



QUAIS ERAM OS SONHOS DOS PAIS FUNDADORES? UMA ANÁLISE DO PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO ESTADO NORTE AMERICANO

*Júlio Edstron Secundino Santos**

*Marcus Firmino Santiago***

*Renata Calsing Assis****

Resumo

O pensamento conservador tem-se feito presente de maneira ampla nas principais instâncias decisórias norte americanas, especialmente sua Suprema Corte. Uma característica desta linha ideológica é a defesa de uma interpretação constitucional capaz de permitir a máxima expressão das vontades e valores vigentes na época em que seu texto foi elaborado. Há que se questionar, contudo, quais seriam as ideias dominantes entre os chamados pais fundadores dos Estados Unidos. É possível identificar com clareza uma vontade social hegemônica? Até que ponto existiria uma linha ideológica coesa que possa ser resgatada nos tempos atuais? O presente estudo se propõe a recuperar os fundamentos conceituais presentes no período de formação do Estado norte americano e os debates travados naquele momento a fim de demonstrar que não existia uma vontade única, tampouco um conjunto tão claro de convicções a orientar o pensamento constitucional de 1787.

Palavras chave

Estado norte americano. Constituição norte americana. Liberalismo político. Conservadorismo.

* Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos/MG, especialista em Direito Público pela UGF. Especialista em Direito de Integração pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direito Internacional e Econômico pela UCB/DF. Doutorando em Direito pelo UNICEUB. Professor da Universidade Católica de Brasília. Tendo experiência nas áreas de Direito Público, Processo Legislativo e Orçamento Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Educação em Direitos Humanos, Cidadania, Direito, Bioética e Direitos Fundamentais. Experiência em assessoria parlamentar nas áreas de processo legislativo e orçamento público.

** Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

*** Professora Titular do Curso de Mestrado em Direito do UDF. Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, *Panthéon-Sorbonne*. Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Professora Associada do PPGD do UniCEUB. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

WHAT WERE THE FOUNDING FATHERS' DREAMS? AN ANALYSIS OF THE FORMATION HISTORICAL PROCESS OF THE NORTH AMERICAN STATE

Abstract

The conservative thinking has been widely present in the main decision-making bodies of the U.S., especially his Supreme Court. A feature of this ideological line is the defense of a constitutional interpretation capable of allowing the maximum expression of wills and values present in time when his text was elaborated. It is relevant to ask, however, what would be the dominant ideas among the so-called founding fathers of the United States. It is possible to clearly identify a hegemonic social wish? Is there a cohesive ideological line that can be rescued in present times? This study sets out to retrieve the conceptual foundations present in the period of formation of the North American State and the discussions at that time in order to demonstrate that there was not a unique desire, nor a clear set of beliefs to guide the 1787 constitutional thought.

Keywords

North American State. U.S. Constitution. Political liberalism. Conservatism.

1. INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2016 morreu Antonin Scalia, membro da Suprema Corte norte americana desde 1986 por indicação do Presidente Ronald Reagan. O *Justice* Scalia é reputado como um dos grandes responsáveis pelo redirecionamento do Tribunal rumo a uma postura claramente conservadora, a qual não se limitou a este órgão, mas acabou se espalhando por boa parte do pensamento jurídico e político daquele país.

A morte de Scalia coloca em dúvida a continuidade do frágil equilíbrio que assegurava a maioria conservadora na Corte e permitia a esta se colocar como contraponto a governos de tendência mais progressista, como a presidência de Barack Obama. Aliás, as alas mais conservadoras da comunidade política norte americana cuidaram de imediatamente expressar seu temor diante da escolha posta nas mãos de Obama quanto a quem será indicado como o seu sucessor, ciosos de a vaga aberta vir a ser preenchida por alguém com orientação muito divergente.

Scalia foi ardoroso defensor do resgate de valores tradicionais, em uma postura identificada com a corrente hermenêutica do *originalismo*. Segundo o próprio *Justice*, o originalismo defende que a Constituição seja interpretada por meio da identificação do sentido original e verdadeiro do seu texto; deve-se encontrar ou descobrir qual seria a vontade fundante que levou o constituinte a elaborar certa regra constitucional.¹ Semelhante postura tende a rejeitar mudanças mais profundas, vistas como radicais e perigosas, na forma como a Constituição pode ser compreendida e aplicada. A segurança jurídica e institucional, a previsibilidade das decisões e a estabilidade do sistema jurídico e

¹ SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*. Volume 57, 1989. p. 849 e 862-864. Available at: <http://scholarship.law.uc.edu/uclr>

político dependem, portanto, do respeito ao desenho constitucional traçado pelos *pais fundadores*.

Este debate se esteia em um aspecto muito rico e bastante peculiar ao pensamento jurídico dos Estados Unidos: o vínculo das gerações atuais às vontades dos *founding fathers*, os constituintes originários. Até que ponto os valores defendidos por aquela geração são capazes de vincular as atuais? Quais seriam as intenções daquele grupo? O que esperavam eles no momento da formação dos Estados Unidos? Os vivos devem se submeter às escolhas dos mortos? Estas são algumas perguntas que se colocam sempre que o tema é posto à mesa e se situam no centro das intermináveis discussões entre originalistas e não originalistas, nome dado à corrente oposta e que rejeita uma submissão irrestrita às intenções do passado.

Uma análise mais detida sobre os erros e acertos destas linhas teóricas pode ser encontrada em diferentes estudos, especialmente dos anos 1970 em diante, momento em que, graças às obras de autores como Antonin Scalia e Robert Bork, o pensamento originalista foi reabilitado.² Um dado, contudo, que não é comumente explorado diz respeito à compreensão acerca do momento de formação do Estado norte americano, quando os valores hoje invocados foram transformados em normas jurídicas e deram forma às instituições do novo país.

A fim de lançar luzes sobre o assunto, mostra-se relevante retomar a trajetória de formação do Estado norte americano, termo que se utiliza para identificar o tipo de organização político institucional desenhado na América do Norte e que serviu de modelo para boa parte do mundo ocidental. Isto porque, toda vez que se levantam vozes em defesa dos valores que orientaram os *pais fundadores*, estas se referem a uma realidade por muitos desconhecida e que precisa ser resgatada.

O objetivo deste estudo é analisar os principais eventos e os aspectos centrais do debate político e jurídico que se situam na origem do Estado norte americano, buscando evidenciar quais seriam os diferentes interesses e valores presentes dentre os grupos que mais intensamente contribuíram para definir as linhas mestras do desenho institucional adotado naquele país.

Para tanto, é observada uma sequência temporal de fatos que se iniciam nas décadas anteriores à Declaração de Independência e se estendem até a conclusão do processo de unificação, tendo por base uma pesquisa bibliográfica pautada em autores norte americanos e europeus que buscaram resgatar estes dados, fornecendo, assim, instrumental para sua análise e crítica.

² Estudo mais aprofundado sobre este tema foi feito em SANTIAGO, Marcus Firmino *et. alli*. **O ObamaCare e o Conservadorismo Constitucional**. No prelo.

