

**A (IN) DEPENDÊNCIA JUDICIAL NOS EUA SEGUNDO FEREJOHN
RESENHA DO ARTIGO INDEPENDENT JUDGES, DEPENDENT JUDICIARY:
EXPLAINING JUDICIAL INDEPENDENCES (JOHN FEREJOHN)**

Elaborada por: Alfredo Canellas Guilherme da Silva*

TÍTULO DA RESENHA:

A (in) dependência judicial nos EUA segundo Ferejohn

Artigo:

Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence (John Ferejohn)

REFERÊNCIA DA OBRA:

Nome do autor: John Ferejohn

Título da obra: Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence.

Nome da editora: *Souther California Law Review*, Vol. 72 (1999) 353-384.

Ano da publicação: 1999

Número de páginas: 31fls.

Disponível em: < <http://www-bcf.usc.edu/~usclrev/pdf/072303.pdf> >.

Acesso em: 13. ago.2010.

DADOS DO AUTOR:

Professor of Politics B.A. 1966, San Fernando Valley State; Ph.D. 1972, Stanford. Email: john.ferejohn@nyu.edu Phone: (212) 998-6179. Office Address: NYU Department of Politics, 19 W. 4th Street New York, 2nd Floor, NY 10012. Areas of Research/Interest: Positive political theory; the study of legal and political institutions and behavior; Congress and policy making; courts within the separation of powers system; political campaigns and election returns; and the philosophy of social science.

* Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação na Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. E-mail: professoralfredo@canellas.com.br

A (IN) DEPENDÊNCIA JUDICIAL NOS EUA SEGUNDO FEREJOHN RESENHA DO ARTIGO INDEPENDENT JUDGES, DEPENDENT JUDICIARY: EXPLAINING JUDICIAL INDEPENDENCE (JOHN FEREJOHN)

A resenha se baseia quase integralmente na tradução do inglês para o português do artigo epígrafado e por esta razão utiliza as mesmas divisões encontradas no texto original. As notas foram transcritas sem qualquer alteração ou tradução.

John Ferejohn traz um conjunto de idéias que visam demonstrar a dependência do Poder Judiciário às esferas política e social, por outro lado, busca caracterizar a independência do Juiz enquanto pessoa moral autônoma.

O Autor foca na caracterização e na elucidação da estrutura que serve de proteção institucional aos Juízes e ao Poder Judiciário Federal dos Estados Unidos da América.

A visão autoral contrapõe a idéia de que o Poder Judiciário seja independente e, portanto, isolado dos grupos de pressão, do povo e dos demais poderes.

Neste sentido, o Autor investiga as inter-relações do Judiciário com os organismos vivos da sociedade, os demais Poderes e mesmo com os próprios órgãos judiciais. Assim, divide a atuação judicial em dois ambientes: o *humano* afeto aos Juízes e o *institucional*, Poder ocupado pelos Magistrados.

A conclusão de Ferejohn se ampara na posição de que o sistema americano de Juízes independentes dentro de um sistema judiciário dependente não fornece proteção para o Poder Judiciário que permanece dependente da vontade dos Poderes Eleitos em função da estabilidade do sistema judicial e político.

I. INTRODUÇÃO

O Autor idealiza a independência judicial por meio de dois eixos, a independência interna (ou normativa) e a externa (ou institucional). Para Ferejohn a primeira informa que os Juízes são agentes morais autônomos que podem levar a contento suas atividades com imparcialidade e independência de qualquer influência perniciosa ou ideológica.

Entretanto, como os Juízes são pessoas, deve haver preocupação com as defesas institucionais capazes de conter as ameaças e evitar tentações. Não haveria

justificativa para a existência de proteção institucional se os Juízes agissem com imparcialidade e autonomia.

Nesta esteira, o Autor deseja apresentar um Juiz protegido institucionalmente para que possa tomar decisões corretas sem preocupação com suas consequências.

As preocupações sobre a independência do Poder Judiciário são antigas, durante os debates em New York para a ratificação da Constituição dos EUA, Brutus, um dos anti-federalistas, demonstrou sua contrariedade ao entender que se estaria criando um Poder Judiciário exageradamente independente. Afirmava que confiar excessivo Poder aos Juízes implicaria em uma situação sem precedentes. Os Juízes se tornariam independentes do povo e do Poder Legislativo e o cometimento de erros não poderia ser corrigido por um dos demais Poderes.

Neste percurso histórico, Ferejohn descreve que para Brutus o isolamento dos Juízes criaria um governo no qual o Poder Judiciário decidiria sem limite legal ou popular.

Resultado disto, Brutus defendia a necessidade da existência de um mecanismo de controle no interior da estrutura constitucional e requeria que os Juízes fossem ao menos responsáveis, direta ou indiretamente, perante o povo ou seus representantes. Nos Estados membros dos EUA adota-se a *responsividade judicial* mediante a eleição de seus Juízes. Por sua vez, no âmbito federal, poucos mecanismos são empregados para a conexão entre os poderes populares e judiciais.

Ferejohn expõe que não é comum discutir sobre a dependência do Judiciário Federal dos EUA ao Congresso e ao Presidente e alerta que neste significado a dependência não é necessariamente pejorativa como seriam as sérias interferências do Congresso e do Presidente sobre os Juízes.

Portanto, apesar de ser legítimo aos Poderes Executivo e Legislativo interferir no Poder Judiciário como um todo, mediante o preenchimento de cargos de Juízes, regulando a jurisdição, ou editando leis gerais que alteram a interpretação judicial de leis, nenhum Poder poderá tentar obrigar um Juiz a modificar sua decisão.¹

¹ Para Ferejohn “this is not to say that every congressional or executive intrusion on the judiciary is normatively neutral. One can easily imagine circumstances in which the point of overriding a judicial interpretation is to alter whether or how judges decide certain kinds of cases. In such circumstances, we might regard congressional action as normatively questionable. But this is a judgment to be made in the particular context within which a statute was enacted, rather than at the general level.”

De forma diversa, enquanto o Congresso pode legitimadamente estabelecer limites à competência jurisdicional das cortes federais, o estabelecimento de fronteiras particulares configura um procedimento indevido porque fatia a jurisdição e induz a ação dos Juízes na direção de uma conduta parcial em face dos casos que lhe são submetidos.

