

Ritter: O Judiciário dos EUA nos escritos dos Founding Fathers

A obra "*The Federalist — a Commentary on the Constitution of the United States — a Collection of Essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison*" [1], de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay [2], trata-se, como o próprio nome intui, de um ensaio sobre a Constituição Federal norte-americana, prévio à sua aprovação, em 1788 (pelo menos nove das 13 colônias britânicas [3] tinham de ratificá-la, conforme estabelecido no seu artigo 7º), composto de 85 artigos [4], publicados originariamente em diversos jornais de Nova York, iniciando no *Independent Journal*, em 27 de outubro de 1787, voltados a influenciar os votantes desse estado a ratificá-la, e com ampla repercussão no país, sendo considerado



O ideal de defesa da Constituição refletido nesses artigos

corresponde à vitória da razão humana sobre o acaso e a força — como defendia Hamilton — e, mais especificamente, à capacidade de unificação do país em torno de ideias comuns, com instituições distintas voltadas a concretizá-las e protegê-las; simbolizando uma forma de representação de uma identidade nacional.

Como todo pacto político de grande estatura, entretanto, também este enfrentou dura oposição, tendo sido disseminado pelos seus críticos (denominados "antifederalistas") que a Constituição era uma "*conspiração contra as liberdades do povo*" (John Lansing) e que "*os criadores da Constituições queriam monopolizar o poder*" (Amos Singletary), o que colocava em xeque a aprovação do texto constitucional e exigia resposta articulada.

Daí a instalação, no país, até a referida ratificação, daquilo que atualmente se conhece por "grande discussão nacional", um debate entre aqueles favoráveis ao texto constitucional e aqueles que o reprovavam — esses partidários do *status quo* pós-declaração de independência, de uma *con* federação (ou seja, uma união de estados independentes e soberanos), em detrimento de uma nova federação regida fundamentalmente por uma única Constituição, com novos ideais.



Tratando-se a criação de um Poder Judiciário central de um dos pilares do novo projeto de governo, importante compreender o seu papel conforme a perspectiva histórica dos seus idealizadores e defensores, expressada fundamentalmente no artigo LXXVIII dos denominados artigos federalistas [5], no qual se aprofunda a utilidade e necessidade do novo judiciário federal, estabelecendo-se as bases de seu funcionamento e compatibilização com os demais poderes [6].

Tal, publicado originariamente, repita-se, nos jornais nova-iorquinos, expõe, em suma, a utilidade da criação de uma judicatura federal centralizada e pontua aspectos pertinentes ao seu funcionamento e organização, mais especificamente: 1) o modo de designar juízes; 2) as condições em que deterão seus postos; e 3) a partilha da autoridade judiciária entre diferentes tribunais e suas relações mútuas.

Em especial, os argumentos desenvolvidos concernem ao tempo de permanência no cargo, a remuneração e responsabilidades inerentes à função, e o critério do "bom comportamento" para a permanência e vitaliciedade no cargo, garantia considerada indispensável para o exercício independente e imparcial da função em relação a interferências dos demais poderes, de modo a viabilizar uma *"administração das leis equilibrada, íntegra e imparcial"* [7].

Pensado como um poder voltado à correta interpretação das leis e não mais do que isso, sustenta-se que o Judiciário será sempre o poder *"menos perigoso para os direitos políticos da Constituição por ser o menos capaz de transgredi-los e violá-los"* [8], já que não detém ou controla nem a espada da comunidade, segurada pelo Executivo, nem a bolsa, a encargo do Legislativo, que inclusive prescreve as regras, deveres e direitos de coexistência dos cidadãos.

Assim, pouco se poderia esperar desse poder em particular — o qual até mesmo dependeria do executivo para cumprimento de suas decisões — devendo-se defendê-lo tanto quanto possível de ataques dos demais, em face de sua visível fragilidade, a fim de preservar a separação essencial entre os mesmos.

A independência dos tribunais é reiteradamente afirmada como fundamental para o *controle sobretudo dos atos do legislativo* que possam atentar ao sentido manifesto da Constituição, a exemplo da perda de direitos civis, entre outros, os quais devem ser declarados nulos, sob pena de esvaziá-la de sentido.

Tal prerrogativa, porém, não deveria significar superioridade em relação ao legislativo, como interpretada por àqueles contrários à instituição do judiciário federal. Apenas, haveria de se compreender que a Constituição se trata de *lei fundamental*, não podendo ser violada por representantes temporários do povo. Do contrário, o outorgado tornar-se-ia maior que o outorgante, ou seja, os representantes do povo tornar-se-iam superiores ao próprio povo, podendo fazer não apenas àquilo que os poderes que lhe foram confiados autorizam, mas também o que proíbem. Se há superioridade, portanto, é esta a do povo, expressa na Constituição.

Ademais, não havendo previsão na Constituição de que os membros do legislativo fossem eles próprios os juízes de seus poderes, tal não poderia ser presumido, sob pena de se permitir equivocadamente aos representantes do povo que substituam a vontade de seus eleitores por vontade própria, quando pessoalmente interessar.