2. A AMÉRICA DO NORTE EM FINS DO SÉCULO XVIII: OS CONFLITOS COM A INGLATERRA

A organização social, econômica e político administrativa das colônias inglesas na América do Norte em muito diferia do modelo adotado na porção ibérica do continente. Como regra, os colonos ingleses gozavam de razoável autonomia, sendo-lhes reconhecido o direito à auto-organização, o que lhes permitia manter um sistema de governo local e conselhos representativos, além de um conjunto de regras jurídicas próprias. Como explica Thomas Cooley, “O povo das Colônias tinha previamente exercido um poder como que indefinido de legislar por si, amplamente em algumas Colônias, restritamente em outras.”³ David Mayer acrescenta que os principais juristas do Século XVIII, como William Blackstone e Thomas Jefferson, concordavam que o sistema legislativo inglês possuía uma autoridade restrita na América e que apenas atos do Parlamento que mencionassem expressamente as colônias teriam efeito sobre estas.⁴

Em termos de organização social, nas colônias do centro-norte havia uma estrutura bastante homogênea, sem clara distinção de classes, ao contrário do sul onde, embora não houvesse nobreza, prevalecia um modelo mais hierarquizado, especialmente por conta da presença intensiva de escravos. De toda forma, em que pesem as distinções entre norte e sul, ao longo do Século XVIII começou a se desenvolver um crescente comércio dentre as colônias, o que permitiu um intenso intercâmbio social e forneceu o primeiro elemento de conexão entre os diferentes colonos que habitavam aquela vasta região.

A integração econômica entre as colônias, por outro lado, logo se mostrou uma fonte de animosidades com a metrópole, especialmente porque a circulação de mercadorias vindas do norte rivalizava com os produtos ingleses, afetando diretamente o equilíbrio nas trocas comerciais. Como explica Celso Furtado:

As linhas gerais da política inglesa passaram a ser as seguintes: fomentar nas colônias do norte aquelas indústrias que não competissem com as da Metrópole, permitindo a esta reduzir suas importações de outros países; não permitir que a produção manufatureira das mesmas nos demais setores concorresse com as indústrias da Metrópole em outros mercados coloniais. As medidas

³ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo R. Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 17.

⁴ MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Review**. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5 Access on 15 January 2015. p. 199.

coercitivas começam a surgir quando as colônias do norte chegam a concorrer com a Metrópole nas exportações de manufaturas.⁵

Não bastasse este fator de tensão, em meados do Século a Inglaterra se envolveu em mais um conflito com as demais potências europeias, a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), que teve por elemento central a disputa por domínios coloniais. Fortemente onerada em suas finanças, a Coroa inglesa decidiu sobretaxar as colônias ao argumento de que fizera uma guerra em sua defesa. Diversas leis (o *Sugar Act*, em 1764, e o *Stamp Act*, em 1765, foram as primeiras) foram promulgadas objetivando tributar atividades comerciais desenvolvidas na América. E despertaram a fúria dos colonos. Como se lê na obra de Friedrich Hayek:

Quando, em 1767, este Parlamento inglês, modernizado, já comprometido com o princípio da soberania parlamentar, ilimitada e ilimitável, declarou que um grupo majoritário de representantes seu podia aprovar qualquer lei que julgasse conveniente, a declaração foi recebida com exclamações de horror pelos habitantes das colônias. James Otis e Sam Adams, de Massachusetts; Patrick Henry, de Virgínia, e outros líderes das colônias ao longo da costa gritaram: 'traição!' e 'Magna Carta!'⁶

Thomas Cooley comenta que os impostos não eram particularmente pesados e possivelmente teriam passado despercebidos, não fosse a certeza de que seriam o prenúncio de outros atos abusivos.⁷ Os colonos se sentiram traídos pelo Parlamento. Este atentava contra tudo por que seus antepassados haviam lutado ao suprimir o sentido básico de liberdade tão caro aos britânicos. Neste momento, veio à tona mais uma causa de ressentimento: a vedação aos habitantes da América de eleger seus próprios representantes. *No taxation without representation* logo se apresentou como uma máxima repetida por todos os cantos. Já que não podiam escolher os membros do Parlamento, os colonos entendiam que este não teria poderes para taxá-los de modo diferenciado em relação aos habitantes da metrópole.

Rapidamente começaram a surgir lideranças e iniciou-se um processo de articulação entre as colônias. Já em 1765 realizou-se o Congresso da Lei do

⁵ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 153.

⁶ E. Mims Jr. The majority of the people. **apud HAYEK, Friedrich A. Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 205.

⁷ COOLEY, 2002, p. 18.

Selo, em Nova York, ato inicial da crescente resistência que, em uma década, acabaria desembocando na guerra de independência.⁸

Entre 1765 e 1770, diversas outras medidas inglesas foram objeto de contestação e boicotes. Em 1773, o *Tea Act* (que estabelecia um regime de monopólio para o comércio de chá com as colônias) gerou uma violenta reação (*The Boston Tea Party*), confrontada pela Coroa inglesa tanto militarmente quanto por meio da edição de um conjunto de medidas conhecidas como *Leis Intoleráveis*, em 1774.⁹

Cada vez mais o Parlamento e a Coroa mostravam-se como fontes de arbítrio, usurpadores de direitos e liberdades dos habitantes da América que, por seu turno, viam a si mesmos como cidadãos britânicos que não mereciam ser discriminados e oprimidos.

A sequência de encontros nos quais foram orquestradas as medidas de reação contra a metrópole ofereceu a oportunidade para a afirmação de lideranças políticas entre os colonos e contribuiu para estreitar laços e identificar valores e ideais comuns. Nesta etapa inicial, compreendida entre 1764 e início de 1775, a principal reivindicação era a exigência de tratamento igualitário e o direito à representação parlamentar, como fora obtido pelos escoceses em 1707.¹⁰

Horst Dippel reproduz a declaração formulada em 05 de setembro de 1774, ato final do encontro realizado na Pensilvânia, que explicita estas intenções claramente conciliatórias:

Que los súbditos de su Majestad en América son deudores del mismo deber de lealtad y son titulares de los mismos derechos, privilegios e inmunidades que sus compatriotas de Gran Bretaña.[...] Que una Ley emanada del Parlamento, como la recientemente promulgada, dirigida a imponer un cerco sobre el puerto de Boston es incompatible con nuestra concepción de la Constitución inglesa [...] Que afirmamos que el Parlamento de Gran Bretaña ni tiene, ni ha tenido nunca, ningún derecho a gravar con tributos a los súbditos de Su Majestad en América, por cuanto la Constitución no tolera, de ningún modo, que se impongan impuestos sin representación; conceptos estos absolutamente inseparables,

⁸ A Lei do Selo acabou revogada pelo Parlamento, mas este ato veio acompanhado de uma declaração afirmando a capacidade desta instância de legislar para as colônias sobre todo e qualquer assunto. COOLEY, 2002, p. 18.

⁹ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 187-188.

¹⁰ VAN CAENEGEM, 2009, p. 204-205.

hasta el punto de que cualquier petición de contribuir económicamente con los poderes públicos debe ser canalizada a través de los representantes del Pueblo. (*The Pennsylvania Packet*)¹¹

Gradualmente foi ficando claro para as lideranças do movimento de resistência que o princípio de *soberania parlamentar*, vigente na Inglaterra desde fins do Século XVII, tinha se tornado indefensável. Os colonos haviam trazido consigo para a América a certeza de que nenhum poder deveria ser arbitrário, posto que sempre limitado por uma lei superior, que lhe antecede e legitima. Quando perceberam como o Parlamento houvera deturpado estas ideias, premissas básicas do liberalismo político consagrado pela Revolução Inglesa, tomaram para si a iniciativa de desenvolverem seu próprio modelo ideal de Estado.¹²

Os Congressos Continentais da Filadélfia (o primeiro realizado em 1775 e o segundo em 1776) orquestraram uma resposta dos colonos à crescente violência inglesa, colocando em marcha uma reação militarizada e de caráter separatista. Não havia mais espaço para negociar e já estava claro que a Inglaterra jamais lhes concederia o mesmo status social, jurídico e político ostentado pelos habitantes da metrópole.¹³

O ato final deste processo se deu a 04 de julho de 1776, com a Declaração de Independência e o subsequente início da Revolução Americana.¹⁴ A independência das agora ex-colônias foi finalmente reconhecida pela Inglaterra em 1783, por meio do Tratado de Versalles, cuja assinatura foi intermediada pela França.

