

# “Separação de poderes” no Estado federal norte-americano

Gilberto Bercovici

O Estado federal foi criado em 1787, com a sua adoção pelos Estados Unidos, recém-independentes da Inglaterra. O regime até então em vigor era o confederativo. Os termos “Confederação” e “Federação” foram utilizados na época indistintamente, de forma a poder causar alguma confusão. Os próprios Artigos Federalistas, de autoria de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay<sup>1</sup> (1987), costumam usar várias vezes os dois termos sem qualquer diferenciação.

Para evitar maiores dúvidas, traçaremos um esboço de como funcionava a Confederação norte-americana para a compararmos com o novo tipo de Estado que a sucedeu. A Confederação possuía um órgão político central, o Congresso, de caráter predominantemente diplomático, que carecia de autoridade própria, respeitando a absoluta independência dos Estados associados. Os representantes dos Estados se reuniam no Congresso para deliberar assuntos de interesse comum (na sua maioria, os ligados às relações e comércio internacionais). O Congresso era subordinado ao poder dos Estados, sujeitando-se ao seu poder de veto. Dessa maneira, as decisões só poderiam ser tomadas pela unanimidade dos treze Estados. As deliberações da Confederação tinham mais o caráter de recomendações do que propriamente o de leis, pois a sua execução era deixada a cargo dos Estados, que só respeitavam essas deliberações se as

Gilberto Bercovici é Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

consideravam adequadas aos seus interesses particulares. A Confederação, em suma, não passava de uma soma dos componentes políticos das antigas colônias inglesas, gerando um governo extremamente instável devido aos constantes impasses políticos.

Essa instabilidade fez com que se procurasse dotar o novo país de um governo efetivamente nacional. Representantes de praticamente todos os Estados se reuniram na Filadélfia, em 1787, para deliberar sobre a reforma dos Artigos da Confederação (a primeira Constituição americana). O resultado foi uma outra Constituição, que instituía um novo modelo de Estado, o modelo federal, visto como capaz de garantir a unidade norte-americana. O federalismo reconheceu a identidade e a autonomia das treze ex-colônias e ofereceu um esquema de solução de eventuais conflitos ou controvérsias.

Escreveu Hamilton sobre a nova organização criada em 1787:

*"The proposed Constitution, so far from implying an abolition of the State governments, makes them constituent parts of the national sovereignty, by allowing them a direct representation in the Senate, and leaves in their possession certain exclusive and very important portions of sovereign power. This fully corresponds, in every rational import of the terms, with the idea of a federal government"* (Artigo n. 9).

A desconcentração do poder político deu-se com a existência de duas esferas de poder político: a federal e a estadual (os Municípios foram esquecidos nessa divisão de poderes, sendo deixados no âmbito da competência estadual). Uma esfera não é superior a outra. O que prevalece sobre ambas é a Constituição. Entretanto, a inexistência de hierarquia entre os entes federados não é absoluta. Em determinadas circunstâncias, o poder federal prevalece. A interpretação hoje dominante é a de que, nas hipóteses de competência concorrente ou em que não há elementos suficientes para uma

afirmação indubitável de competência, a que prevalece é a da União.

Alguns teóricos, como Alexis de Tocqueville, desenvolveram a teoria de que o Estado federal era dotado de dupla soberania: a federal e a dos Estados-membros. Tocqueville dizia que os Estados Unidos eram compostos por dois governos separados e quase independentes. Um, habitual e indefinido, cuidava das necessidades do cotidiano. O outro, excepcional e circunscrito, cuidava de certos interesses gerais: "O governo federal não passa, aliás, como acabo de dizer, de uma exceção: é o governo dos Estados a regra comum".

