

O JUDICIAL REVIEW NA PERSPECTIVA DA “GERAÇÃO FUNDADORA” E A AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

(*Judicial Review in the light of the Founders and the path towards judicial supremacy in the United States*)

Marianna Montebello Willeman*

Sumário: 1. Introdução; 2. Teorias Intermediárias sobre a Guarda da Constituição: Constitucionalismo Popular, *Weak judicial review* e departamentalismo; 3. O *Judicial review* da “Geração Fundadora” não Implicava Supremacia Judicial; 4. A Trajetória de Afirmação da Supremacia Judicial: Algumas Possíveis Compreensões; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

A recuperação histórica usualmente realizada quando se estuda a temática do controle de constitucionalidade remonta ao emblemático precedente *Marbury v. Madison*¹, decisão na qual, por meio da argumentação desenvolvida pelo *Chief Justice* Marshall, a Suprema Corte norte-americana teria afirmado a sua própria autoridade para invalidar leis que conflitem com a Constituição². De fato, especialmente ao longo do século XX, difundiu-se a concepção de que aquele precedente, ao asseverar ser “enfaticamente competência e dever do Poder Judiciário definir o sentido das leis”³, teria reconhecido a Corte como a suprema guardiã da Constituição⁴, fixando as bases fundamentais para aquilo que hoje se conhece como supremacia judicial.

Embora esse precedente seja consensualmente identificado como o mais famoso caso constitucional de todos os tempos, e se atribua ao *Chief Justice* Marshall

* Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora de Jurisdição Constitucional e Direito Administrativo na PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

¹ 5 U.S. 137 (1803).

² Atualmente, existe uma literatura bastante importante nos Estados Unidos que questiona o conhecimento convencionalmente aceito de que *Marbury v. Madison* seria a pedra fundadora do *judicial review*. Para uma análise mais aprofundada da tese revisionista, confira-se, por todos: KLARMAN, Michael J. *How great were the “great” Marshall court decisions?* Virginia Law Review, vol. 87, n. 06, oct./2011, pp. 1.111 - 1.184. Disponível em: Acesso em: 10 de junho de 2013.

³ 5 U.S. 137 (1803). Tradução livre da autora para um dos trechos mais citados e controvertidos da decisão adotada em *Marbury v. Madison*. No original: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”.

⁴ Esse (auto)reconhecimento foi explicitado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1958, ao decidir o caso *Cooper v. Aaron* (358 U.S. 1).

a construção prática do *judicial review*, há um dado histórico relevante que tem sido comparativamente pouco explorado: em *Marbury v. Madison*, Marshall simplesmente reproduziu a tese hamiltoniana a respeito do Poder Judiciário e de sua atribuição para velar pela superioridade da Constituição.

Com efeito, a elaboração teórica subjacente à formulação de *Marshall* a respeito do *judicial review* encontra-se integralmente delineada no Federalista n. 78, em artigo de autoria de Alexander Hamilton. E, em verdade, não apenas Hamilton, mas vários integrantes da chamada “geração fundadora” dos Estados Unidos preocuparam-se com o tema e a ele dedicaram seu pensamento, com especial destaque para Thomas Jefferson e James Madison.

Ao longo desses mais de duzentos anos desde sua exposição original, o *judicial review* nos Estados Unidos acabou se convertendo em uma teoria que reconhece a supremacia judicial na interpretação constitucional, identificando o Poder Judiciário como aquele que dita a “última palavra”. Ou seja, reconhece-se uma autoridade exclusiva e final do Judiciário em matéria constitucional, gerando a perplexidade democrática bem condensada na chamada “dificuldade contramajoritária” cunhada por Alexander Bickel⁵.

Como se sabe, essa anomalia democrática do *judicial review* tem resultado na elaboração de diversas teorias que ora justificam e sustentam a primazia do Poder Judiciário como autoridade interpretativa, ora desafiam essa concepção e propõem alternativas como a supremacia parlamentar⁶. Há, ainda, teorias intermediárias, as quais não chegam a recusar o *judicial review*, mas buscam mecanismos para suavizá-lo ou para minimizar a centralidade das instâncias judiciais, destacando-se, nesse contexto, (i) o constitucionalismo popular; (ii) o *weak judicial review*; e (iii) o departamentalismo.

O objetivo do presente trabalho não é revisitar tais teorias. O que se pretende realizar neste ensaio é, em um primeiro momento, o resgate histórico da fundação do *judicial review* a partir de marco distinto daquele que usualmente se adota: ao invés de examinar o célebre julgado, serão expostas a teoria federalista que o precedeu e o pensamento de dois líderes políticos da época, James Madison e Thomas Jefferson. Em seguida, buscar-se-á identificar se os caminhos trilhados pelos “fundadores” de fato forneceram o arcabouço teórico que justifica uma trajetória de adesão à supremacia judicial.

A esse respeito, cabe antecipar que a resposta parece ser negativa. Na verdade, o exame da abordagem realizada pelos grandes pensadores da “geração fundadora” dos

⁵ Segundo Bickel, “(...) when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, mystic overtones, is what actually happens. (...) and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.” (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986, p. 16/17).

⁶ Em defesa da supremacia parlamentar, confira-se a obra de Jeremy Waldron e sua tese central no sentido de que o *judicial review* é inapropriado em uma sociedade livre e democrática. (WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.93-157).

Estados Unidos sugere adoção de posturas que são muito mais próximas das teorias intermediárias do que da aceitação de uma supremacia judicial. Essa hipótese tem sido defendida por alguns importantes nomes do constitucionalismo contemporâneo norte-americano, cabendo destacar, nesse cenário, as obras de Larry Kramer e de Keith Whittington.