¹¹ DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). in **Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010, p. 206-207.

¹² HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 206-207.

¹³ COOLEY, 2002, p. 17.

¹⁴ A guerra de independência se arrastou por 7 anos e envolveu a França e a Espanha, que enviaram tropas para lutar ao lado dos revolucionários. No caso da Espanha, perdas territoriais sofridas com a Guerra dos 7 Anos impulsionaram o país a tomar parte na independência norteamericana: “En el contexto de las consecuencias de la guerra de los Siete Años debe entenderse la intervención de España en la guerra de Independencia de los Estados Unidos (1775-1783) y los resultados contradictorios del Tratado de Versalles de 1783, ya que si por una parte España recuperaba las floridas y Menorca, por otra reconocía la independencia de Estados Unidos, un peligroso competidor en las fronteras septentrionales de las Indias y un peligroso ejemplo para los independentistas hispanos.” RÍO, Rosario de la Torre del. **El Congreso de Viena (1814-1815)**. Madrid: Catarata y Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 18.

3. SURGE UM NOVO MODELO DE ESTADO

Sob a liderança do Congresso Continental, nome dado ao órgão de representação cuja primeira incumbência foi conduzir a guerra de independência, cada uma das 13 ex-colônias ingressou imediatamente em um processo de auto-organização, constituindo-se como Estados soberanos. Neste momento, já eram evidentes alguns dos valores que orientavam as lideranças políticas que se puseram a desenhar um novo modelo de organização estatal.

Embora, em princípio, das colônias tenham nascido 13 países soberanos e independentes entre si, já em 1776 fica claro existir um conjunto de princípios que é por todos incorporado e compartilhado.

Da obra de John Locke (1632-1704) vêm os fundamentos do liberalismo político, o reconhecimento da liberdade como um valor inerente à natureza humana e um direito que precisa ser reconhecido e protegido contra a tendência dos governantes ao arbítrio. Também neste autor se assenta a afirmação da capacidade dos homens de definirem juridicamente seus direitos básicos e, com isso, assegurar a proteção às suas liberdades essenciais e à sua propriedade, assentando, assim, o princípio do *rule of law*.¹⁵

Da França também afluíram influências decisivas, plasmadas nas obras de Rousseau e Montesquieu, o que foi facilitado pelo diálogo constante mantido por diversas lideranças revolucionárias com pensadores que refletiam os ideais do iluminismo francês. Naturalmente, no processo de discussão sobre um novo modelo de estado para os americanos, era forte a rejeição ao autoritarismo monárquico francês, o que realçava o interesse por autores que o questionavam, tais como os dois aludidos contratualistas.¹⁶

Em Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi buscada a noção de soberania popular, afirmando-se nesta o fundamento estruturante para o poder estatal. Este autor defende o direito de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, contribuindo, todos, para a formação da *vontade geral*, uma

¹⁵ LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. in **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 391-394. Na perspectiva de Locke, ao Estado cumpre tão somente mediar e resolver os conflitos sociais, participando minimamente da vida privada (uma espécie de Estado **mínimo**). Esta prerrogativa concedida ao ente político, por seu turno, é restrita e condicionada ao dever de respeito às liberdades individuais que os homens guardam consigo e funcionam como limites ao poder dos governantes. Isto porque, no momento em que o contrato social é firmado, há uma renúncia apenas parcial à liberdade, na estrita medida necessária para tornar possível a vida em comum.

¹⁶ Como afirma Pietro Costa a respeito deste intenso intercâmbio cultural: “As trocas e os cruzamentos são intensos: as ex-colônias haviam se nutrido da cultura florescida entre os séculos XVII e XVIII na Inglaterra, e justamente a Inglaterra saída da revolução de 1689 parecia a tantos observadores franceses um modelo interessante. Os americanos, por sua vez, mostram-se sensíveis ao fascínio das **lumières** e, às portas da revolução e ao longo de seu desenvolvimento, têm um conhecimento de primeira mão da situação francesa.” COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. *Op. cit.*, p. 121.

vontade que ultrapassa os sentimentos egoísticos privados e se identifica como um interesse comum ao grupamento humano. Uma vez firmado o pacto, a sociedade permaneceria ativa, tomando parte nas decisões coletivas e influenciando decisivamente na formação das leis. Esta ideia se conecta com outro conceito chave — e talvez o mais lembrado — de sua teoria: a noção de *soberania popular*. Com Rousseau finalmente o *locus* da soberania se desloca do monarca para o povo. O povo estava, desde o início, na base da formação do novo Estado.¹⁷

Já de Montesquieu (1689-1755) vieram a divisão de poderes e a defesa quanto à positivação das normas jurídicas estruturantes, ambas reconhecidas como mecanismos essenciais para limitação e controle do poder estatal. Aperfeiçoamento das ideias de Locke (que já afirmava algo semelhante, porém limitando-se a distribuir funções entre Parlamento e monarquia), sua teoria vinha ao encontro da necessidade que enxergava de aperfeiçoar o sistema inglês, que em meados do Século XVIII caminhava em rumos tortuosos.¹⁸

Mais importante, contudo que a organização dos poderes estatais é a crítica que faz à onipotência do Parlamento inglês, presente desde as primeiras décadas do Século XVIII, e que colocou em risco a supremacia do *Common Law*, na medida em que aquele passou a funcionar segundo uma lógica de autolimitação.¹⁹ Como resposta formula a noção de que somente com regras claras, rígidas e concebidas em conformidade com os interesses sociais é possível utilizar o Direito como instrumento efetivo para limitação do poder estatal. Defende, então, que as decisões estatais devem se submeter a leis previamente elaboradas, garantia única de proteção aos direitos e liberdades individuais.²⁰

Outro pensador inglês de influência decisiva foi Thomas Paine (1737-1809), revolucionário desde a primeira hora que, com sua obra *Common Sense*, publicada na América em janeiro de 1776, forneceu as bases para a redação da Declaração de Independência, pela pena de Thomas Jefferson.²¹

Paine defendia a adoção de sistemas de governo republicanos, sustentando a incompatibilidade existente entre o respeito à liberdade e a manutenção de regimes monárquicos, fossem absolutistas ou constitucionais. Reconhecia, ainda, o governo representativo como a melhor alternativa à democracia

¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 39-43.

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.

¹⁹ MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 252.

²⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. *Op. cit.*, p. 168-169.