Cada Estado, para ele, era uma pequena nação soberana. Inclusive, por possuírem soberania própria, Tocqueville (1987, p. 52-53, 92-94, 111, 115, 119-121, 128-130, 278-284) achava que os Estados tinham o direito à secessão, contrariando, assim, um dos pilares do sistema federal (a defesa da união indissolúvel dos Estados levaria, entre outros motivos, os Estados Unidos à guerra civil entre o Norte e o Sul em 1861). Os próprios autores dos *Artigos Federalistas* constantemente usam a expressão "soberania dos Estados", mas cumpre ressaltar que essa utilização dá-se no sentido atual de autonomia, não de soberania. Na realidade, o único ente titular da soberania é a União. O Estado-membro é dotado apenas de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.

Na Federação norte-americana, como em todas as demais, prevaleceu o critério jurídico-formal no estabelecimento da estrutura federal, delimitando-se as esferas de atuação dos Estados-membros e da União. Essa delimitação, chamada de repartição de competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados. As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descen-

tralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. A União trata dos interesses gerais, os Estados dos seus próprios interesses regionais ou locais ou daqueles que são melhor tratados se delegados ao poder local.

Dessa forma, nos Estados Unidos de 1787, foram definidas com cuidado as atribuições da União e deixou-se o resto (a competência residual) para os Estados. Os principais objetivos a serem defendidos pela União seriam a defesa comum dos membros, a preservação da paz pública (contra convulsões internas ou ataques externos), a regulação do comércio com outras nações e a manutenção de relações políticas e comerciais com os países estrangeiros. Aos Estados caberia tudo aquilo de que não fossem explicitamente destituídos pela Constituição. As dúvidas seriam dirimidas pela Suprema Corte. A decorrência direta da repartição de competências é a distribuição das fontes de recursos financeiros para equilibrar os encargos e as rendas das unidades federadas. A forma norte-americana de repartição de competências, depois imitada pela maioria dos Estados federais surgidos posteriormente, foi assim resumida por James Madison, co-autor dos Artigos Federais, no Artigo 45:

*"The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation, and foreign commerce; with which last the power of taxation will, for the most part, be connected. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State. The operations of the federal government*

*will be most extensive and important in times of war and danger; those of the State governments, in time of peace and security. As the former periods will probably bear a small proportion to the latter, the State governments will here enjoy another advantage over the federal government. The more adequate, indeed, the federal powers may be rendered to the national defence, the less frequent will be those scenes of danger which might favour their ascendancy over the governments of the particular States".*

A questão da "separação dos poderes" foi a motivação de uma das mais severas críticas feitas à Constituição norte-americana no período de sua elaboração e ratificação. O tema é tratado nos artigos de número 47 a 51, todos de autoria de James Madison. Os críticos da Constituição de 1787 alegavam que esta não havia consagrado a "separação de poderes", estando o poder distribuído de maneira desproporcional entre os diversos órgãos estatais, o que favoreceria o acúmulo do poder em uma só mão, ou seja, o estabelecimento de uma tirania (Cf. VASCONCELOS, 1994, p. 24-25).

Para Madison, essa crítica só poderia ser proveniente da má-interpretação da obra de Montesquieu. Afinal, o pensador francês nunca disse que os poderes não deveriam possuir qualquer ingerência parcial ou controle uns sobre os outros (Ver GRAU, 1996, p. 170-171). Além disso, a própria Constituição da Inglaterra, exemplo utilizado por Montesquieu, não consagrava a separação total e absoluta dos poderes<sup>2</sup>. O que Montesquieu afirmou reiteradamente é a sua oposição à concentração de todo o poder nas mãos de uma só pessoa, que caracterizaria a tirania.

Destacamos, assim, o seguinte trecho do Artigo nº 47, de autoria de Madison:

*"From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred that in saying "There can be no liberty where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of*

*magistrates', or, 'if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers', he did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over, the acts of each other. His meaning as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted".*

Para os autores dos *Artigos Federalistas*, a Constituição norte-americana conseguiu evitar a concentração do poder em uma só mão, sem separar de forma total e absoluta os poderes do Estado. Não poderia ser diferente, pois não há, para eles, nenhum caso de algum Estado que tenha conseguido manter os vários poderes absolutamente distintos<sup>3</sup>.

