema que esta previa do que, mais propriamente, a sua causa.

Frise-se, assim, que o *constitucionalismo* é uma forma de limitação do poder, que tem uma preocupação específica com o Poder Legislativo, e que, por conta disto, apresenta algumas peculiaridades instrumentais que possibilitam o seu controle. De mais a mais, o exemplo norte-americano, responsável por iniciar este fenômeno e, também, pela primeira Constituição, faz com que o *constitucionalismo* e seu produto tenham prováveis características *aristocráticas* (ainda que características de uma pretensa *aristocracia natural*) ou que seja produto de interesses econômicos.

Certamente que isto faz com que o fenômeno aqui estudado seja menos democrático e/ou romântico do que aquela visão que pretende identificar o *constitucionalismo* como um movimento contrário às monarquias absolutistas.

Uma visão menos romântica, mas, mais apurada, é certo.

BIBLIOGRAFIA FINAL

- ALEXANDER, Larry. "Introduction". In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Bibliografia: 1-15.
- BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 5th printing. New York: The Free Press, 1968.
- BENNET, William J. "A Comment on Cecelia Kenyon's 'Constitutionalism in Revolutionary America'". In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 210- 214.
- BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England, I*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, 3a ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CORWIN, Edward S. *American Constitutional History*. New York: Harper Torchbooks, 1964.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GERMINO, Dante. "Carl J. Friedrich on Constitutionalism". In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 19-31.
- GREY, Thomas C. "Constitutionalism: an analytic framework". In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 189-209.
- HENKIN, Louis. "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects". In. ROSENFELD, Michael (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994. Bibliografia: 39-53.

KAY, Richard S. “American Constitutionalism”. In. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Bibliografia: 16-63.

KENYON, Cecelia M. “Constitutionalism in Revolutionary America”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 84 – 121.

KEOHANE, Nannerl O. “Claude de Seyssel and Sixteenth-Century Constitutionalism in France”. In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism*, Nomos XX. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 47-83.

KRAMNIC, Isaac. “Editor’s Introduction”. In. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

LABOULAYE, Edouard. “Do Poder Judiciário”. In. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

MAIN, Jackson Turner. *The Anti-Federalists: critics of the Constitution 1781-1788*. New York: The Norton Library, 1974.

MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

MCDONALD, Forrest. *Enough Wise Men: The Story of Our Constitution*. New York: G.P. Putnam’s Sons, 1970.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1977.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de Monografia Jurídica*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RAZ, Joseph. “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1005. Bibliografia: 152 – 193.

RIESMAN, Janet A. “Money, Credit, and Federalist Political Economy”. In. BEEMAN, Richard; BOTEIN, Stephen; CARTER II, Edward C. *Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity*. Williamsburg: North Carolina Press e Chaper Hill & London, 1987.

- SCHOCHET, Gordon J. "Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics". In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 1-15.
- SIGMUND, Paul. "Carl Friedrich's Contribution to the Theory of Constitutionalism-Comparative Government.". In. PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W (ed.). *Constitutionalism, Nomos XX*. New York: New York University Press, 1979. Bibliografia: 32-43.
- STORING, Herbert J. *What the Anti-Federalists Were For: the political thought of the opponents of the Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- WALDRON, Jeremy. *Precommitment and Disagreement*. In. ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1005. Bibliografia: 271-300.
- WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. New York: The Norton Library, 1972.