²¹ PAINE, Thomas. Senso Comum. in WEFFORT, Francisco (org.). *Os Pensadores*. Vol. XXIX. São Paulo: Abril, 1973. Sobre o autor, sua vida e obra, veja-se AMARAL, Diogo Freitas do. *História do Pensamento Político Ocidental*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 258-261.

clássica, permitindo harmonizar os diferentes interesses vigentes em Estados grandes e sociedades complexas.²²

Mais interessante e inovador em sua obra, contudo, era sua defesa quanto à necessidade de respeito aos pactos que, ao longo do tempo, haviam sido firmados entre os colonos, os quais funcionariam como o verdadeiro *contrato social* dos americanos e que não se confundia com aquele vigente na Inglaterra.²³ Em sua perspectiva, os colonos não deveriam lutar para serem reconhecidos como cidadãos britânicos, mas para serem livres para viver de acordo com seus costumes e modelo de organização político social. A luta em defesa de um contrato social americano, que estaria sendo violado pela opressão inglesa seria, portanto, o fundamento de legitimidade do movimento revolucionário.

A presença destes elementos conceituais comuns fez com que todos os novos países, a despeito de suas diferenças, compartilhassem um conjunto de caracteres, o que permite falar, já em 1776, em um modelo de organização estatal típico da América do Norte ou, para simplificar, um *Estado norte americano*.

Neste sentido, a Declaração de Independência se apresenta como o primeiro documento estruturante que congregou os princípios cardeais que seriam incorporados ao Estado norte americano.²⁴ A influência do contratualismo é evidente, assim como a certeza quanto à existência de direitos inatos que os homens guardam consigo e se constituem como diretrizes para a ação estatal. Lá também se encontram afirmados o direito de resistência à opressão

²² COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012. p. 92-93.

²³ Por exemplo, o **Mayflower Compact**, elaborado em 1620, no dia em que os primeiros colonos desembarcaram no novo mundo, fugidos da perseguição religiosa na Inglaterra, ou as cartas por meio das quais a coroa inglesa concedia liberdades administrativas e definia princípios de auto-organização para as colônias. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 385 e p. 389.

²⁴ A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação.
Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, **que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados;** que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. [...]
... (Disponível em <http://constitution.org/usdeclar.htm> Acesso em 05 jan. 2016. Tradução livre.)

e a capacidade da sociedade de romper o Estado e refundá-lo sobre novas bases. E, mais importante, já se proclama a soberania popular, princípio vetor para a legitimação do novo Estado que então surgia.

Este *Estado norte americano* se estrutura a partir das seguintes premissas:

a) Liberdade individual

Prega-se o máximo respeito às liberdades e a mínima interferência estatal na vida privada (força da teoria de Locke). A liberdade é o grande valor em jogo e a base a partir da qual se estrutura o Estado norte americano, além de refletir o status de autonomia vigente na maioria dos domínios coloniais. Este é um dos aspectos em que a Revolução Americana revela seu lado conservador, qual seja, de luta pela manutenção de um modo de vida construído anteriormente e ameaçado pelo conflito com a metrópole.

Na América do Norte, perseverou a noção de liberdade e de limite ao poder nascida com a *Glorious Revolution*, a qual não admitia a soberania parlamentar e sustentava a submissão de todas as instâncias ao Common Law:

Para os habitantes da colônia, liberdade significava que o governo deveria ter poderes apenas para ações explicitamente previstas por lei, a fim de que ninguém pudesse estar investido de poder arbitrário.²⁵

Nota-se ainda, desde o início, a exaltação de postulados identificados com o *liberalismo econômico*, como a livre iniciativa e a liberdade de escolha profissional (cumprir referir que *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, foi publicada no mesmo ano de 1776), traços característicos do modelo produtivo adotado especialmente nas colônias do centro-norte e que influenciavam diretamente na organização social vigente. Por outro lado, subsistia a necessidade de a defesa intransigente da liberdade conviver com o regime escravagista, dominante no sul.

b) Igualdade

Na concepção norte americana, este valor pode ser traduzido pelas ideias de *igual liberdade* e *igualdade de oportunidades*. Sua materialização se dá ante a ausência de distinções sociais pautadas em privilégios de sangue, reflexo do fato de as colônias nunca terem conhecido divisões sociais de natureza nobiliárquica.²⁶

O relativo equilíbrio entre as classes sociais (novamente, excluindo desta equação os escravos) era um motivo de orgulho para os norte america-

²⁵ HAYEK, 1983, p. 208-209.

²⁶ VAN CAENEGEM, 2009, p. 204.

nos, que viam nisto uma evolução diante da sociedade nobiliárquica tradicional inglesa. Daí que a Revolução, também quanto a este aspecto, tinha um caráter conservador, na medida em que buscava manter uma ordem de valores já presente dentre os colonos.²⁷

c) Constitucionalismo e supremacia do Direito

Nesta seara, em princípio nota-se uma reprodução do modelo inglês de *rule of law*, afirmando a precedência do Direito sobre o poder político. Contudo, os norte americanos incorporaram a seu sistema algo completamente inovador ao promoverem a positivação do *Common Law* pelas Constituições, compreendidas como documentos jurídicos fundamentais a partir dos quais o Estado se estrutura.²⁸

Como explica Hayek, a ruptura revolucionária exprimiu a quebra da confiança que os colonos tinham na Constituição inglesa e seu sistema de garantias fundamentais. Quando descobriram que os princípios nos quais haviam acreditado firmemente, tinham pouca força e não podiam ser invocados contra as pretensões do Parlamento, perceberam que eles próprios precisariam construir os fundamentos que conduziriam sua sociedade.²⁹

A preocupação em redigir Constituições escritas deriva, fundamentalmente, do temor quanto à fragilidade da Constituição inglesa, estruturada como um conjunto esparso de regras e princípios escritos e não escritos, somado à tradição colonial de se organizar a partir de documentos escritos. Sobre este segundo aspecto, diz Hayek:

Eles consideravam doutrina básica a existência de uma ‘Constituição permanente’, essencial para o governo de uma nação livre, e acreditavam que Constituição implicava governo limitado. Desde o início de sua história, estavam familiarizados com documentos escritos que definiam e circunscreviam os poderes do governo, como o compromisso assinado no *Mayflower* e os estatutos coloniais.³⁰

De fato, ainda em 1776, oito dos treze países cuidaram de elaborar suas Constituições escritas, no que foram aos poucos seguidos pelos demais.³¹

d) Regime de governo republicano e separação de poderes

²⁷ COSTA, 2012, p. 100

²⁸ VAN CAENEGEM, 2009, p. 211

²⁹ HAYEK, 1983, p. 207

³⁰ HAYEK, 1983, p. 207-208

³¹ COOLEY, 2002, p. 22. Cooley explica que: “Todos os Estados, menos dois, redigiram Constituições por escrito. Rhode Island e Connecticut continuaram, por alguns anos, regendo-se pelas cartas de privilégios obtidas da Inglaterra no tempo de Carlos II.” (p. 335)

A República se faz presente em todos os novos Estados, exprimindo a rejeição ao modelo monárquico, seja pelo risco à liberdade que ele representaria, seja pelo repúdio a um modelo social pautado em diferenças de classe e privilégios de sangue.³² A postura refratária à monarquia ilustra a força de pensadores como Thomas Paine e Jean-Jacques Rousseau entre as lideranças da Revolução Americana e sua tendência a identificar nos reis figuras potencialmente autoritárias.