O Autor reconhece que há uma linha muito tênue e firme a ser considerada e que serve para separar as formas apropriadas de dependência institucional das indevidas interferências no Poder Judiciário.

II. PROTEÇÕES INSTITUCIONAIS PARA OS JUÍZES E O PODER JUDICIÁRIO

Historicamente, as tentativas para garantir a independência judicial focalizavam apenas no Juiz individualmente considerado – liberdade contra a interferência. Estas proteções garantiriam a prestação da jurisdição sem ameaça de coerção ou mesmo de adulações. A Constituição dos EUA o exercício da magistratura com a proteção da vitaliciedade, proíbe que o Congresso reduza seus salários durante o período que exercem suas funções.²

Nesta passagem Ferejohn indaga por que as previsões constitucionais – que são meras “barreiras de pergaminho”, segundo as palavras de Madison³, - deveriam ser consideradas efetivas para a proteção dos Juízes? A resposta do Autor se baseia no poder das Cortes em controlar qualquer decisão do Congresso que tente violar a vitaliciedade ou reduzir os salários dos Juízes.

Entretanto, apesar deste controle judicial não se deve desconsiderar que o Congresso tem o poder de reduzir as condições para o impedimento de Juízes, ou mesmo durante período de inflação reduzir o salário real dos membros do judiciário e ainda questiona o Autor se algo poderia ser feito no caso de violações deste tipo?

Ferejohn pontua que nenhuma destas condutas estariam sujeitas a qualquer revisão ou controle judicial⁴. Desta forma, a teoria textual, mesmo que apoiada no *judicial review*, não é suficiente para explicar o “porquê” das proteções constitucionais dos Juízes terem permanecido robustas com o passar dos tempos.

² See U.S. CONST. art. III, § 1.

³ The Federalist n°. 47, at 308 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961).

⁴ For an argument that judicial impeachments are reviewable, see Martin H. Redish, *Judicial Discipline, Judicial Independence and the Constitution: A Textual and Structural Analysis*, 72 S. CAL. L. REV. 673, 701-06 (1999).

O Autor oferece outra resposta ao seu questionamento. A independência judicial encontraria raízes na estrutura da Constituição. Ao aprofundar seu estudo, Ferejohn passa a dissertar sobre o terreno político e a demonstrar que a intrusão política no terreno judicial ocorreria apenas quando da existência de elevada capacidade de coordenação dos partidos, suficiente para suplantar os freios impostos pela Constituição. Por exemplo, o julgamento de *impeachment* pelo Senado se sujeita ao quorum de dois terços⁵; maioria que não é reunida nem mantida durante longo tempo, especialmente se o *impeachment* for baseado em controvérsias políticas que envolvam decisões judiciais. Estas dificuldades não seriam intensas se o Juiz que estiver sofrendo o processo de *impeachment* tiver tomado decisões impopulares, como aquelas que visam garantir a proteção dos direitos de assassinos e traficantes de drogas.

Em aditamento, Ferejohn explana que a razão que levou à manutenção, por tanto tempo, de fortes e estáveis proteções constitucionais para os Juízes decorreria do desejo dos poderes políticos ou do próprio povo em não as alterar.

Ferejohn aposta na previsão da Constituição que instituiu um complexo arranjo de interdependências entre os Poderes que permite que cada um exerça suas funções, apenas exigindo de cada um que procure cooperar com os demais Poderes. Este feixe de interdependência permite que cada Poder disponha de meios de auto-proteção contra a incursão dos outros poderes. São exemplos conferidos pelo Autor: o poder de veto faz integrar o Presidente no processo legislativo e a previsão da aquiescência do Senado para algumas nomeações delegou ao Congresso uma participação importante no Poder Executivo. Pela mesma forma, o Congresso e o Presidente desfrutam de influência sobre o Poder Judiciário.

Ainda na província política Ferejohn defende que mesmo que os “Fundadores” tivessem em mente o desejo de isolar completamente os Juízes Federais, o aparecimento subsequente dos partidos políticos, bem organizados e coesos, algumas vezes conspiraram para romper este isolamento. O triunfo do partido Republicano de Jefferson nos idos de 1800 e a investida contra os Juízes federalistas foram apenas os primeiros exemplos da vulnerabilidade política do Poder Judiciário em face de uma ação partidária organizada.⁶

⁵ 7. See U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 6.

⁶ See, e.g., *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); Barry Friedman, “*Things Forgotten*” in the Debate Over Judicial independence, 14 GA. ST. U. L. REV. 737, 739 (1998).

Nesta passagem do texto o Autor tem formada a sua tese da dependência do Poder Judiciário aos Poderes Políticos. Portanto, as proteções constitucionais dos Juízes permanecem ao sabor da vontade do Congresso, como mostram as investidas contemporâneas sobre os Juízes federais, esta vontade pode ser alterada em função das circunstâncias políticas, as únicas barreiras efetivas contra o *impeachment* seriam políticas.

Nem tudo transcorre com facilidade para a os Poderes eleitos, são empecilhos para atuação política: o custo, a exposição do congressista a perigo eleitoral e o desvio de atividades políticas mais atrativas. Apesar de recentes acontecimentos nos EUA terem alterado este raciocínio como as tentativas do Senado em realizar nas Comissões e não no Plenário o processo de julgamento do *impeachment*.⁷

Seja como for, para o Autor as considerações políticas tornam o processo de *impeachment* muito complicado e se o Congresso pretende influir na ação judicial há na Constituição meios mais atraentes.

Nesta linha, apesar da independência dos Juízes contra investidas políticas, a Constituição dos EUA permite que as Cortes e o sistema judicial como um todo permaneça dependente dos agentes políticos. São diversas as formas de dependência do Poder Judiciário dos Estados Unidos aos Poderes Legislativo e Executivo, enumera Ferejohn dentre outras as seguintes: a Constituição oferece ao Congresso a autoridade de criar ou não Cortes Federais, outras que não a Suprema Corte; criar e regular as competências jurisdicionais; decidir a quantidade de Juízes federais e o número de assento nas Cortes federais; elaborar o orçamento dos Tribunais; criar sistemas alternativos de Cortes de acordo com o previsto nos “Articles I and IV” da Constituição dos EUA; e impedir a revisão de decisões dos Tribunais estaduais pelo Judiciário Federal, o Presidente, por sua vez, tem a autoridade para nomear Juízes (com a aprovação do Senado), decidir sobre a agenda do Tribunal e executar, totalmente ou não, as decisões dos Tribunais.⁸

Além destas dependências, Ferejohn aponta outras que estão presentes em qualquer governo democrático como a mobilização pelos líderes políticos do sentimento popular contra os Juízes. Conforme a preocupação dos “Framers”, a atuação conjunta dos Poderes eleitos com o povo configura uma enorme fonte de

⁷ See Holly Idelson, *Separation of Powers: Impeachment Appeals Challenge Senate's Independent Authority*, 50 CONG. Q. WKLY REP. 3352 (1992).