A chamada "separação dos poderes" não exigiria, assim, que os poderes legislativo, executivo e judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizadas de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais. A mera declaração escrita dos limites dos vários poderes não era suficiente (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 48). O mecanismo encontrado na Constituição norte-americana foi, ao invés da separação total e absoluta dos poderes, a introdução do sistema de *freios e contrapesos* (*checks and balances*) (Ver VASCONCELOS, 1994, p. 29-33). Nas palavras de Madison:

*"The only answer that can be given is that as all these exterior provisions are found to be inadequate the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places" (1987, Artigo n. 51).*

Os autores dos *Artigos Federalistas*, particularmente Madison, defendiam uma forma de governo que evitasse que as facções<sup>4</sup> se tornassem maioria apta a controlar o Estado. O objetivo do bom governo seria o de garantir os bens públicos e os direitos privados contra as facções, assegurando ao mesmo tempo o espírito e forma do governo popular. Esse governo só poderia ser o governo republicano:

*"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" (1987, Artigo n. 10).*

O grande desafio do governo republicano seria o de evitar que a natural supremacia do Poder Legislativo, enquanto poder mais próximo do povo, se transformasse em uma tirania da maioria ou de uma facção dominante (Ver HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, Artigos n. 48 e 51). Esse pensamento foi muito bem explicitado por Thomas Jefferson:

*"All the powers of government, legislative, executive, and judiciary, result to the legislative body. The concentrating these in the same hands a precisely the definition of despotic government. It will be no alleviation that these powers will be exercised by a plurality of hands, and not by a single one. One hundred and seventy-three despots would surely be as oppressive as one. Let those who doubt it turn their eyes on the republic of Venice. As little will it avail us that they are chosen by ourselves. An elective despotism was not the government we fought for, but one which should not only be founded on free principles, but in which the powers of government should be so divided and balanced among several bodies of magistracy, as that no one could transcend their legal limits, without being effectually checked and restrained by the others. For this*

*reason that convention which passed the ordinance of government, laid its foundation on this basis, that the legislative, executive and judiciary departments should be separate and distinct, so that no person should exercise the powers of more than one of them at the same time” (1993, p. 221-223).*

A democracia pura (para os autores da época, a democracia direta da Atenas clássica) se caracterizaria por um pequeno número de cidadãos que se uniriam e administrariam pessoalmente o governo, não resolvendo os malefícios advindos do surgimento das facções. Já a república teria a opinião do povo, portanto também a das facções, filtrada pelas assembléias. Além disso, a grande extensão da república dividiria a esfera de interesses: os interesses amplos e gerais seriam tratados na assembléia nacional e os interesses locais e particulares, nas assembléias estaduais (Cf. HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, Artigos n. 10 e 14).

Este é o ponto central da estrutura do Estado norte-americano e da sua democracia: a junção do mecanismo de freios e contrapesos (ou seja, repúdio à divisão total e estanque dos poderes) com o federalismo. Em outras palavras, a separação horizontal de poderes conjugada com a separação vertical, nenhuma de forma absoluta, mas de uma maneira equilibrada em que um poder controla o outro, tanto os poderes legislativo, executivo e judiciário como a União e os Estados.

Madison sintetizou essa fórmula no Artigo n° 51:

*“In a single republic, all the power surrendered by the people is submitted to the administration of a single government; and the usurpations are guarded against by a division of the government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate depart-*

*ments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself”.*

De acordo com o constitucionalista norte-americano Bernard Schwartz, o sistema constitucional norte-americano consagraria a fórmula tradicional da “separação de poderes” se fosse comparado ao sistema inglês, pois dividiria realmente o poder entre três órgãos distintos, ao contrário do que ocorre na Inglaterra (1996, p. 27-28). No entanto, afirma ele mais adiante:

*“Admitir que a separação dos poderes estabelecida na constituição americana, conquanto indubitavelmente rígida segundo o critério inglês, é um ‘conceito doutrinário a ser utilizado com rigor pedantesco’, é porém aplicar de maneira completamente insensata a doutrina constitucional. É um erro pensar que tal doutrina divide o govêrno americano em três compartimentos estanques” (p. 28).*

A “separação dos poderes” nunca precisou estar consagrada explicitamente, da forma tradicional, no texto constitucional norte-americano. A sua interpretação literal, consagrada na fórmula adotada pelo artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pelo artigo 2° da Constituição brasileira de 1988, nunca vigorou nos Estados Unidos. Inclusive, segundo Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, nunca foi aprovada proposta de emenda constitucional que propunha inserir explicitamente a existência de três poderes separados e distintos no Estado norte-americano (1994, p. 25).