Daí a conclusão de que deveria incumbir aos tribunais o papel de intermediar o povo e o Legislativo, a fim de *"manter este último dentro dos limites atribuídos ao seu poder"* [9], fiscalizando os atos particulares do Legislativo (leis em geral), de modo a verificar suas respectivas compatibilidades com o sentido da Constituição. *Os tribunais, contudo, deveriam apenas especificar o sentido da lei ao interpretá-la, sem pretender substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos.*

Por fim, em resposta às críticas mais ferozes, adverte-se que é perfeitamente legítimo o direito do povo de alterar ou até mesmo abolir a Constituição vigente por incompatibilidade com a própria felicidade. No entanto, isso somente haveria de ser feito de forma solene e oficial, devendo todos permanecerem submetidos à Constituição então estabelecida até que isso ocorresse. Uma maior formalidade nesse sentido obstaculizaria que inclinações momentâneas prevalecessem sobre os dispositivos constitucionais sem a devida reflexão.

Para viabilizar o cumprimento desse importante papel de guardião da Constituição — sem a espada e a bolsa —, o mínimo a se conferir ao Judiciário, portanto, era a vitaliciedade de seus membros, de modo a garantir-lhes a independência necessária para desempenho de suas funções. Mandatos temporários e designações periódicas, independentemente da forma como fossem reguladas e por qual poder (Executivo ou Legislativo), imporiam o risco fatal de complacência com quem possuísse tal prerrogativa, além de exacerbar a tentação de atuações conforme certas expectativas populares em detrimento da devida e imparcial interpretação dos dispositivos constitucionais nas decisões. Sem mencionar a natureza das qualificações exigidas para a função, especialmente o *"longo e laborioso estudo"* [10] a ser dispensado aos precedentes e às leis, tarefa árdua e que desestimularia pessoas competentes a querer desempenhá-la diante de permanências temporárias no cargo.

Tamanha a força das ideias lançadas nestas breves linhas escritas para persuadir a ratificação do texto constitucional e a criação de um Judiciário federal, que anos depois de aprovada a Constituição e formada a Suprema Corte Federal, a cúpula do Judiciário norte-americano, no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado sob a presidência do *justice* Marshall, ao apreciar indiretamente a constitucionalidade de um dispositivo de uma lei ordinária — sem previsão expressa na lei fundamental —, ratificou as ideias expressadas no artigo federalista em questão, consolidando a Constituição como norma superior às demais a exigir constante tutela judicial, dando origem ao que posteriormente ficou conhecido como *judicial review*, a supremacia do controle de constitucionalidade das normas e de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário [11].

Uma vez elevada a Constituição à norma suprema, foi expressamente atribuído ao Poder Judiciário o dever de impor consequências concretas às normas que a desafiem, anulando-as em prol da lei fundamental, cabendo à própria Suprema Corte a última palavra a esse respeito.



Sem a pretensão de examinar a contemporaneidade dos argumentos apresentados em prol da aprovação da Constituição e, em especial, da criação do Judiciário federal estadunidense — nem tampouco fazê-lo com enfoque voltado à realidade brasileira —, fato é que desde a sua instituição, no século 18, seu papel e respectivos limites foram problematizados de forma crítica nos Estados Unidos, *prevalecendo o ideal de constante vigilância da lei fundamental, vedada a substituição da intenção constitucional do legislativo pelos desejos pessoais dos seus fiscais*.

Por certo, mais de 200 anos depois, com o crescente protagonismo da Suprema Corte Federal em relação aos demais poderes, *no mínimo superada* a imaginada "fragilidade" do "poder que não detém nem a espada e nem a bolsa" (sic) e depende dos demais para se concretizar.

[1] Publicada em língua portuguesa sob o título "Os Artigos Federalistas. 1787-1788".

[2] Considerados, dentre outros, pela participação na redação da Constituição dos EUA, como "Pais Fundadores dos Estados Unidos"; tendo Hamilton liderado a facção favorável a um governo central forte em detrimento do poder dos Estados no pós-independência e posteriormente sido nomeado secretário do tesouro do governo de George Washington; Madison sido intitulado pai da Constituição dos EUA e duas vezes presidente do país; e Jay o primeiro presidente da Suprema Corte.

[3] Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Geórgia, Rhode Island, Massachusetts, Maryland, New Hampshire, Nova York, Nova Jersey, Pensilvânia e Virginia.

[4] Os denominados "artigos federalistas".

[5] Nos demais artigos específicos para o Judiciário federal (LXXIX até LXXXIII), em resumo, os aspectos principais abordados são a remuneração dos magistrados, a organização interna/externa dos tribunais e a divisão de competências com as cortes estaduais pré-existentes.

[6] MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist – a commentary on the Constitution of the United States – a collection of essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison. Edited by John Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co, 1864. p. 574-582.

[7] MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist – a commentary on the Constitution of the United States – a collection of essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison. Edited by John Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co, 1864. p. 575.

[8] MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist – a commentary on the



Constitution of the United States – a collection of essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison. Edited by John Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co, 1864. p. 575.

[9] MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist – a commentary on the Constitution of the United States – a collection of essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison. Edited by John Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co, 1864. p. 577.

[10] MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist – a commentary on the Constitution of the United States – a collection of essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison. Edited by John Hamilton. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co, 1864. p. 582.

[11] "It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty." (SUPREME COURT OF UNITED STATES. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 3/2/2022).

Date Created

08/02/2022