Após traçar muito brevemente o panorama geral do debate contemporâneo em torno das teorias intermediárias sobre o *judicial review* – o que será feito de maneira tangencial, sem pretensão exaustiva –, o ensaio buscará salientar os pontos de contato entre as formulações dos *Founding Fathers* e as denominadas teorias intermediárias. Ao final, o artigo tentará identificar como uma teoria inicialmente conciliadora – e, nesse ponto, plenamente coerente com a premissa da divisão de poderes departamentais concebida pelos federalistas – acabou culminando, especialmente ao longo do século XX, com o reconhecimento de uma autoridade suprema, exclusiva e final dos órgãos judiciais para a definição do sentido e do alcance da Constituição.

2. Teorias Intermediárias sobre a Guarda da Constituição: Constitucionalismo Popular, *Weak Judicial Review* e Departamentalismo

A temática da guarda da Constituição e de quem tem ou deve ter a “última palavra” a respeito do seu sentido e alcance é tradicionalmente abordada a partir de dois eixos contrapostos: (i) ou aceita-se a supremacia judicial e, com isso, reconhece-se a autoridade suprema e final do Judiciário em matéria constitucional; (ii) ou perfilha-se o sistema britânico de supremacia legislativa, recusando-se ao Poder Judiciário competência para apreciar a validade das leis e demais atos do poder público em face da Constituição.

Essa aproximação binária ao tema tem recebido, contemporaneamente, a interlocução de teorias intermediárias que desafiam a concepção predominante de supremacia judicial, sem, contudo, rejeitar o *judicial review*. São teorias que recusam a ideia de que *judicial review* significa, necessariamente, supremacia das Cortes de Justiça e, nesse sentido, atribuem ao Poder Judiciário um papel privilegiado na interpretação constitucional, mas não um papel supremo, infalível e conclusivo.

Essas teorias intermediárias compartilham preocupação com a função privilegiada exercida pelo Judiciário em questões constitucionais e buscam caminhos para recuperar o espaço das instâncias políticas. São concepções que se preocupam fortemente com a proeminência da atuação judicial em detrimento dos demais poderes orgânicos e que, portanto, oferecem alternativas que não pretendem a eliminação da revisão judicial, mas que aspiram assegurar a outras instâncias decisórias posição mais relevante do que a ocupada atualmente.

Com a finalidade de melhor sistematizar o assunto, essas teorias intermediárias serão abordadas a partir da seguinte categorização: (i) constitucionalismo popular; (ii) *weak judicial review*; e (iii) departamentalismo.

O constitucionalismo popular norte-americano tem se apresentado na última década como o grande oponente da doutrina da supremacia judicial, desafiando a

concepção de que os juízes são os intérpretes últimos e definitivos da Constituição. Embora existam especificidades no pensamento dos diversos autores que se filiam a esse movimento, o traço comum de sua doutrina reside na desconfiança dirigida à interpretação elitista e expertocrata dos juízes e, portanto, no desejo de diminuir o papel do Judiciário na interpretação constitucional.

As duas versões mais influentes do constitucionalismo popular foram oferecidas por Mark Tushnet e Larry Kramer, cujos trabalhos expressam claramente a preocupação de se minimizar a intervenção das instâncias judiciais na definição do significado constitucional.

Mark Tushnet chegou a considerar, inicialmente, a necessidade de se “retirar a Constituição das mãos das Cortes Judiciais”, uma vez que o intérprete mais autorizado e legitimado do sentido constitucional é o próprio povo, que realiza essa tarefa por meio de suas instâncias de representação. Assim, o autor sustentou a própria eliminação do *judicial review* a partir do desenvolvimento de argumentos segundo os quais o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público seria desnecessário e indesejado, produzindo malefícios para a democracia norte-americana⁷.

Essa posição bastante extrema e radical veio a sofrer, posteriormente, alguns temperamentos, dedicando-se Tushnet, em trabalhos mais recentes, a marcar uma posição a favor de fórmulas alternativas e moderadas para o exercício da jurisdição constitucional. Assim, ao invés de reforçar sua aversão ao *judicial review*, Tushnet passou a enfatizar a possibilidade de exercício de controle judicial de constitucionalidade sem que isso importe adesão à supremacia judicial. Daí a sua famosa proposta no sentido do desenvolvimento de um *weak judicial review*, que parte da ideia central de fornecer mecanismos mais ágeis e eficazes para que os diversos atores sociais e políticos possam responder a decisões judiciais que considerem equivocadas.

Larry D. Kramer é outro autor que se junta a Tushnet em defesa de um constitucionalismo popular, reservando papel central à interpretação extrajudicial da Constituição, protagonizada, em especial, pela cidadania. O autor opõe-se à supremacia judicial por meio da construção de uma teoria que pretende que o *the people themselves* seja o árbitro final dos conflitos constitucionais. Nessa linha de pensamento:

A suposição de que a autoridade final interpretativa deve ser exercida por alguma esfera de poder pertence à cultura da legislação ordinária, não à cultura do constitucionalismo popular. No mundo do constitucionalismo popular, oficiais do governo são regulados, e não os reguladores, e a autoridade final interpretativa repousa no “*the people themselves*”. Logo, Madison, Jefferson e seus seguidores não tinham qualquer

⁷ Nessa linha de raciocínio, Mark Tushnet enfatiza que a Suprema Corte frequentemente produz decisões equivocadas e que, quando tais equívocos incidem em matéria constitucional, a sua reversão é praticamente impossível (*Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999).

dificuldade em explicar como os conflitos constitucionais seriam finalmente resolvidos: eles seriam decididos pelo povo⁸.

A rica e profunda análise histórica empreendida por Kramer em sua obra visa a demonstrar que a formação constitucional norte-americana, em sua construção teórica inicial, não fornece suporte para uma trajetória de adesão à supremacia judicial. Ao abordar o Federalista n. 78, Kramer até reconhece que Hamilton valeu-se de expressões bastante enfáticas para a época, como, por exemplo, quando assenta que os limites constitucionais não poderiam ser preservados *senão* por intermédio das Cortes de Justiça. Mas, mesmo consentindo que Hamilton atribuía aos juízes e tribunais papel de relevo, Kramer argumenta com veemência que seus escritos são absolutamente compatíveis com o constitucionalismo popular e que, em verdade, Hamilton pretendia tão somente integrar o Poder Judiciário no processo de interpretação constitucional (integração esta que, conforme o próprio Kramer reconhece, estaria muito próxima da posição departamentalista amplamente difundida à época)⁹.