⁸ See U.S. CONST. art. II, § 2, cl. 2, § 3.

ameaças ao Poder Judiciário porque ao juiz, normalmente, não é dada a possibilidade nem capacidade de responder aos ataques contra suas decisões sem violarem a obrigação que os impede discutir os casos submetidos a seu crivo.

Conseqüentemente, na visão de Ferejohn, as mais genuínas ameaças à independência judicial não são os esporádicos ataques às pessoas dos Juízes, mas as tentativas de diminuir ou regular o poder do Judiciário como um todo.

Para diferenciar as interferências maléficas de outras aceitáveis, Ferejohn argumenta que não são indesejáveis algumas restrições que visam o aumento da eficiência do sistema judiciário federal o que ocorre mediante a remoção de alguns casos sem importância de sua jurisdição ou pela submissão à jurisdição das Cortes estaduais, medidas tomadas pelo Congresso. Sobre o tema, Ferejohn sustenta que a omissão do Congresso poderia implicar na atuação da Suprema Corte dos EUA, se o Congresso falhar em tomar algumas medidas a Suprema Corte dos EUA inovaria de sorte que o problema fosse enfrentado e esta inovação poderia ser no sentido da restrição jurisdicional.⁹

Na linha da dependência política do Poder Judiciário, Ferejohn compreende que se encaixa no amplo esquema federalista que tornou os Poderes interdependentes. Conforme descrição encontrada no “The Federalist n° 47”, Madison afirmava que “a acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um ou de muitos... poderia ser chamado de tirania”¹⁰ e isto não significava que estes Poderes não poderiam exercer controle sobre os atos dos outros.¹¹ Em princípio, a interdependência dos Poderes deve trabalhar para evitar os confrontos e impasses graves, permitindo que cada um exerça suas funções constitucionais.

Naturalmente, as coisas nem sempre acontecem na prática da maneira que Madison imaginava. Existiram alguns breves períodos da história durante os quais os tribunais foram obrigados a trabalhar em circunstâncias de extrema vulnerabilidade política. Isto não significa que seja necessário isolar completamente o Poder Judiciário de qualquer dependência dos demais Poderes porque tal situação seria contrária à estrutura constitucional.

⁹ An example of such a restriction would be doctrinal restrictions on removal of suits to federal courts.

¹⁰ The Federalist n°. 47, at 301 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961).

¹¹ *Id.* at 302.

Com olhar para o interior do Poder Judiciário, Ferejohn afiança que o sistema de Juízes independentes em um Poder Judiciário dependente cria também tensões internas. Por exemplo, os Juízes são individualmente livres para decidir, mesmo que seja previsível que o resultado de suas decisões traga prejuízo para o próprio Poder Judiciário como um todo.¹² Em certo sentido, decisões judiciais politicamente controvertidas, sejam ou não internamente bem fundamentadas, são coletivamente más sob o ponto de vista do Poder Judiciário. Tendo em conta que ameaçam todos os Juízes de serem acusados de irresponsáveis, incompetentes, ou de indivíduos aventureiros. Por tudo, não é surpresa o desenvolvimento pelo próprio Judiciário de meios que mitigam o dano causado individualmente por Juízes. No caso de alguma medida controvertida ser tomada o Poder Judiciário a submete à deliberação. Exemplos de tentativa de regulamentar a capacidade dos Juízes Federais que causam danos coletivos são encontradas nas várias “abstentio doctrines” que limitam a competência de intervenção de Juízes distritais nos procedimentos judiciais dos estados.¹³

Ainda, segundo o magistério de Ferejohn, o desenvolvimento de cortes colegiadas de apelação deve ser entendido como uma estratégia para assegurar que nenhum Juiz singular possa, individualmente, causar dano na imagem do Poder Judiciário como um todo, o que ocorreria pela prolação de decisões aberrantes ou excessivamente corajosas.¹⁴ Logo, a peculiar forma estrutural de superposição encontrada no sistema judiciário – na qual o número de Juízes que deliberam juntos cresce na medida em que a hierarquia jurisdicional aumenta, pode ser justificada.¹⁵

O Autor elenca outros mecanismos para manter os Juízes disciplinados: o controle sobre a distribuição e redistribuição de processos, bem como a

¹² See Pamela S. Karlan, *Two Concepts of Judicial independence*, 72 S. CAL. L. REV. 535, 539 & n.22 (1999).

¹³ See, e.g., *Federal Civil Procedure—Sixth Circuit Holds That Federal Court Should Abstain from Deciding a Nonparty’s First Amendment Challenge to a State Court Injunction—Gottfried v. Medical Planning Services, Inc.*, 142 F.3d 326 (6th Cir. 1998), 112 HARV. L. REV. 976 (1999).

¹⁴ Often Congress creates the mechanism by which individual judges are regulated. Good examples of attempts to use the appellate hierarchy to control individual judges are easily found. For example, the Evarts Act (1891), which created the third tier of the appellate system, was an explicit effort to reign in district court judges. During the debate over the legislation, Congressman Culberson of Texas announced, “I have the supreme desire to witness . . . the overthrow and destruction of the kingly power of district and circuit judges.” 21 CONG. REC. 3403, 3404 (1890).