O cuidado em conter o poder dos governantes também levou à adoção, em todos os países, de algum sistema de divisão de poderes. Havia uma busca generalizada por negar um modelo onde o Parlamento se apresentava como o opressor, crítica dominante, como visto anteriormente, nos anos que antecederam a explosão revolucionária.³³ Ao mesmo tempo, tinha-se certa a necessidade de evitar o risco de incorporar uma figura que se assemelhasse a um rei despótico. Isso era reflexo tanto da rejeição ao absolutismo europeu quanto da memória ainda viva entre os descendentes dos primeiros imigrantes, muitos dos quais fugiram para a América em busca de liberdade, especialmente religiosa, por ocasião da Revolução Inglesa e sua luta contra o despotismo dos reis Stuart.

e) Soberania popular

A Revolução Americana exaltava o papel da sociedade como fonte do poder estatal e detentora de um poder supremo, devendo os atos estatais serem praticados em seu nome, o que denota a forte influência do pensamento de Rousseau. O povo fez a Revolução e lutou para criar um novo modelo de Estado, que agisse em seu nome e defendesse seus valores.

David Mayer explica que os americanos rejeitavam frontalmente a noção de soberania parlamentar vigente na Inglaterra graças à influência de Blackstone,³⁴ afirmando a titularidade popular do poder soberano como elemento central ao processo revolucionário: “[...] *the foundation of the American republic lay in the principle the Declaration of Independence enunciated, that governments derive their just powers from ‘the consent of the governed.’*”³⁵

Este princípio era derivado do pensamento de Rousseau que, por sua vez, mostrava-se como um desdobramento natural das ideias esposadas pelo

³² COOLEY, 2002, p. 335.

³³ COOLEY, 2002, p. 51.

³⁴ Sobre o princípio da soberania parlamentar vigente na Inglaterra do Século XVIII, dizia Blackstone: “*Parliament, Blackstone concluded, can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what they do, no authority on earth can undo.*” BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. apud MAYER, 1992, p. 202.

³⁵ MAYER, 1992, p. 204.

Whigs, a corrente liberal dominante ao final da Revolução Inglesa e que exerceu influência decisiva sobre a formação do pensamento constitucional norte americano.

Por outro lado, a crítica de Rousseau aos sistemas representativos não encontrou eco. Estes foram vistos, desde um primeiro momento, como condição para viabilizar o exercício da soberania popular, permitindo a um grupo de escolhidos governar de forma transcendente aos interesses privados.³⁶ Horst Dippel transcreve, em seu estudo sobre as origens do constitucionalismo norte americano, uma passagem que ilustra as convicções vigentes quanto ao *locus* da soberania residir no povo e em sua capacidade de o delegar a um corpo de representantes:

Considerando que el origen de todo poder reside en el pueblo, que su ejercicio se efectúa únicamente para su bien, y que el poder ilimitado conduce a la tiranía, resulta completamente imprescindible para que los ciudadanos puedan sentirse a salvo, el que cuando procedan a delegar el poder, retengan la facultad de controlarlo efectivamente, evitando así que sea utilizado en su contra. Y es que el poder que no se controla acaba siendo tiránico y la sujeción ilimitada, sin ningún mecanismo correctivo, lleva a la esclavitud. (Considerations on the Mode of electing Delegates to the General Congress, en el *Connecticut Courant*, de 10 de junio de 1776)³⁷

Os Estados Unidos, como Paine houvera afirmado, era a terra prometida da nova fórmula político-constitucional: a república plasmada e reforçada pela representação.³⁸

Embora diferentes entre si, cada um dos treze Estados surgidos com a Independência compartilhou estes princípios, evidenciando a preocupação em construir um poder político limitado e comprometido com o reconhecimento do poder soberano do povo e a defesa da liberdade individual contra o arbítrio dos governantes. A partir daquele momento, os textos constitucionais adquiriram um novo e radical significado: o de momento materializador das conquistas políticas e sociais revolucionárias.

Assim, mais do que assentar a base jurídica para organização política, administrativa e social dos novos Estados, as Constituições funcionaram como verdadeira positivação do novo contrato social firmado entre os norte americanos, mescla de revolução com conservação. Concretizaram-se, enfim, as ideias de Montesquieu acerca da necessidade de as normas básicas estruturantes serem definidas de forma objetiva, formando um conjunto de disposições

³⁶ COSTA, 2012, p. 109

³⁷ DIPPEL, 2010, p. 57-58

³⁸ COSTA, 2012, p. 132.

claras e estáveis que organizam e restringem o exercício do poder político estatal.

4. A UNIFICAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1787

A existência autônoma dos 13 países perdurou por cerca de uma década, após o que colocou-se em marcha acelerada o processo de unificação que redundou na formação dos Estados Unidos da América.

Interessante notar que, apesar de todos os elementos de identidade presentes desde antes da Declaração de Independência, o que motivou o estreitamento de laços foi a instabilidade política vigente em diversos Estados, consequência especialmente da crise financeira que muitos viviam e das disputas comerciais nas quais estavam mutuamente envolvidos. Este somatório de fatores era visto como um elemento de fragilidade a afetar a unidade até então presente.

Desde 1775, às vésperas da Declaração de Independência, havia uma forte integração entre as então colônias que se buscava traduzir em um acordo, intitulado *Articles of Confederation and Perpetual Union of the Colonies*, cuja versão original foi elaborada por Benjamin Franklin.³⁹ Foram necessários, contudo, alguns anos de discussão até que se chegasse a um texto definitivo ratificado por todos. Durante este período, compreendido entre 17 de novembro de 1777 e 1º de março de 1781, ficaram claras as divergências presentes.

As recorrentes discussões acerca de quais seriam os poderes conferidos ao órgão de representação supranacional — o Congresso Continental — passavam questões como: a proporcionalidade da representação de cada Estado (relativamente a sua população ou a seu peso econômico); o tamanho das contribuições financeiras e militares individuais para a Confederação; o temor em ter sua autonomia restringida; ou o que Madison classificou como o ciúme diante do risco de ver um Estado vizinho fortalecido.⁴⁰

Assim, a Confederação nasceu oficialmente em 1781, legitimando juridicamente uma situação de fato que já se fazia presente há anos.⁴¹ Sua vida foi relativamente curta e bastante conturbada, especialmente por conta da fraqueza do órgão central para regular o comércio entre os Estados e impor a

³⁹ MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**. Disponível em http://constitution.org/dfc/dfc_0001.htm Acesso em 05 abril 2016.

⁴⁰ MADISON, 1787.

⁴¹ Charles Beard assim resume o modelo organizacional da confederação: "There was a loose union of thirteen sovereign states under the Articles of Confederation. The national government consisted of a legislature of one house in which the states had a equal voting power. There was no executive department and no general judiciary." BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1921. p. 52.

estes o cumprimento de suas obrigações financeiras perante o Congresso Continental. Nas palavras de Charles Beard:

The central government had no power to regulate commerce and to tax directly; and in the absence of these powers all branches of the government were rendered helpless. [...] Under this system, the state legislatures were substantially without restrictions or judicial control; private rights in property were continually attacked by stay laws, legal tender laws, and a long range of measures framed in behalf of debtors; and in New England open rebellion had broken out.⁴²

Nos anos anteriores à Convenção, diversas petições vinham sendo encaminhadas ao Congresso Continental reivindicando ações mais efetivas em defesa da estabilidade do comércio e do respeito aos contratos, da segurança nos mares, da garantia dos créditos e da proteção à propriedade privada. Os governos dos Estados, em regra, eram apontados como os algozes que feriam a liberdade, a segurança e a propriedade, além de se mostrarem incapazes de assegurar as condições necessárias para o desenvolvimento do comércio e das transações financeiras.⁴³