É importante registrar, porém, que, à semelhança dos escritos mais recentes de Tushnet, Kramer não advoga a necessidade de eliminação dos mecanismos de controle de constitucionalidade. O autor não rejeita a revisão judicial em si, mas sim a exclusividade e a definitividade da interpretação judicial. Tanto assim que a sua principal obra, no epílogo, anuncia o que pode ser compreendido como a conclusão do seu projeto: *judicial review* sem supremacia judicial. E, mais do que isso: o autor chega a identificar a fórmula europeia de estabelecimento de Tribunais Constitucionais politicamente responsivos como um mecanismo “sensato” para o manejo dos problemas decorrentes do controle de constitucionalidade¹⁰.

⁸ Tradução livre da autora. No original: “*The assumption that final interpretative authority must rest with some branch of the government belongs to the culture of ordinary law, not to the culture of popular constitutionalism. In a world of popular constitutionalism, government officials are the regulated, not the regulators, and final interpretive authority rests with the people themselves. Hence, Madison, Jefferson, and their supporters had no difficulty whatsoever explaining how constitutional conflicts would finally be resolved: they would be decided by the people*”. (*The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 107)

⁹ KRÄMER, Larry D. Obra citada, p. 78-80. O autor sublinha que Hamilton realmente desenhou o argumento para o *judicial review*, mas lembra que o Federalista n. 78 não pode ser lido de forma dissociada de seu objetivo, que era refutar as acusações feitas pelos Antifederalistas (*Brutus's Papers*) quanto à amplitude e a profundidade dos poderes que a Constituição estaria atribuindo ao Poder Judiciário.

¹⁰ Segundo o autor: “*The nations of modern Europe have found more sensible ways to handle this problem of control. Recognizing that constitutional enforcement is not and never could be like ordinary legal interpretation, the post-World War II constitutions of Europe established special courts, not part of the ordinary legal system, whose sole function is to review constitutional questions. Given the high political station these courts occupy, additional safeguards were added to ensure appropriate level of political accountability without needlessly compromising judicial independence. Appointment to the bench thus typically requires a supermajority in one or both houses of the legislature, guaranteeing that constitutional courts have a mainstream ideology, while judges serve terms that are limited and staggered to ensure a regular turnover. In addition, the constitutions themselves are more easily amendable than ours. The combined effect of these innovations is to relieve the pressure a doctrine of supremacy creates by reducing the likelihood of serious breaches between the constitutional court and the other branches of government, and by making political correctives easier to implement when*

Como se pode imaginar, o constitucionalismo popular gera grandes perplexidades e suscita reações das mais variadas intensidades. Uma crítica fortemente dirigida à linha teórica, por exemplo, salienta a ausência de clareza em relação às propostas efetivamente endossadas pelo movimento. Demais disso, opositores do constitucionalismo popular identificam um certo romantismo que, em sua concepção, estaria a permear a doutrina popular e que partiria da premissa de que se deve confiar no povo (por meio de suas instâncias representativas) para se avançar em matéria de valores constitucionais. Essa concepção, porém, desconsidera que a proteção das minorias e de seus direitos não pode ficar na dependência das maiorias. Por fim, estima-se que os constitucionalistas populares supervalorizam as potencialidades de adesão voluntária à interpretação popular por parte das demais instâncias de poder e, ao mesmo tempo, negligenciam os benefícios e os progressos decorrentes da revisão judicial¹¹.

É quase intuitivo que, em decorrência das próprias dificuldades operacionais para sua implementação, associado a uma trajetória de supremacia judicial bastante arraigada na comunidade norte-americana, o constitucionalismo popular, embora teoricamente bastante atrativo, tenha pouca ressonância prática. Não surpreende, portanto, que suas premissas teóricas tenham impulsionado o desenvolvimento de elaborações institucionalmente mais sofisticadas e, ao mesmo tempo, menos audaciosas do ponto de vista prático.

Assim, Mark Tushnet, que inicialmente liderou um movimento de eliminação do *judicial review*, revisitou o tema e reconsiderou sua posição, assumindo postura de defesa de sistemas que ele próprio veio a denominar de *weak judicial review*, em oposição ao sistema norte-americano de *strong judicial review*. Eis a diferença principal entre os modelos forte e fraco de revisão judicial, nos termos identificados pelo autor:

No sistema *strong-form* como aquele adotado pelos Estados Unidos, a distinção entre a execução judicial das limitações constitucionais e o autogoverno democrático é óbvia. O povo tem poucos recursos quando as cortes interpretam a Constituição de forma razoável, mas que, na visão alternativa também razoável da maioria, é equivocada. Nós podemos emendar a Constituição ou esperar que juízes se aposentem ou que venham a falecer e substituí-los por juízes que tenham uma visão melhor daquilo que a Constituição significa. Sistemas *weak-form* prometem reduzir a tensão entre o controle de constitucionalidade e o autogoverno democrático. A ideia básica é simples: providenciar mecanismos para que o povo possa responder a decisões que ele

breaches occur. Partly as a result, constitutional courts in Europe have managed successfully to mimic American activism without the same controversy, though recent developments suggest that European judges, too, may be approaching the limits of their authority". (Obra citada, p. 249).

¹¹ Para uma visão bastante crítica do constitucionalismo popular, confira-se: CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*. 92 Cal. L. Rev. 1013 (2004). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/2>. Acesso em 09 de abril de 2013.

razoavelmente considera equivocadas de forma mais ágil do que o processo de emenda ou de substituição de magistrados. (...) Nos sistemas *weak-form*, a interpretação judicial das previsões constitucionais pode ser revisada em relativo curto prazo pela legislatura por meio de processo decisório que não se diferencia muito daquele utilizado no processo legislativo rotineiro¹².