¹⁵ I owe this point to a conversation with Larry Sager. It is developed further in Lewis Kornhauser & Lawrence Sager, *Unpacking the Court*, 96 YALE L.J. 82 (1986). Larger and more deliberative courts might be thought to be more likely to arrive at “right” answers than smaller ones, even if they are more cumbersome to operate. Placing a large court on top of an appellate structure, with the requirement of vertical stare decisis, would permit smaller and more efficient lower courts to manage large workloads, while subject only to occasional corrections from above.

possibilidade de serem instaurados processos administrativos, medidas que auxiliam na manutenção do Juiz dentro de suas funções constitucionais.¹⁶ Desta forma, embora seja possível que alguns Juízes cometam erros ou abusem da autoridade, os recursos, juntamente com os mecanismos disciplinares, evitam que a prestação jurisdicional caminhe na direção indesejada.

Por fim, sobre a estrutura institucional Ferejohn a delinea a partir do que foi estabelecido pela Constituição dos EUA, reconhecendo-a como meio que equilibra a proteção individual dos Juízes com a do Poder Judiciário completamente dependente dos demais Poderes. Essa estrutura pode ser entendida como um esforço institucional para permitir a realização de três valores que estão sempre em conflito: Estado de direito, Governo Constitucional e democracia. O fato de estes valores estarem em conflito impede que trabalhem em equilíbrio todo o tempo.

III. A NORMATIVIDADE DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Para Ferejohn, tradicionalmente, entende-se independência judicial com respeito à independência dos Juízes sem a interferência de outros funcionários governamentais. Para tal, pode-se construir regras jurídicas — legal ou constitucional — que impeçam os funcionários públicos de infringir a autoridade judiciária. Estas regras jurídicas devem implicar em uma sanção na hipótese de violação.

Alternativamente, o desenvolvimento de um conjunto de convenções ou normas de auto-contenção poderão de alguma forma vincular os políticos — uma espécie de moralidade política — sem a necessidade de um mecanismo de aplicação formal. Para o Autor, é certo que para garantir a independência judicial o objetivo é o estabelecimento de restrições — institucional, moral ou eleitoral — sobre os funcionários públicos.

Descreve o Autor que interesses econômicos ou sociais poderosos têm foco sobre as decisões judiciais. John Ferejohn avalia que o serviço judiciário na forma como foi elaborado constitui uma verdadeira fonte de perigo para a independência

¹⁶ In 1980, Congress created a mechanism by which federal judges may be disciplined within the judicial branch in the Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act. 28 U.S.C. §§ 331, 332, 372(c), 604 (1994) (authorizing councils of judges within each circuit to receive and investigate complaints, and to impose various sanctions or refer cases to the Judicial Conference of the United States, which can impose further penalties or recommend that Congress consider bringing charges of impeachment).

judicial. Realisticamente, parece certo que a independência judicial pode ser substancialmente ameaçada por poderosos interesses não governamentais.

Influência governamental e a influência privada passam a ser, respectivamente, os objetos seguintes da análise do Autor, enquanto ameaças à independência judicial.

A. Independência da Interferência Governamental

Neste item o Ferejohn indaga a finalidade da Independência Judicial em uma democracia constitucional? Para o Autor, em princípio, a independência judicial existe para promover alguns valores distintos: a manutenção do Estado de direito — garantir que todos estejam sujeitos às mesmas regras jurídicas, esta preocupação sugere a necessidade de assegurar que as pessoas poderosas — especialmente aquelas eleitas — não possam manipular processos judiciais; a proteção de direitos; e a Democracia.

Desta feita, afirma que é necessário garantir que os tribunais sejam suficientemente independentes para declarar a inconstitucionalidade das leis que subvertam esses valores.

Do ponto de vista analítico, da perspectiva de cada um desses três valores, Ferejohn alega que a independência judicial pode ser vista como um meio facilitador de prestação de um determinado tipo de bem público ou coletivo.

Ferejohn emprega o conceito do “véu da ingorância” de Rawls como meio para justificar a atração pela idéia de que os Juízes tenham a independência para garantir a estabilidade jurídica. No momento de adoção de uma constituição, todos têm interesse comum na proibição da aplicação de leis inconstitucionais e os Juízes enquanto independentes das majorias atuais são a principal linha de defesa para a proteção deste interesse.

A importância da democracia é tratada por Ferejohn com suporte na história das constituições estaduais dos EUA que se abriram a novos caminhos populares. O Autor adverte que Constituições mais recentes tendem a adotar as disposições para o referendo, iniciativa popular, recall de funcionários públicos, eleições diretas primárias e, naturalmente, eleição de Juízes.

B. Interesses Privados e a Independência Judicial

Segundo Ferejohn, a razão da independência judicial visa permitir que o processo judicial seja insensível tanto às influências arbitrárias quanto irrelevantes. Na sociedade de mercado, tais influências parecem prováveis de emanar de poderosas forças sociais ou econômicas e mesmo de outros funcionários públicos.

Os “Autores” da Constituição dos EUA responderam em parte a estas questões prevendo dentre as hipóteses de *impeachment* de magistrado o recebimento de suborno. Mas a proibição do recebimento de suborno parece ser uma resposta bastante limitada para evitar a influência econômica e social indevida nos tribunais e Juízes. Na verdade, Ferejohn apreende que o recurso ao suborno se dá apenas quando os modos mais invisíveis (e insidiosos) de tal influência não operam como esperado.¹⁷

Ferejohn pugna no sentido de que tanto organizações como pessoas são ameaças políticas potenciais à independência judicial, desde que a entidade ou o indivíduo atenda às condições: (1) tenha razão para subornar um Juiz ou Tribunal para obter uma decisão ao arrepio da lei; (2) tenha recursos suficientes — político, social e/ou econômico para influenciar ou intimidar o juiz; e (3) seja capaz de compor sua vontade ou intenção para agir de forma que interfira com a independência judicial.

Pensa Ferejohn que nos Estados Unidos o Congresso pode atender a primeira condição, sempre a segunda condição e raramente irá satisfazer a terceira condição. Para o Autor, um poderoso grupo de interesse econômico pode satisfazer muitas vezes a condição um, raramente a condição dois e geralmente satisfazer as três condições. As maiorias populares podem às vezes satisfazer uma, mas raramente satisfazer duas ou três. A idéia é que para efetivamente ocorrer interferência deve ser satisfeita de forma concatenada, o poder, o interesse e a vontade.

Para Ferejohn este argumento alude à existência de várias estratégias para evitar a interferência judicial. Pode-se tentar limitar o poder dos grupos; pode-se tentar impedir que qualquer grupo tenha o poder de interferir com processos legais; e, por fim, encontrar maneiras de tornar difícil a formação de vontades combinadas por parte de grupos poderosos.