O controle e dependência recíproca dos poderes, uns em relação aos outros, dotou os meios necessários para garantir a sua autonomia. A fórmula dos freios e contrapesos nunca precisou ser alterada no texto constitucional norte-americano, pois pôde ser adaptada a todas as mudanças econômicas e sociais da história dos Estados Unidos.

A diferença básica existente entre a “separação de poderes” no Brasil e nos Estados Unidos é o fato de essa haver sido adotada no nosso ordenamento constitucional por meio da interpretação literal e, ao nosso ver, equivocada de Montesquieu. Interpretação essa que, como vimos, não é a que fundamenta o sistema de freios e contrapesos norte-americano (Cf. GRAU, 1996, p. 168), cuja flexibilidade facilitou à Corte Suprema admitir como válidas inúmeras atuações do Poder Executivo (especialmente a partir do *New Deal* de Franklin Roosevelt) que poderiam ser consideradas atentatórias à interpretação clássica e literal da doutrina de Montesquieu<sup>5</sup>.

Assim, a chamada “separação de poderes”, implementada na Constituição 1787, por meio do mecanismo de freios e contrapesos, evitou que o debate sobre a capacidade normativa de conjuntura fosse travado nos termos em que ocorre no Brasil. Nos Estados Unidos, a discussão busca limitar formal e materialmente a delegação legislativa e o exercício de funções normativas pelo Executivo (Cf. SCHWARTZ, 1996, p. 348-354). Já no Brasil, a doutrina tradicional simplesmente ignora o problema, alegando sua total inconstitucionalidade frente à doutrina da “separação de poderes” (Cf. GRAU, 1996, p. 171-173).

### Notas

<sup>1</sup> Devemos dar destaque aos artigos 9 e 10 (sobre as vantagens do novo tipo de governo); 30 a 36 (sobre tributação, em especial o nº 32) e 41 a 46 (sobre a repartição de competências entre a União e os Estados, particularmente o artigo 45).

<sup>2</sup> “On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 47).

<sup>3</sup> “If we look into the constitutions of the several States we find that, notwithstanding the emphatical

and, in some instances, the unqualified terms in which this axiom has been laid down, there is not a single instance in which the several departments of power have been kept absolutely separate and distinct” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 47). Vide também SCHWARTZ, 1966, p. 28-29.

<sup>4</sup> “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” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 10).

<sup>5</sup> Sobre a capacidade normativa de conjuntura do Poder Executivo, há diversas interpretações no Direito norte-americano. Uma das mais interessantes é a que trata do “poder executivo inerente”. De acordo com essa interpretação, o dever do Presidente em “zelar pelo fiel cumprimento das leis” inclui o poder de tomar todas as decisões necessárias e apropriadas para pôr em execução as leis, desde que isso não contrarie a Constituição. Esse poder incluiria a delegação implícita de autoridade legislativa autônoma para o Presidente promulgar decretos e regulamentos, mesmo que não tenha sido autorizado expressamente pelo Congresso Nacional (Cf. SCHWARTZ, 1996, p. 28-30, 33-35, 236-238 e 244-246).

### Bibliografia

GRAU, Eros Roberto. Crítica da separação dos poderes: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as leis-medida. In: *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Londres: Penguin, 1987.

JEFFERSON, Tomas. Notes on the state of virginia. In: *The life and selected writings of Thomas Jefferson*. New York: Modern Library, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 3. ed. São Paulo: EDUSP, 1987.

VASCONCELOS, Pedro Carlos B. de. *A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória*. Coimbra: Coimbra, 1994.