À semelhança do constitucionalismo popular, sistemas de *weak judicial review* oferecem resistência à supremacia judicial, mas não rejeitam o controle judicial de constitucionalidade. Além disso, trazem um avanço importante, na medida em que formulam arranjos institucionais que podem efetivamente contribuir para que essa resistência seja operacionalizada na prática. Em outras palavras, de acordo com o sistema do *weak judicial review*, a interpretação constitucional empreendida pelas Cortes de Justiça merece elevado respeito e ostenta inegável relevância, mas pode eventualmente ser superada ou rejeitada pelo Legislativo. Assim, o eixo central dos denominados modelos "fracos" de revisão judicial repousa na confiança de que as limitações constitucionais podem ser observadas sem que uma instância de poder detenha a palavra final e exclusiva a respeito do sentido constitucional¹³.

¹² Tradução livre da autora. No original: "Under a strong-form system like that emerging from the U. S. Supreme Court's decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-government is obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in the reasonable alternative view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution mean. Weak-systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than constitutional amendment or judicial appointment processes. (...) in weak-forms systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short-term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process". (*Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, pp. 22-24).

¹³ A etiqueta *weak judicial review* tem sido utilizada para identificar sistemas de revisão judicial da produção legislativa adotados por diversos ordenamentos jurídicos em claro distanciamento da fórmula juriscêntrica norte-americana. Nesse contexto, o modelo adotado em 1982 pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é usualmente apontado como construção que vislumbra a possibilidade de o parlamento impor-se perante o judiciário em matéria de interpretação de direitos fundamentais com *status* de lei suprema. Trata-se da disposição contida na Seção 33 da Carta Canadense – conhecida como *notwithstanding clause* ou "cláusula não obstante" – que expressamente rejeita a característica peculiar dos modelos inspirados no constitucionalismo norte-americano de que a decisão do Poder Judiciário é final e não tem como ser revertida ordinariamente pelo Legislativo. De acordo com a mencionada cláusula "não obstante", o Parlamento ou o Legislativo de uma província pode simplesmente recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial, imunizando-a pelo prazo inicial de cinco anos, passível de renovação pelas legislaturas subsequentes. Além disso, em conjugação com a Seção 1 da Carta, cria-se uma espécie de "válvula de escape constitucional" considerada importante para se superar o déficit democrático da revisão judicial, permitindo que o Poder Legislativo corrija decisões emanadas das cortes judiciais com as quais não esteja de acordo. Além do modelo canadense – que já se encontra bem difundido no pensamento constitucional contemporâneo – notícia Stephen Gardbaum que também "a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que

Por fim, como terceira teoria intermediária entre os modelos de supremacia legislativa e supremacia judicial, pode-se resgatar o departamentalismo, elaboração teórica que muito se identifica com o pensamento constitucional predominante dentre os “Pais Fundadores”.

Embora o departamentalismo tenha sido fortemente associado ao constitucionalismo popular¹⁴, existe uma diferença fundamental que distancia as duas concepções: o departamentalismo não atribui ao “*the people themselves*” a autoridade interpretativa final da Constituição, mas, inversamente, reconhece que todos os departamentos governamentais – ou seja, os três Poderes orgânicos do Estado – possuem igual autoridade decisória sobre matéria constitucional, cada um ditando a “palavra final” dentro da sua própria esfera de competência¹⁵. Ou seja, na linha da observação feita por James Bradley Thayer em 1893, para o departamentalismo, cada uma das três instâncias de poder possui autoridade independente e coordenada para interpretar a Constituição¹⁶.

Dessa forma, diante de cada questão que seja colocada à apreciação do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, a cada um desses “departamentos” caberá proceder de acordo com a sua própria interpretação da Constituição, de maneira independente da posição assumida pelos demais poderes. A *ratio* subjacente ao departamentalismo é precisamente a igualdade e a independência entre as instâncias de poder orgânico, de forma que cada uma delas encontra-se vinculada pela Constituição

se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um pólo para o outro. De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra”. (O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.159-221).

¹⁴ Nesse sentido: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*. Faculty Scholarship Series, paper 178, 2004. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178. Acesso em 07 de junho de 2013. Segundo os autores, “*If Congress and the President are equated in this way with popular sovereignty, popular constitutionalism can be understood to entail a stringent form of departmentalism, which is the view that each of the three branches of the federal government possesses independent and co-ordinate authority to interpret the Constitution*”.

¹⁵ Uma visão departamentalista pode ser reconhecida na obra de Keith Whittington, especialmente quando adverte que, em uma democracia, a Constituição é importante demais para ser deixada nas mãos apenas do Judiciário e, exatamente por isso, parte em defesa de uma opção que promova a distribuição da autoridade interpretativa por entre várias instituições (referindo-se aos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo), cada uma “suprema” na sua própria esfera e nenhuma “suprema” em sua integralidade. Segundo o autor, “*If the voice of the judiciary is often primary in our dialogue over constitutional meaning, it is not the only voice that speaks in the name of the Constitution and sometimes not the best*”. WHITTINGTON, Keith. *Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 27.

¹⁶ *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. Harvard Law Review, vol. 07, n. 03, 1893, pp. 129-156. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1322284>. Acesso em 17 de setembro de 2012. Nesse texto histórico, o autor deixa bem claro o receio de que o *judicial review* encoraje o Legislativo a prestar deferência às decisões judiciais em matéria de direitos constitucionais ao invés de se engajar na sua própria tarefa de interpretá-los. Em última análise, essa postura sinaliza o enfraquecimento do processo democrático.

(ou por sua própria visão da Constituição), mas não pela interpretação constitucional realizada pelos demais poderes¹⁷.