A Confederação fora investida de poderes para legislar sobre diversos assuntos, mas não teve força para se fazer obedecer. Como explica Hayek: “A principal lição que se pode tirar do período da Confederação foi a comprovação de que simplesmente transpor o texto constitucional para o papel não contribuiria para alterar a situação, a menos que se criasse um mecanismo explícito para fazê-lo cumprir.”⁴⁴

A fraqueza do governo central e seus equivalentes locais era vista com preocupação por lideranças como George Washington, que temiam o triunfo dos inimigos, especialmente a Inglaterra que desde início entendia que a América seria incapaz de sobreviver sem o controle das potências europeias. Como consequência destes problemas, disseminou-se o clamor por um governo central forte, capaz de fazer frente às dificuldades que se avolumavam, evidenciando o sentido de união presente entre os habitantes dos diferentes Estados: “*That the economic groups in question looked to a new national government as the one source of relief and advantage, is shown in a hundred contemporary pamphlets and newspaper articles. It was in fact the topic of the times.*”⁴⁵

Nota-se que a busca pela integração era um valor presente e disseminado, que claramente se sobrepunha às diferenças existentes. É este senti-

⁴² BEARD, 1921, p. 52-53.

⁴³ BEARD, 1921, p. 56-57.

⁴⁴ HAYEK, 1983, p. 216.

⁴⁵ BEARD, 1921, p. 53.

mento que move as discussões antecedentes à Convenção da Filadélfia, convocada para revisar os Artigos da Confederação. Madison descreve a mobilização social que estimulou a Convenção a redefinir suas atribuições:

[...] in the interval between the proposal of the Convention and the time of its meeting, such had been the advance of public opinion in the desired direction, stimulated as it had been by the effect of the contemplated object, of the meeting, in turning the general attention to the Critical State of things, and in calling forth the sentiments and exertions of the most enlightened and influential patriots, that the Convention thin as it was did not scruple to decline the limited task assigned to it and to recommend to the States a Convention with powers adequate to the occasion.⁴⁶

Em resposta ao movimento social, os Estados trataram de conferir a seus delegados poderes mais amplos, além de, em vários casos, indicar representantes mais qualificados para tomar parte nos debates que se seguiriam.⁴⁷

Assim que iniciou seus trabalhos, em 25 de maio de 1787, os delegados reunidos na Convenção da Filadélfia colocaram em marcha o que Thomas Cooley interpreta como “[...] um processo revolucionário [que] só encontrava justificação ante as circunstâncias que tinham levado a União à borda da dissolução.”⁴⁸ Teve início, então, a *U.S. Constitutional Convention*, que se estendeu até 17 de setembro de 1787 e cuidou de desenhar a completa integração dos 13 países em um único Estado soberano, organizado na inovadora forma de uma *federação* e regido por uma Constituição que replicava os elementos característicos do Estado norte americano já presentes desde 1776.

O ponto central dos trabalhos era a busca por criar um governo forte, mas que não se tornasse autoritário. Afinal, embora entre todos houvesse amplo consenso acerca da insuficiência dos poderes da Confederação, persistia a preocupação fundamental em conter a força dos governantes.⁴⁹

A federação, então, foi concebida como a forma de organização político administrativa que permitiria conjugar um governo central forte e dotado de autoridade incontestável com a autonomia dos entes locais. Criou-se, com isto, um sistema que permitiria simultaneamente valorizar as semelhanças e os valores comuns compartilhados (como a defesa da liberdade, a soberania popular ou o sistema republicano, por exemplo) e respeitar as diferenças existentes entre os norte americanos. E as diferenças eram várias e bastante significativas.

⁴⁶ MADISON, 1787.

⁴⁷ MADISON, 1787.

⁴⁸ COOLEY, 2002, p. 26.

⁴⁹ HAYEK, 1983, p. 217.

Charles Beard destaca que a maioria dos delegados presentes na Convenção não tinham uma formação intelectual forte. Eram, ao contrário, pessoas práticas, cujas preocupações habitavam o mundo dos fatos e se refletiam na busca por resultados tangíveis para seus problemas cotidianos. As grandes discussões filosóficas ou políticas não lhes eram caras.⁵⁰

Eram indivíduos inseridos em um contexto de profundas experimentações, onde as instituições ainda eram muito novas e as ideias de futuro extremamente fluidas. Com isso, frequentemente discordavam a respeito de questões centrais como a formação e o papel do Senado, a forma de eleição para o Executivo, a manutenção dos legislativos estaduais ou seu grau de autonomia. Ainda não havia consensos sólidos quanto ao desenho das instituições e dos instrumentos necessários para colocar em funcionamento o modelo de Estado almejado para o novo país que surgia.

Temas como o direito ao voto e o estabelecimento ou não de critérios censitários, a forma de eleição para Executivo e Legislativo, o grau de autonomia federativa ou o poder de intervenção do governo no comércio e na economia em geral forma intensamente debatidos por líderes como Alexander Hamilton, James Madison ou George Washington.⁵¹

Por outro lado, estava presente um conjunto de valores alinhado com o pensamento contratualista liberal (tanto em sua vertente política quanto econômica) que, dando continuidade ao projeto que já vinha sendo delineado desde antes da independência, formaram as vigas mestras do Estado norte americano. Daí que, como afirma Beard, apesar das divergências presentes, foi possível construir uma base consensual ampla em torno do projeto de Constituição defendido pela corrente Federalista, o grupo dominante na *U.S. Constitutional Convention*: *“The conclusion seems warranted that the authors of The Federalist generalized the political doctrines of the members of the Convention with a high degree of precision, in spite of the great diversity of opinion which prevailed on many matters.”*⁵²

Este acordo de vontades em torno de um projeto comum refletiu o sentimento presente junto aos líderes do movimento de unificação, que acabou sendo majoritariamente acolhido, em que pesem as diversas críticas formuladas durante o processo de ratificação a que a Constituição foi submetida em cada um dos Estados, momento no qual o trabalho dos delegados reunidos na Filadélfia foi submetido ao escrutínio popular.⁵³

⁵⁰ BEARD, 1921, p. 189.

⁵¹ Beard, no Capítulo X de sua obra já referida, intitulado ‘As Doutrinas Políticas dos Membros da Convenção’, traz interessante síntese sobre os principais pontos defendidos por cada um dos delegados. BEARD, 1921, p. 189 a 216.

⁵² BEARD, 1921, p. 216.

⁵³ BEARD, 1921, p. 239.

Em verdade, seguindo as orientações da Convenção, os Estados formaram assembleias exclusivas para analisar e votar a Constituição, segundo uma regra de tudo ou nada, já que não lhes era permitido propor alterações em seu texto. E, como Explica Beard, embora o referendo popular fosse um instituto já conhecido à época, não foi cogitado. Daí que, diante da ausência de mecanismos que tivessem permitido uma manifestação social direta, resta bastante difícil afirmar o grau de aceitação popular alcançado pelo projeto constitucional: *“In view of the fact that there was no direct popular vote taken on the Constitution, it is therefore impossible to ascertain the exact number of ‘the people’ who favored its adoption.”*⁵⁴

O fechamento a uma participação popular ampla e irrestrita no processo de ratificação reflete um dado característico daquele momento: o predomínio do pensamento conservador.