¹⁷ This is to say nothing of the need that state judges have to raise campaign funds for reelection, often (perhaps nearly always) from those who are likely to appear in their courts. See, e.g., Kathryn Abrams, *Some Realism About Electoralism: Rethinking Judicial Campaign Finance*, 72 S. CAL. L. REV. 505, 516-17 (1999).

Ferejohn preleciona que estas considerações sugerem que é muito difícil evitar que poderosos interesses econômicos e sociais sejam impedidos de violar os processos legais, também sugere que o instrumento mais capaz de regulação ou controle destas forças governamentais é o próprio governo democrático que por vezes colocam limites sobre as desigualdades de rendimento ou a riqueza. Mas, segundo Ferejohn, é evidente que os Poderes democráticos são também perigosos, logo é improvável que todas essas formas de influência ou de interferência possam ser evitadas.

Para Ferejohn, o complexo sistema judicial norte-americano, com Juízes protegidos e um Judiciário vulnerável é exigência do direito, do constitucionalismo e da democracia e evoluiu a partir da história política e social peculiar dos EUA.

Pelo exposto, Ferejohn consolida o segundo pilar de sua tese, o fator histórico para explicar a modelagem da estrutura judicial dos EUA de um sistema de independência instrumental e dependência política do Poder Judiciário.

IV EXPLICANDO A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: TEORIAS DIRIGIDAS PELO INTERESSE

Inicialmente, Ferejohn argumenta sobre a teoria do grupo de interesse ligado ao governo, segundo o qual é crível que a política pública consiste no resultado de uma negociação. Nesta perspectiva, Juízes independentes estariam impondo os interesses de algum.

Segundo Ferejohn, a teoria elaborada por Landes e Posner, considera que a independência judicial como uma inovação pós-constitutional introduzida por políticos e projetada para extrair rendas dos grupos de interesse.¹⁸ Neste sentido, aos Juízes independentes poderiam ser confiada à aplicação de leis, o que tornaria a elaboração da legislação mais valiosa do que seria na ausência de um mecanismo de aplicação confiável.¹⁹

A independência judicial e a proteção dos Juízes são explicadas pelo interesse comum de algum grupo que mantém o poder. A teoria dos Grupos de interesse no entendimento de Ferejohn muitas vezes não especifica o mecanismo pelo qual a

¹⁸ See William M. Landes & Richard A. Posner, *The independent Judiciary in an Interest Group Perspective*, 18 J.L. & ECON. 875, 877-79 (1975).

¹⁹ See *id.*

independência judicial deve ser prevista. Modelos que se concentram nos interesses comuns dos políticos — como o modelo de Landes-Posner — explicam a independência judicial em termos dos interesses comuns dos políticos ou partidos políticos. São explicações que enfocam o interesse comum das pessoas e geralmente olham a Constituição como um negócio entre as pessoas (ou os seus representantes constitucionais) para restringir os políticos futuros e os grupos de interesse que possam ameaçar as liberdades das pessoas.

Baseada em interesses, a garantia de Juízes independentes permite que a sociedade — ou os políticos, grupos de interesse ou partidos políticos — considere a existência de um aparelho institucional capaz de contenção e protegido contra tentações momentâneas.

Entretanto, para Ferejohn a tentativa de garantir a independência judicial na Constituição para que não seja possível ser ameaçada por políticos ou grupos de interesse não consolida uma proteção viável para os Juízes federais. Desta feita, a Independência judicial para Ferejohn é melhor explicada como consequência de auto-contenção dos próprios grupos poderosos.

As pessoas podem ser limitadas moralmente e não infringir uma instituição que goza de aprovação geral, mas seria difícil acreditar que a auto-contenção moral fosse suficientemente robusta em circunstâncias de conflito profundo, como no caso de questões de valor que envolvem o aborto.

Desta feita, esta forma de contenção parece fraca se os partidos estiverem bem organizados e ideologicamente alinhados. Em suma, para Ferejohn, é difícil encontrar um modelo completamente satisfatório que explique a estabilidade da independência judicial, mesmo que haja uma explicação para a sua existência.

Parece para o Autor que as teorias orientadas pelo interesse têm potencial suficiente para oferecer uma explicação, mesmo que parcial, da prestação jurisdicional. Teorias baseadas em interesses podem oferecer uma explicação *ex post* da razão de um sistema de Juízes independentes ser criado com estabilidade. Uma teoria baseada em interesses demonstra, segundo Ferejohn que Juízes independentes fazem parte de um mútuo-equilíbrio que ninguém tem interesse em afastar, nem os Juízes ou poderosos para interferir com os Juízes teriam motivação para abandonar o jogo.

Ferejohn não sabe com precisão como uma destas teorias seria capaz de explicar satisfatoriamente a criação do sistema americano de Juízes independentes dentro de um sistema judiciário dependente e indaga:

a) Por que se a independência judicial é uma boa coisa sob a perspectiva baseada em interesses, apesar de deixar a porta aberta para uma ingerência política no futuro e permitir que os Poderes políticos influenciem o sistema judicial como um todo?

b) Por que não dispor de absolutas barreiras que impeçam a influência sobre os Juízes, se isto poderia ser alcançado pela eliminação das possibilidades de *impeachment* e pela permissão ao Poder Judiciário elaborar suas próprias regras e determinar sua própria jurisdição?

c) Por que permitir que os políticos nomeiem ou selecionem Juízes ou que fixem os orçamentos para os tribunais?

d) Por que depender do Poder Executivo para fazer cumprir as ordens judiciais em vez de, por exemplo, criar uma polícia judiciária?

Ferejohn define posição ao considerar a exposição da história dos EUA na complementação de sua resposta inicialmente baseada nas teorias de interesse. Para Ferejohn as crenças e circunstâncias vividas pela nação norte-americana implicaram em uma configuração específica de proteção judicial. Logo, para o Autor, foram os ajustes pactuados na Convenção de Filadélfia que estabeleceram o sistema peculiar de Juízes independentes dentro de um sistema judiciário dependente.