O departamentalismo preconiza que cada esfera de poder tenha e possa expressar sua própria visão da Constituição, sendo que nenhuma dessas visões é conclusiva ou obrigatória para os demais “poderes”. Na verdade, a sua autoridade final ou vinculante fica a depender da própria forma como os demais poderes se comportam diante de uma determinada interpretação constitucional adotada por outra instituição, cabendo, pois, a cada um dos “poderes” independentes avaliar a extensão da deferência que será prestada ao sentido constitucional fixado por outro “poder”.

Keith Whittington é um dos autores contemporâneos que mais tem se dedicado à teoria departamentalista, identificando-a nos seguintes termos:

(...) departamentalismo, a ideia jeffersoniana segundo a qual cada esfera de poder tem igual autoridade e responsabilidade para interpretar a Constituição enquanto no exercício das suas competências. Histórica e conceitualmente, o departamentalismo tem sido a principal alternativa para a supremacia judicial. Para o departamentalista, a interpretação judicial da Constituição pode ser convincente ou adequada, mas a Corte não tem nenhuma autoridade institucional especial para definir o significado da Constituição. O Judiciário é uma instituição dentre muitas que tenta interpretar a Constituição de forma correta, mas as demais instâncias de poder não têm nenhuma obrigação de considerar que a leitura judicial da Constituição realmente equivale à própria Constituição¹⁸.

A teoria departamentalista, como se vê, enfrenta questões bastante delicadas em matéria de interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na medida em que reconhece o direito de cada um realizar a sua própria interpretação constitucional e, por vezes, fazê-lo sem considerar as decisões já adotadas pelas demais instâncias. De forma geral, o departamentalismo admite que o Presidente da República recuse aplicação a uma lei aprovada pelo Poder Legislativo por entendê-la

¹⁷ HAREL, Alon; SHINAR, Adam. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1760963>. Acesso em 06 de junho de 2013.

¹⁸ WHITTINGTON, Keith. Obra citada, *kindle edition*, posição 40. A passagem foi livremente traduzida pela autora. No original: “(…) *departmentalism, the jeffersonian idea that each branch of government has an equal authority and responsibility to interpret the Constitution when performing its own duties. Conceptually and historically, departmentalism has been the primary alternative to judicial supremacy. For the departmentalist, the Court’s interpretation of the Constitution might be persuasive or adequate, but the Court has no special institutional authority to say what the Constitution means. The Judiciary is one institution among many that is trying to get the Constitution right, but the other branches of government have no responsibility to take the Court’s reading of the Constitution as being the same as the Constitution itself*”.

inconstitucional independente de pronúncia judicial nesse sentido. Também considera absolutamente natural que o Congresso reedite uma lei que já tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. E, por fim, o ponto mais polêmico de todos à luz de uma experiência constitucional pautada pela supremacia judicial: admite que o Poder Executivo, de boa-fé, recuse-se a observar o sentido constitucional fixado judicialmente, considerando legítima a postura de negativa de observância a uma decisão judicial tida por equivocada¹⁹.

Como se percebe, a visão departamentalista pode ser facilmente criticada por conta de sua natureza anárquica e difusa²⁰. Afinal, se cada uma das esferas estatais pode simplesmente ignorar a interpretação constitucional empreendida pelas demais e se, mais do que isso, não há nenhuma autoridade que possa de maneira definitiva resolver as disputas constitucionais, surge claramente um cenário de incerteza jurídica e de entropia interpretativa. Em outras palavras, o reconhecimento de autoridade interpretativa em múltiplos atores constitucionais coloca claramente o problema da definição dos limites para o compartilhamento desse poder; e, se esse ponto não é enfrentado, a teoria acaba perdendo-se em sua incompletude, por não especificar como a tarefa interpretativa deve ser distribuída.

Tais inconsistências, que de certa forma marcam tanto o constitucionalismo popular, como o departamentalismo, revelam as deficiências dessas teorias intermediárias e as dificuldades para sua aceitação diante do consenso que se formou em torno da necessidade de se definir um árbitro final dos conflitos constitucionais, cabendo às demais instâncias prestar deferência ao exercício de sua autoridade.

E, como se passará a argumentar, na medida em que a tese defendida por Hamilton no Federalista n. 78 e por outros influentes “fundadores”, especialmente por James Madison e Thomas Jefferson, compartilha as mesmas premissas dessas teorias intermediárias, resulta claro que sua elaboração permaneceu, ao menos em certos aspectos, carecedora de uma definição mais clara e direta quanto à distribuição da tarefa de interpretação constitucional por entre os vários poderes do Estado. E, portanto, não surpreende o fato de que dessa construção original se tenha deduzido, especialmente ao longo do século XX, uma adesão à supremacia judicial.

¹⁹ Veja-se, nesse ponto: PAULSEN, Michael Stokes. *Lincoln and Judicial Authority*. 83 *Notre Dame Law Review* 1227 (2008). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=1260996>. Acesso em 19 de junho de 2013. Segundo o autor: “(...) *the President, and other nonjudicial political actors swearing an oath to the Constitution and acting within their own spheres of their separate constitutional powers, are not constitutionally bound by erroneous decisions of the Supreme Court that they in good faith conclude are antithetical to the Constitution and harmful to the nation. (...) But if, with Lincoln, we think this notion of judicial supremacy wrong, then there is nothing wrong with resistance, through all available means, to Supreme Court decisions that one in good faith believes improper. The Constitution is not the exclusive province of the Supreme Court. The Court’s decisions are not the Constitution. And neither the Supreme Court nor any other authority properly may declare resistance to judicial decisions to be illegitimate. Quite the reverse: the assertion of judicial supremacy is fundamentally incompatible with the American Constitutional order*”.

²⁰ HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Artigo citado, p. 10.