5. O CONSERVADORISMO COMO UM TRAÇO CARACTERÍSTICO DA U.S. CONSTITUTIONAL CONVENTION

Apesar do liberalismo refletir um movimento de transformação e avanço, especialmente quando analisado sob a perspectiva das lutas que se travavam no continente europeu, a leitura feita pelos norte americanos acerca dos valores liberais acabou por levar à construção de um país predominantemente conservador e refratário à participação de segmentos sociais mais baixos. A preocupação em garantir a propriedade e os valores liberais burgueses relacionados à autonomia da vontade, além de restringir o acesso de massas populares às instâncias de poder, acabou por se mostrar dominante e hegemônico.

Gerardo Pisarello sustenta que o movimento que deu origem à U.S. *Constitutional Convention* foi diferente daquele que houvera levado à declaração de independência. A abertura integradora presente em 1776, que priorizava a união de todos os americanos em sua luta contra o inimigo comum, foi substituída pela defesa de um projeto de poder que mirava a conservação de uma ordem de privilégios que vinha sendo conquistada pela elite política à qual coube desenhar a unificação. Em 1787, o “[...] propósito era asegurar un gobierno fuerte que neutralizara las amenazas internas al orden económico, frenando las tendencias democráticas o democratizantes.”⁵⁵

De maneira mais aguda, Van Caenegem corrobora este ponto de vista afirmando:

⁵⁴ BEARD, 1921, p. 240.

⁵⁵ PISARELO, Gerardo. *Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 68.

Os líderes da Revolução americana detestavam um Estado tirânico, ou mesmo um Estado somente forte. Queriam liberdades para eles, mas não para os seus inferiores, cujo destino era a menoridade legal e falta de liberdade para os escravos, e a dependência política para os brancos pobres que não tinham voto.⁵⁶

Um exemplo do que este autor afirma pode ser encontrado no *Naturalization Act*, de 1790, legislação que definiu os critérios para titularidade da nacionalidade norte-americana. E que o fez de forma excludente, somente conferindo tal status para os que, simultaneamente, residissem no território por ao menos dois anos, tivessem bom caráter, fossem brancos e livres.⁵⁷ Garantia-se, assim, que o risco de uma ‘tirania das maiorias’ fosse contido graças às restrições à participação política e à proteção aos direitos de propriedade.⁵⁸

Aliás, no estudo dos debates acerca do processo de formação do Estado norte americano, especialmente na unificação, chama a atenção a escassez de menções ao termo *democracia*, o que permite concluir que o *contramajoritarismo* defendido pelos líderes do movimento já refletia a noção excludente que, tempos depois, autores socialistas sustentaram criticamente em relação ao pensamento liberal. Em outras palavras, o *povo*, em cujo nome a Constituição foi feita, foi chamado aos campos de batalha para lutar pela independência, mas retirado de cena (ou, ao menos, teve seu protagonismo eclipsado) depois que o projeto de poder da elite liberal burguesa finalmente prevaleceu.

Uma leitura mais acurada da principal obra em defesa da nova Constituição, redigida durante os dois anos em que se deram os debates em torno da ratificação, é capaz de ilustrar o que ora se afirma. O Federalista, coletânea de panfletos elaborados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay sob o pseudônimo *publius*, contém uma defesa pormenorizada da Constituição e, por conseguinte, dos princípios estruturantes do novo país que surgia.⁵⁹

O conjunto de artigos dá a perceber que *estabilidade e ordem* eram valores cardeais na formação dos Estados Unidos. Além do receio quanto à quebra da unidade presente entre os Estados, também os conflitos sociais compunham a pauta de preocupações que orientaram os líderes federalistas.

No *paper 10*, redigido por James Madison, a “dissensão e a desordem”, causadas pelos conflitos entre facções, são vistas como riscos para a “segurança pessoal e a conservação dos direitos de propriedade”. As facções, por sua vez, são definidas como “[...] uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma

⁵⁶ VAN CAENEGEM, 2009, p. 210.

⁵⁷ COSTA, 2012, p. 172.

⁵⁸ PISARELO, 2011, p. 67.

⁵⁹ Interessante síntese sobre a obra e seus autores encontra-se no site da Embaixada Americana: <http://ipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/publication/2014/07/20140716304056.html#axzz4O7Z75KfL>

paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante e geral da sociedade.”⁶⁰

Na sequência do artigo, o autor indica claramente qual seria o principal antagonismo presente nas sociedades, a opor diferentes facções: “[...] a causa que mais comumente tem dado lugar ao nascimento das facções tem sido a desigual distribuição das propriedades. Os interesses dos proprietários têm sido diferentes interesses daqueles que não o são.”⁶¹

E arremata: “É de necessidade que entre as nações civilizadas se formem interesses de agricultura, interesses de manufaturas, interesses de comércio, interesses capitalistas e outros menos importantes que dividem a sociedade em diferentes classes com vistas e sentimentos diferentes.”⁶²

Os *interesses menos importantes* precisam ceder ante a necessidade de assegurar a integridade do objetivo maior. O que Madison chama ‘espírito de facção’ teria causado as crises que colocaram em risco a Confederação e precisava ser contido para viabilizar o novo país, sem o que este também estaria fadado à dissolução. O pensamento liberal, especialmente em sua vertente econômica, parece impulsionar o autor em sua defesa dos escopos do capital contra oposições que se apresentem, venham elas de grupos minoritários ou majoritários. E esta linha ideológica orienta a definição do que seja o interesse da sociedade como um todo, mesmo que partes significativas dela discordem...

A crítica ao projeto Federalista e à Constituição foi disseminada e também gerou numerosos artigos e panfletos, elaborados de forma assistemática e sem uma liderança centralizada, contudo. Vários destes escritos — conhecidos como os *textos anti-federalistas* — foram compilados e fornecem uma base para que se compreendam diversos pontos de divergência presentes naquele momento.⁶³

Em resposta ao temor expresso por Madison quanto à atuação das facções, John Francis Mercer, auto intitulado ‘um fazendeiro de Maryland’, busca demonstrar que uma sociedade livre é formada por pessoas e grupos divergentes e que isso é essencial para prevenir a tirania.

⁶⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 60.

⁶¹ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 61.

⁶² HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 61.

⁶³ A coletânea pesquisada foi elaborada por Bill Bailey tendo por base a obra de Morton Borden, usualmente reconhecida como a melhor e mais sistemática compilação de textos anti-federalistas, embora não a mais abrangente, por ter deixado de fora vários artigos. BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

Um primeiro aspecto abordado diz respeito à afirmação feita pelo mesmo James Madison no *paper* 37 de que a “[...] Convenção escapou por milagre da funesta influência do espírito de animosidade e de partido [...]” o que lhe permitiu, sacrificando “[...] ao bem geral todos os interesses e opiniões particulares [...]”, construir uma unanimidade em torno da qual todos os representantes se conciliaram.⁶⁴

Falando especificamente sobre a formação de um governo nacional, John Mercer sustenta que, ao perceber o que criaram, parte dos convencionais renegou sua obra:

But even then the advantages and disadvantages of national government operated so strongly, although silently, on each individual, that the conflict was nearly equal. A third or middle opinion, which always arises in such cases, broke off and took the lead - the national party [thus] assisted, pursued steadily their object - the federal party dropped off, one by one, and finally, when the middle party came to view the offspring which they had given birth to, and in a great measure reared, several of them immediately disowned the child.⁶⁵

A partir daí, demonstra que existem alguns grandes e significativos grupos dentro da sociedade Americana, sendo que dois dentre os mais expressivos são compostos por proprietários de terras e capitalistas. Após destacar virtudes e defeitos (mais estes que aquelas) de cada um, conclui sustentando a necessidade de conviverem diferentes partidos, que congreguem as diversas opiniões presentes em qualquer grupamento humano:

[...] on the preservation of parties, public liberty depends. Whenever men are unanimous on great public questions, whenever there is but one party, freedom ceases and despotism commences. The object of a free and wise people should be so to balance parties, that from the weakness of all you may be governed by the moderation of the combined judgments of the whole, not tyrannized over by the blind passions of a few individuals.⁶⁶

Sociedades onde há uma unanimidade tendem a suprimir a liberdade e abrem espaço para o despotismo. Daí ser possível inferir que, na visão do autor, um povo sensato deve preferir ser governado por pessoas que busquem o equilíbrio entre os diferentes pensamentos concorrentes, afastando o risco de ser tiranizado por alguns indivíduos. O que evidentemente reflete de maneira muito mais clara a noção contemporânea de democracia.