É verdade que estes compromissos foram alterados por lei ao longo dos anos e de várias maneiras — a Constituição convidou o Congresso para desempenhar um papel na formação da magistratura federal enquanto instituição — mas ele também foi alterado convencionalmente, na medida em que as crenças e as expectativas mudaram no Congresso, nos tribunais e no público em geral.

V. EXPLANAÇÃO HISTÓRICA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Para o Autor as explicações históricas enfocam a criação de tribunais independentes como uma resposta a conflitos políticos específicos e defende que a

incompletude característica de análises estáticas podem ser corrigidas pelo desenvolvimento histórico da independência judicial.

Assim, o ponto de partida de uma abordagem institucional histórica é identificar o problema político cuja aptidão para resolver exigiu o reconhecimento da independência judicial.

Ferejohn apresenta alguns exemplos históricos: a preocupação em toda a Inglaterra do século XVII foi com a dependência dos Juízes ao Rei que gozava de amplos Poder Legislativo, bem como executivo.²⁰ A solução institucional para este conflito foi fornecer aos Juízes ingleses algum grau de proteção "constitucional" através da edição de lei que garantisse que os Juízes serviriam com vitaliciedade desde que mantivessem bom comportamento,²¹ e, mais robustamente, pelas proteções estruturais que colocaram o Poder Legislativo dentro do perfil tripartido da coroa, segundo o modelo Parlamentar inglês.

Esta solução funcionou bastante bem no Reino Unido ao longo do século XVIII, permitindo o desenvolvimento de um sistema judicial extraordinariamente poderoso e independente.²²

Entretanto, para Ferejohn os Juízes coloniais nos EUA mantiveram-se dependentes da coroa durante todo o século XVIII e por esta razão a solução doméstica da Grã-Bretanha não foi aplicada na colônia.

Neste plano histórico, Ferejohn adverte que os longos debates que levaram a ratificação da Constituição norte-americana trataram sobre a ausência de garantia nos julgamentos pelo júri.

Por outro lado, na fase pós-revolucionária da América, com o colapso da autoridade do Poder Executivo durante e após a revolução, a mais profunda preocupação era o que Madison chamava de "*vortex impetuoso*" do Poder Legislativo.²³ A concepção generalizada de governo republicano no século XVIII,

²⁰ See THE STUART CONSTITUTION, 1603-1688: DOCUMENTS AND COMMENTARY 74-77 (J.P. Kenyon ed., 1986).

²¹ See 7 STATUTES OF THE REALM 637 (Dawson of Pall Mall 1963) (1700 & 1701). The Act of Settlement is, of course, only a parliamentary statute that can be abolished or amended by ordinary parliamentary majorities.

²² There is, however, reason to believe that the conditions for judicial Independence in the United Kingdom substantially eroded in the course of the nineteenth century. Following the expansion of the franchise, the development of disciplined programmatic political parties able to organize new voters produced a circumstance in which two-thirds of the Crown-in-Parliament model—the Crown and the House of Lords—collapsed as independent political forces, leaving policymaking wholly concentrated in the House of Commons. Under these circumstances, British judges could hardly be expected to display the kind of autonomy that Mansfield had in the previous century.

²³ See THE FEDERALIST NO. 48, *supra* note 28, at 309.

expressa por Montesquieu e Madison (entre muitos outros), via o legislador como o mais perigoso dos Poderes do governo por causa de seus laços estreitos com o povo.

As experiências das Casas Legislativas estaduais durante a revolução convenceram Madison e os outros Fundadores reunidos na *Philadelphia* destas preocupações que levaram a duas propostas de solução.

Em primeiro lugar, durante a elaboração da estrutura do governo federal houve um acordo geral entre os delegados para que os poderes do Congresso fossem limitados. Muito menos preocupados tiveram os “*Fundadores*” na estipulação de limite ao que se entendia ser um relativamente fraco Executivo e Judiciário. Acreditava-se que as legislaturas estaduais seriam a fonte mais freqüente de normas injustas e perigosas.²⁴ Como Madison argumentou em seu magistral levantamento das Constituições dos Estados no Federalista no. 48 e no Federalista n. 49, o Poder Legislativo era insuficientemente controlado na maioria dos estados.²⁵ Especialmente porque, segundo Madison, os Juízes estaduais eram demasiadamente dependentes de legisladores para impedirem que as legislaturas editassem leis injustas.²⁶

Desta feita, relata Ferejohn, o esquema central de Madison para a nova Constituição foi dar ao Congresso o poder de impor um efeito negativo sobre a legislação do Estado, o que teria transformado o Congresso em uma terceira casa dos legislativos estaduais.

Entretanto, apesar de a maioria dos delegados compartilharem das preocupações de Madison acerca das legislações estaduais, muitos eram menos adeptos da idéia de autorizar o exercício pelo Congresso de um controle negativo sobre a legislação estadual, pois temiam a interferência do Congresso sobre o Estado.

Desta feita, o apoio ao controle negativo do Congresso sobre o Legislativo estadual foi substituído por um método alternativo de contenção dos Estados — , ou

²⁴ The mutability of the laws of the States is found to be a serious evil. The injustice of them has been so frequent and so flagrant as to alarm the most steadfast friends of Republicanism A reform therefore which does not make provision for private rights [as against the States] must be materially defective. Letter from James Madison to Thomas Jefferson (Oct. 24, 1787), in 10 THE PAPERS OF JAMES MADISON, 1787-1788, at 206 (Robert A. Rutland, Charles F. Hobson, William M. E. Rachal & Fredrika J. Teute eds., 1977).

²⁵ See THE FEDERALIST NO. 48, *supra* note 28, at 308; THE FEDERALIST NO. 49, at 313 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961).

²⁶ See *id.*

seja, optou-se pela atribuição de competência aos Tribunais federais no controle da ofensa pelo Estado da autoridade federal — tudo começava a tomar forma.²⁷

Neste sentido, para o Judiciário Federal controlar a legislação estadual, Madison e outros acreditavam que deveria ser criado um sistema de tribunais federais inferiores com poderes para examinar recursos das decisões dos tribunais estaduais. Para este objetivo foi crucial a inclusão da *cláusula de supremacia* no texto constitucional. Além disso, os delegados concordaram em criar um Supremo Tribunal (Supreme Court) e conferir o poder judicial a este órgão e aos tribunais federais criados pelo Congresso. Os Juízes destes novos tribunais, naturalmente, iriam desfrutar das mesmas proteções pessoais garantidas aos membros da Suprema Corte. Assim, os recursos dos Estados seriam apreciados em tribunais independentes.