3. O *Judicial Review* da “Geração Fundadora” não Implicava Supremacia Judicial

Nos escritos para a campanha da ratificação da Constituição dos Estados Unidos, os argumentos em torno da supremacia constitucional e do *judicial review* foram articulados especialmente por Alexander Hamilton, em seu conhecido Federalista n. 78. Como já se anotou, foi precisamente essa estrutura teórica que inspirou a decisão do *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison*, fixando as bases para o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

O Federalista n. 78 é dedicado ao “departamento judicial” e endereça três questões fundamentais: (i) o modelo de indicação dos magistrados; (ii) o vínculo pelo qual titularizam seus cargos (vínculo temporário ou vitalício e as precauções necessárias para assegurar a sua responsabilidade); e, finalmente, (iii) a distribuição da competência jurisdicional por entre as diversas instâncias do Poder Judiciário.

Antes, porém, de desenvolver esses três temas, Hamilton expõe as fragilidades do Poder Judiciário²¹ em comparação com os demais poderes como forma de justificar a necessidade de se assegurar a completa independência das Cortes de Justiça em um sistema de constituição escrita e limitada. Segundo o autor:

Quem quer que considere atentamente os diferentes departamentos do poder perceberá que, em um governo em que eles sejam separados uns dos outros, o judiciário, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição; porque ele sempre estará em menor posição de perturbar ou de violar tais direitos. O executivo não apenas exerce as honrarias, mas segura a espada da comunidade. O legislativo não apenas comanda o tesouro, mas prescreve as regras pelas quais os direitos e os deveres dos cidadãos devem ser regulados. O judiciário, ao contrário, não exerce qualquer influência quer sobre a espada, quer sobre o tesouro; nenhuma direção exerce sobre a força ou sobre a riqueza de uma sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Ele verdadeiramente não exerce nenhuma FORÇA ou VONTADE, mas mero julgamento; e depende, de qualquer forma, da ajuda do executivo para dar eficácia aos seus julgamentos²².

²¹ Segundo Hamilton, “*the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks.*” (*The Federalist Papers*, n. 78). Ao fazer tal afirmação, Hamilton, em nota de rodapé, invoca Montesquieu e sua célebre percepção de que “dentre os três poderes, o judiciário é próximo a nada”.

²² Hamilton, Alexander. *The Federalist Papers*, n. 78. A passagem foi livremente traduzida pela autora. No original: “*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in*”.

Após destacar as debilidades inerentes ao Poder Judiciário, Hamilton dedica-se a delinear uma doutrina de total oposição à supremacia legislativa. Suas colocações no Federalista n. 78 evidenciam claramente postura de absoluta rejeição à configuração de um Legislativo ilimitado, concebendo o Poder Judiciário como “um corpo intermediário entre o povo e o legislativo com vistas a, dentre outras coisas, manter o último dentro dos limites impostos ao exercício de sua autoridade”. E é exatamente nesse ambiente de rejeição à supremacia legislativa que Hamilton delinea o *judicial review*, asseverando ser a “interpretação das leis a competência própria das Cortes de Justiça”. Nesse sentido, “as limitações constitucionais somente podem ser preservadas, na prática, por intermédio das Cortes de Justiça, cujo dever é declarar inválidos todos os atos contrários à Constituição”²³.

Como se vê, o Federalista n. 78 assenta, de maneira bastante cristalina, a supremacia constitucional e a competência do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade, cabendo-lhe, em caso de conflito entre uma lei e a Constituição, “aderir à última e desconsiderar a primeira”²⁴. Hamilton reconhece os juízes como os “fiéis guardiões da Constituição”, como os “baluartes de uma Constituição limitada contra usurpações legislativas”²⁵.

Nada obstante isso, Hamilton adverte que o reconhecimento da competência dos juízes para o exercício do controle de constitucionalidade não importa, em absoluto, assumir qualquer superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. A revisão judicial, nesse sentido, apenas restaura o poder do povo em hipóteses de usurpações legislativas; e isso porque não se poderia admitir que o Legislativo fosse o árbitro dos seus próprios poderes. Assim, o *judicial review* não conduz a uma superioridade

a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”.

²³ HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*, 78. Passagens livremente traduzidas pela autora. No original: “It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”.

²⁴ HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*, n. 78. Passagem livremente traduzida pela autora. No original: “(...) whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.”

²⁵ HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*, n. 78. Passagem livremente traduzida pela autora. No original: “If, then, the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty.”

do Judiciário sobre o Legislativo; apenas reconhece que o poder do povo é superior a ambos e que, portanto, quando a vontade do Legislativo, declarada nas leis, colide com a vontade do povo, descrita na Constituição, é esta última que deve prevalecer. Confira-se, por relevante, a passagem em que Hamilton afasta qualquer pretensão de supremacia de uma esfera de poder sobre a outra:

Alguma perplexidade tem sido observada diante da competência das cortes para declarar nulos atos contrários à Constituição, partindo do falso pressuposto de que isso implicaria uma superioridade do judiciário sobre o legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a ela. (...).

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo está acima do senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impedidos de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem. Se for dito que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que vierem a dar de tais poderes será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em quaisquer dispositivos específicos da Constituição. Por outro lado, não se deve supor que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a sua vontade à de seus constituintes²⁶.

²⁶ HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*, n. 78. Passagem livremente traduzida pela autora. No original: “Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. (...) There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. If it be said that the legislative body are themselves the constitutional If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents.”

Percebe-se, portanto, que o Federalista n. 78 estrutura a teoria do *judicial review*, mas o faz claramente com o objetivo de refutar qualquer onipotência do Legislativo, vale dizer, como forma de se rejeitar a tradição britânica da supremacia parlamentar. Com efeito, embora alguns termos empregados na narrativa de Hamilton possam induzir a uma compreensão contrária, não parece que decorra logicamente do Federalista n. 78 a aceitação da supremacia judicial.