⁶⁴ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 227.

⁶⁵ MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. in BAILEY, Bill (org.). *The Antifederalist Papers*. p. 32. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

⁶⁶ MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. *Op. cit.*, p. 35.

O debate travado em torno da conveniência, ou não, de coexistirem grupos discordantes é um exemplo das divergências presentes na América de 1787 e que levaram, segundo Morton Borden, a que se firmasse uma espécie de acordo tácito acerca de como a Constituição deveria ser interpretada e aplicada. A abertura interpretativa precisaria ser incorporada ao pensamento constitucional, permitindo que as críticas dos anti-federalistas fossem absorvidas e influenciassem a futura aplicação de seus comandos. Nas palavras do autor:

Therefore, to win the support of their opponents, the proratificationists essentially had to consent to a doctrine of interpretation that must be considered a part of the Constitution, and that therefore must be the basis for interpretation today. This doctrine can be summed up by saying, "if a construction would have been objectionable to the anti-federalists, it should be initially presumed unconstitutional".⁶⁷

O que se percebe dos dados coletados é que a Constituinte norte americana não foi um momento milagroso, mas uma assembleia muito parecida com todas as demais, com convergências e divergências, acordos e conflitos, de modo que não se pode sustentar — em que pese uma base comum de conceitos e experiências — ter existido um consenso unânime em torno do modelo de Estado que, naquele momento, se pretendia legar às gerações futuras.

Isto evidencia o equívoco do pensamento originalista que, em nome do resgate de valores históricos, nega todo um horizonte de possibilidades interpretativas que se busca adjudicar à Constituição norte americana. O fechamento à evolução dos costumes (que envolvem questões como relações homoafetivas, por exemplo) e a rejeição a um Estado mais participativo (com uma constante crítica a ações voltadas a reduzir a desigualdade social) são sustentadas na defesa de um modelo de Estado idealizado no passado e que refletiria o sonho dos norte-americanos.

Como se vê nas linhas ora traçadas, o sonho dos pais fundadores na verdade reflete um projeto particular, capitaneado por um grupo que logrou impor aos demais sua visão de mundo. Um país onde os valores liberais deveriam prevalecer, mas sempre com respeito à ordem e à hierarquia social; onde a propriedade privada e os interesses dos proprietários teriam primazia; onde a vontade social e a soberania popular deveriam ser traduzidas pelos mais capazes, funcionando antes como um fundamento de validade para suas próprias decisões que como mecanismo para formação democrática de vontades coletivas.

⁶⁷ BORDEN, Morton. Introduction to the anti-federalist papers. in BAILEY, Bill (org.). *The Anti-federalist Papers*. Op. cit., p. 2.

6. CONCLUSÃO

O pensamento originalista defende que a Constituição norte americana deve ser interpretada e aplicada tendo por base os referenciais valorativos eleitos pelos constituintes, os *pais fundadores*. Ao fazer isto, os autores adeptos desta corrente sustentam um dever de coerência das gerações presentes com aquela que originalmente desenhou o Estado norte americano, mantendo, assim, a integridade do sistema jurídico que deu forma à sua nação.

Por vezes, parece que as palavras de Antonin Scalia e seus seguidores refletem algo como uma deificação dos constituintes originários, que teriam tido a capacidade de transformar em normas jurídicas positivas todo um conjunto de valores e conquistas sociais que não se restringiriam a uma geração, mas que pertencem a toda a humanidade.

A análise aqui feita permite afirmar que 1787 talvez não tenha sido um momento ‘mágico’, especial, como muitos norte americanos gostam de lembrar. Em verdade, os eventos ocorridos durante a *U.S. Constitutional Convention* indicam um concerto entre forças plurais, ora convergentes, ora divergentes, que sonhavam com diferentes possibilidades de futuro. Exatamente como aconteceu e acontece ainda hoje em vários lugares do mundo.

A Constituição que nasceu naquele momento foi o fruto dos acordos possíveis, que talvez não refletissem os ideais plenos de liberdade, igualdade ou soberania popular defendidos por tantos. Em suma, a Assembleia Constituinte norte americana assemelha-se bastante a diversas outras, com todas as suas virtudes e defeitos.

A influência do pensamento liberal político e econômico foi marcante e decisiva e refletiu um traço cultural daquela sociedade, presente desde antes da independência, que impulsionou várias das inovações institucionais então forjadas e exportadas, nas décadas seguintes, para o restante do mundo ocidental.

Este predomínio do liberalismo, contudo, não foi capaz de dar origem a uma sociedade aberta a todos. A liberdade dos homens de negócios e proprietários de terras e escravos, o grupo que desenhou o Estado norte americano, tinha suas particularidades e não parece tão afeita a princípios democráticos como se alardeia hoje.

Em verdade, nota-se uma identidade entra a geração atual — dominada pelo resgate do conservadorismo — e aquela representada pelas vozes majoritárias presentes na *U.S. Constitutional Convention* no que tange à tendência a reduzir os espaços de participação e defesa de interesses das classes populares. Veja-se, a propósito, a celeuma em torno da extensão do acesso à saúde para os mais pobres proporcionada pela legislação conhecida como ObamaCare e a

avalanche de críticas ao que vem sendo considerada uma invasão sobre a liberdade individual. Políticas públicas como esta, que visam a implementar ou ampliar sistemas de proteção social, são usualmente desqualificadas em vista de sua pretensa inadequação face aos valores defendidos pelos pais fundadores. Valores que, como vistos, não eram tão consensuais assim, além de não refletirem, necessariamente, a vontade geral da nação.

Parece que os conservadores de hoje se vêm bem acompanhados ao entenderem as mãos a seus companheiros do passado...

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1921.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BORDEN, Morton. Introduction to the anti-federalist papers. In: BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo R. Gama. Campinas: Russell, 2002.

COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). **Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. in **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**. Disponível em http://constitution.org/dfc/dfc_0001.htm Acesso em 05 abril 2016.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Review**. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5 Access on 15 January 2015

MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. in BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PAINE, Thomas. Senso Comum. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Pensadores**. Vol. XXIX. São Paulo: Abril, 1973.

PISARELO, Gerardo. **Un Largo Termidor**. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011.

RÍO, Rosario de la Torre del. **El Congreso de Viena (1814-1815)**. Madrid: Catarata y Universidad Complutense de Madrid, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review**. Volume 57, 1989. Available at: <http://scholarship.law.uc.edu/uclr>

VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

* Recebido em 26 nov. 2016.