No entanto, devido à preocupação de parte dos delegados com a intervenção dos tribunais federais nos Estados, os delegados concordaram que o Congresso deveria decidir sobre a criação ou não de outros tribunais federais, bem como sobre a alteração da jurisdição federal de Apelação. Em outras palavras, definiu-se cuidadosamente uma estrutura Constitucional para Juízes federais independentes dentro de um sistema judiciário que dependente de regulamentação do Congresso e esta seria uma das causas históricas.

Ainda, segundo Ferejohn, entre os “*Fundadores*” houve menor preocupação em matéria de ameaça que poderia emanar do Poder Executivo. Na verdade, exceto na exigência de consentimento senatorial para nomeações judiciais, os tribunais permaneceram completamente dependentes ao Executivo para conhecer das questões jurídicas e para o cumprimento de ordens judiciais.²⁸ Tornou-se claro durante os primeiros anos da nova República que os “*Fundadores*” tinham grosseiramente subestimado o poder do Executivo. A ameaça ao Poder Judiciário tornou-se evidente com as tentativas das administrações Adams e Jefferson para controlar a estrutura do Poder judicial.

Decorre deste movimento do Executivo sobre o Judiciário, a afirmação de Ferejohn de que o caso *Marbury v. Madison*,²⁹ enquadrado muitas vezes como triunfo dos tribunais, deveria ser visto apenas como um reconhecimento ao poder de

²⁷ See James S. Liebman & William F. Ryan, “*Some Effectual Power*”: *The Quantity and Quality of Decisionmaking Required of Article III Courts*, 98 COLUM. L. REV. 696 (1998).

²⁸ See THE FEDERALIST NO. 78, at 464-66 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

²⁹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

um Presidente muito popular que visava alterar o funcionamento da estrutura constitucional. Assim, para Ferejohn, os *“Fundadores” falharam na avaliação sobre as possibilidades de interferência do Executivo e da liderança presidencial*³⁰ sobre o Poder Judiciário. O Presidente é mais perigoso para o Poder Judiciário se ele for muito popular, ou seja, quando sua conexão com o povo foi exageradamente forte.

O que Madison e outros tinham desconsiderado foi a possibilidade do Presidente, em vez do legislador, se tornar o principal ramo popular.

VI. CONCLUSÃO

Ferejohn conclui que o sistema americano de Juízes independentes dentro de um sistema judiciário dependente não fornece muita proteção para a independência judicial. Isto porque as proteções previstas para o sistema judiciário, enquanto fundamentalmente políticas, são projetadas para preservar uma ampla latitude para ação judicial, exceto em momentos onde há sério e prolongado desequilíbrio entre o que pensam os Juízes e o que as majorias políticas consideram aceitáveis.

A independência do Poder Judiciário, ao contrário da dos Juízes individuais, depende da "vontade" dos ramos populares do governo que devem evitar o uso de seus amplos poderes de interferência no Poder Judiciário.

Por seu turno, a diversidade e heterogeneidade dos partidos políticos americanos torna difícil a formação de majorias constitucionais com envergadura suficiente para violar a competência judiciária.

Para Ferejohn, por vezes e por razões externas à ação judicial há momentos de unidade e disciplina partidária, consubstanciando tempos perigosos para o sistema judicial. Assim, por uma questão prática, o sistema judicial parece ser bastante independente, apesar de constitucionalmente ser vulnerável aos caprichos dos demais Poderes.

Ferejohn expõe que em circunstâncias políticas normais, o Congresso e o Presidente agem com bastante deferência para com o Poder Judiciário.

Para Ferejohn é importante reconhecer que esta aparência pode ser enganosa ao existir a possibilidade de ameaça institucional. Nesta hipótese o Congresso pode fatar a jurisdição dos Tribunais federais, suprimir alguns Tribunais inferiores ou

³⁰ See Albert W. Alschuler & Andrew G. Deiss, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, 61 U. CHI. L. REV. 867, 909 (1994).

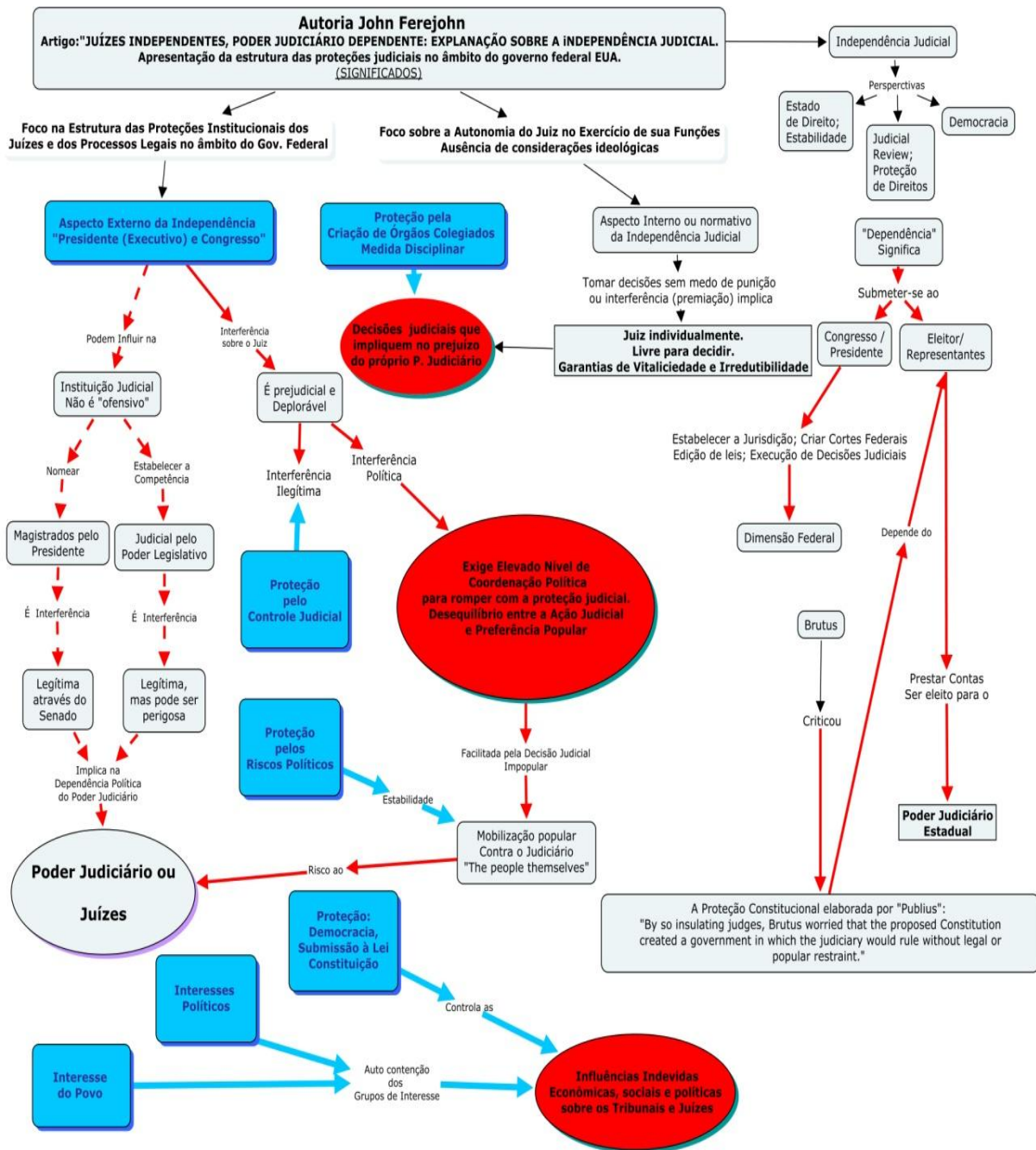
reduzir orçamentos judiciais. Na verdade, o Congresso também pode reduzir os requisitos para a destituição pelo *impeachment* e é por isto que o John Ferejohn conclui que a segurança judicial na prática depende inteiramente dos caprichos dos ramos populares.