Não se extrai daquela formulação teórica qualquer defesa no sentido de reconhecer ao Poder Judiciário a autoridade para ditar a palavra final e conclusiva quanto ao significado constitucional, o que implicaria reconhecer, ao menos em certa medida, uma superioridade sua em relação aos demais poderes. Não há, igualmente, referência ao caráter vinculante da interpretação judicial em relação aos demais ramos de poder. Aliás, muito pelo contrário, o Judiciário é identificado como o mais fraco dos poderes, exatamente como aquele que não exerce nem força, nem vontade. O Federalista n. 78 encerra, inquestionavelmente, uma teoria de recusa à supremacia legislativa; mas, como já se viu, rejeitar a supremacia legislativa não significa, necessariamente, endossar a supremacia judicial.

De outro lado, a articulação da defesa do *judicial review* empreendida no Federalista n. 78 com o pensamento de outros autores da época indica que o controle judicial representava apenas uma das formas de escrutínio sobre as atuações indevidas do Legislativo. Nesse contexto, no Federalista n. 49, quando Madison endereça os métodos de guarda contra usurpações de competências, é enfatizado que os “diversos departamentos são perfeitamente coordenados (...) e nenhum deles, é evidente, pode pretender uma prerrogativa exclusiva ou superior para estabelecer os limites para o exercício dos seus respectivos poderes”²⁷. Em outros escritos, Madison sustenta que divergências interpretativas do sentido constitucional não são necessariamente algo a ser evitado, e que elas resultam da prerrogativa *concorrente* que se reconhece aos “departamentos independentes” para a exposição constitucional²⁸.

Essa visão foi contemporaneamente desenvolvida por Larry D. Kramer em ensaio bastante influente que relaciona o pensamento madisoniano com a democracia deliberativa e o constitucionalismo popular²⁹. Segundo o autor, Madison reconhecia

²⁷ MADISON, James. *The Federalist Papers*, n. 49. Trecho livremente traduzido pela autora. No original: “The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers”.

²⁸ Nesse sentido, veja-se: POLLOCK, Earl E. *Who has the last word?* Three theories of judicial review. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2257509>. Acesso em 10 de junho de 2013.

²⁹ *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o Interesse do Homem*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. De acordo com Kramer, os juízes teriam ficado, na maior parte, de fora do esquema original de Madison para interpretar e aplicar a Constituição. Em suas palavras: “Madison apoiava um judiciário independente, é claro, como a maioria das pessoas da época. Mas, também como a maioria, ele o fazia por razões que não se relacionavam à aplicação da Constituição. Em vez disso, ele via a necessidade de independência principalmente pelas lentes da experiência britânica e colonial, que não tinham qualquer teoria do *judicial review*, mas que ensinavam que juízes precisavam de proteção aos seus mandatos e salários para imunizá-los da influência de poderes políticos mais poderosos em ações ordinárias cíveis e criminais”.

o *judicial review* em uma forma limitada, simplesmente acolhendo o Judiciário como uma voz adicional em matéria constitucional, agregando os tribunais ao processo de deliberação pública, mas sem reconhecer que qualquer dos “departamentos independentes tenha mais direitos do que um outro para declarar seus sentimentos em relação a tal questão”³⁰. Confira-se a articulação de Kramer, em trecho que sintetiza sua leitura sobre o pensamento de Madison em relação à temática aqui enfrentada:

Esse modo de pensar sobre o papel dos tribunais admite um sistema de *judicial review*, mas um sistema sem qualquer noção ou ideia de supremacia judicial. O que não é nada surpreendente, tendo em vista o que sabemos sobre o pensamento de Madison. Atribuir aos tribunais supremacia quanto à interpretação da Constituição teria sido claramente anti-republicano, porque teria privado a comunidade da palavra final quanto ao significado de sua Constituição ao conceder esta a mero agente do povo – pior, a um agente estruturado e projetado para ser o menos responsável possível perante o povo. Isso é algo que Madison nunca poderia aceitar³¹.

Também no início da trajetória constitucional norte-americana, a visão departamentalista é explicitamente defendida por Thomas Jefferson, que, inclusive, a invoca, ao assumir a Presidência da República, para justificar sua decisão de conceder o perdão a dois condenados (James Callender e David Brown) e negar cumprimento à execução da sentença condenatória por entender que a lei em que se baseava estaria em contradição com a Constituição³². Além disso, em conhecido documento

³⁰ Citado por KRAMER, Larry D. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o Interesse do Homem*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³¹ KRAMER, Larry. Artigo citado, p. 125. No mesmo sentido, explica David Tyler: “Best characterized as “departmental theory of government,” this idea best reflects the Framers’ support for a system that empowered the executive and the judiciary to each make its own constitutional determinations. (...) Because Madison desired to give a veto to both the judiciary and the executive, his proposal shows that he implicitly viewed the executive veto and the judicial interpretive power on similar grounds. When coupled with Hamilton’s notes about the necessity of presidential review to preserve constitutional integrity and the historical understanding of judicial review at the time of the Founding, it becomes clear that the Framers viewed constitutional review by the executive and judicial branches as departmental measures that combined to check improper congressional actions. The inherent strength of the legislature, in other words, created the need for two branches to harness its potentially abusive power.” (*Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy*, William & Mary Law Review, Vol. 50, No. 6, 2009, p. 2248. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1351982>. Acesso em 22 de junho de 2013).

³² O conflito constitucional em questão recaía sobre o *Alien and Sedition Act*, considerado inconstitucional por Jefferson e aplicado de maneira recorrente pelo Judiciário. Na qualidade de Chefe do Executivo, Jefferson afirmou que o *Sedition Act* não podia ser reputado lei, porque em oposição à Constituição; afirmou, ainda, que sempre que fosse chamado a decidir alguma questão envolvendo o referido *act*, o trataria como uma nulidade, o que justificou que retirasse as acusações contra todos aqueles que respondiam por sua violação. Ver, a propósito: WHITTINGTON, Keith. Obra citada, p. 31.

encaminhado ao Juiz Spencer Roane, Jefferson detalha sua teoria departamentalista, elucidando que sua construção constitucional é no sentido de que “cada departamento é verdadeiramente independente dos demais e possui igual direito de decidir, por si próprio, o significado constitucional nos casos submetidos à sua atuação, especialmente nas hipóteses em que deva atuar de maneira definitiva e irrecorrível”³³.