Nesta visão de vulnerabilidade estrutural do Poder Judiciário, Ferejohn indaga ao final: por que a história registra tão poucos esforços sérios de interferência no Poder Judiciário? Para Ferejohn as razões são as seguintes: em circunstâncias normais as decisões do Poder Judiciário não se afastam das preferências políticas, registra o Autor que há constância nas decisões judiciais e, igualmente, pouca alteração de Juízes nas Cortes Federais, especialmente nas Cortes superiores, além destes fatores, o respeito aos valores legais de estabilidade e previsibilidade somados trabalham para tornar a evolução doutrinária muito lenta na maioria das áreas do direito, contribuindo para o baixo índice de interferências no Poder Judiciário.

Sob a feição da instabilidade, Ferejohn adverte que uma mudança eleitoral intensa e repentina pode desfigurar o panorama político e, quando isso ocorre, o Poder Judiciário pode ficar vulnerável à intervenção política. Os Poderes populares podem tentar impelir o Judiciário na alteração de entendimentos de casos controversos, tentar alterar a posição jurisdicional pela nomeação para os Tribunais de Juízes mais simpáticos, ou mesmo promover o processo de *impeachment* de Juízes.

Uma tentativa do Congresso para alinhar a Justiça federal como um todo às preferências populares seria na visão de Ferejohn atribuir a um Tribunal a competência para regular o comportamento de outros. Adverte Ferejohn que este modo de agir pode ser voluntariamente exercido pela Magistratura superior, mediante a criação de doutrina com a finalidade de regular as Cortes Federais inferiores. Um exemplo recente foi o esforço da Suprema Corte para limitar os recursos de habeas.³¹

³¹ See William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE L.J. 331 (1991). See also *Teague v. Lane*, 439 U.S. 288 (1989); *Wainwright v. Sykes*, 433 U.S. 72 (1977). However these crises are resolved, the resolution tends to restore a circumstance of equilibrium between judicial action and popular preferences. Whether the new political majority loses popular support by overreaching itself, or the courts shift their behavior in such a way that it becomes acceptable to the other branches, it will no longer be possible to find majorities to produce further changes in political behavior. Either way, the pattern of court decisions will be within acceptable political bounds of not provoking the formation of a sufficiently large majority to threaten judicial independence. Once equilibrium is restored, the stabilizing forces alluded to previously will tend to preserve it for a relatively long period of time. U.S. 72 (1977); *Wainwright v. Stone*, 414 U.S. 21 (1973).



O Texto esclarece que o sistema norte-americano de Juizes independentes em um Poder Judiciário dependente não é imune a tensões.

Historicamente, a independência judicial se resumia na limitada perspectiva da pessoa do juiz — exercício vitalício do cargo (sem limite de idade) e na proibição do Congresso reduzir o salário.

Entretanto, diferentemente da independência dos Juizes, a independência do Judiciário é função da "boa vontade" dos "popular branches". Assim, "all things considered" o sistema americano não assegura a independência do Poder Judiciário que na verdade é dependente de iniciativas políticas.

Não é fácil discernir a tênue linha que separa as formas apropriadas de dependência judicial das inapropriadas interferências dos Poderes Executivo e Legislativo no Poder Judiciário.

Em circunstâncias normais, o Congresso e o Presidente demonstram extensiva deferência com o Poder Judiciário. Contudo, em alguns momentos de instabilidade o Judiciário fica vulnerável frente ao Poder Legislativo devido a proximidade deste último com o povo ("impetuous vortex"). Por esta razão, o posicionamento de Madison indicava o Poder Legislativo e não o Executivo como o mais perigoso dos poderes.

Entende o FEREJOHN que as proteções previstas para o Judiciário, mesmo que fundamentalmente políticas, foram desenhadas para preservar larga área de atuação judicial. Salvo nas hipóteses de graves desequilíbrios entre o entendimento judicial e aquele considerado aceitável pela maioria política. Neste sentido, a independência judicial é tanto mais vulnerável quanto maior o apoio popular e o grau de coordenação política alcançado.

Desta forma, a dificuldade de formação de maiorias coordenadas é uma das proteções do Poder Judiciário.

Por fim, o equilíbrio do modelo americano é mantido porque a atuação judicial em situações de normalidade não é em regra discrepante das preferências políticas traçadas pelos Poderes eleitos.