Com efeito, de acordo com a leitura jeffersoniana, afigurava-se muito perigosa a doutrina segundo a qual os juízes seriam os árbitros finais de todas as questões constitucionais, uma vez que colocaria a democracia americana sob o despotismo de uma oligarquia³⁴. Jefferson admitia a tarefa interpretativa do Judiciário apenas se limitada à própria esfera judicial, sem obrigatoriedade ou vinculação para os demais atores políticos. E, como Presidente dos Estados Unidos, efetivamente colocou em prática sua concepção, desafiando a autoridade judicial nos casos em que interpretou a Constituição de maneira diversa daquela definida pelas Cortes de Justiça.

À luz do breve e seletivo resgate histórico empreendido nas linhas antecedentes, pretendeu-se demonstrar que a concepção original do *judicial review* negava qualquer caráter “supremo” à interpretação constitucional realizada pelas Cortes de Justiça e que suas premissas são consistentes com as teorias intermediárias que têm sido contemporaneamente reavivadas a respeito do tema.

Como se explica, então, que o “mais fraco dos poderes”, exatamente aquele que não “carrega a espada e que não influencia o tesouro”, tenha se convertido no árbitro final do sentido constitucional? O próximo tópico deste trabalho buscará sinalizar algumas possíveis respostas, partindo de hipóteses trabalhadas pela doutrina norte-americana atual.

4. A trajetória de afirmação da supremacia judicial: algumas possíveis compreensões

Identificar os fatores que, ao longo da trajetória constitucional norte-americana, contribuíram para a afirmação da supremacia judicial é tarefa extremamente ambiciosa e, portanto, incompatível com o limitado escopo deste trabalho. Daí porque é importante frisar, de início, que o objetivo das linhas que se seguem é bastante modesto, na medida em que visam apenas a sistematizar alguns argumentos que têm sido encadeados por autores de relevo no constitucionalismo contemporâneo³⁵.

Inicialmente, existe um fator cronológico que não pode ser desconsiderado: normalmente, o pronunciamento do Poder Judiciário nas disputas constitucionais

³³ *The Founders' Constitution*. Volume 3, Article 1, Section 8, Clause 18, Document 16. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_18s16.html. Acesso em 10 de junho de 2013. O trecho foi livremente traduzido pela autora. Os termos originais são: “My construction of the constitution is very different from that you quote. It is that each department is truly independent of the others, and has an equal right to decide for itself what is the meaning of the constitution in the cases submitted to its action; and especially, where it is to act ultimately and without appeal.”

³⁴ WHITTINGTON, Keith. Obra citada, p. 32.

³⁵ A sistematização proposta inspira-se no trabalho desenvolvido por POLLOCK, Earl E.. *Who has the last word? Three theories of judicial review*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2257509>.

ocorre após a intervenção dos demais poderes, o que sugere que a palavra dos juízes seja a última e tenha caráter conclusivo. Essa sugestão, por óbvio, encontra ressonância na compreensão por muitos partilhada segundo a qual a resolução definitiva de desacordos morais é componente crucial do constitucionalismo³⁶, o que torna imprescindível que se identifique um único intérprete autorizado da Constituição.

Esse autorreconhecimento foi feito, expressamente, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Cooper v. Aaron*³⁷, julgamento ocorrido em 1958, oportunidade em que a instância máxima do Poder Judiciário norte-americano realizou uma leitura bastante contestada do caso *Marbury v. Madison* e proclamou a obrigatoriedade de as demais esferas do poder público e outros atores políticos aderirem ao sentido e alcance da Constituição tal como por ela enunciado.

A indagação que se formula, diante desse autorreconhecimento, é: por que essa concepção foi, ao longo da experiência constitucional, tão raramente desafiada³⁸? Quais as motivações que conduzem à aceitação convencional da interpretação judicial como vinculante e obrigatória para os demais poderes orgânicos e segmentos políticos?

Em um primeiro plano, há uma argumentação teórica que encontra razoável aceitação doutrinária segundo a qual o Poder Judiciário seria, efetivamente, uma instância privilegiada de razão pública, que exerce a tarefa interpretativa por meio de processos deliberativos e argumentativos, pautados por neutralidade e desinteresse político. Nesse sentido, o Poder Judiciário se legitima no exercício da jurisdição constitucional em razão de sua *expertise*, e não por um critério populista. Os seus julgamentos são adotados a partir de conhecimentos largamente especializados e não acessíveis à população em geral³⁹.

Essa percepção “positiva” do Judiciário, por outro lado, é reforçada com a visão amplamente compartilhada de desconfiança e descrédito das demais esferas de poder, as quais seriam dominadas por expedientes e rotinas políticas e por suas próprias preferências pessoais. Além disso, agrega-se o fato de que o próprio Poder Legislativo acabou se rendendo ao “imperialismo judicial”, renunciando uma posição de maior relevo dentre os demais poderes.

³⁶ Nesse sentido, veja-se, por todos: ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *On extrajudicial constitutional interpretation*. Harvard Law Review, v. 110, n. 7, 1997, pp. 1359-1387.

³⁷ 358 U.S. 1 (1958)

³⁸ Dizer que a supremacia judicial foi raramente contestada significa reconhecer que o tema já foi, em poucas oportunidades, disputado. A concepção foi desafiada por alguns Presidentes da República, dentre os quais se destacam o próprio Thomas Jefferson no episódio em que concedeu o perdão a condenados por violação ao *Sedition Act*. Também Andrew Jackson, Abrahão Lincoln e Franklin Roosevelt adotaram posturas que contestavam a supremacia judicial. Sobre o tema, confira-se: WHITTINGTON, Keith. Obra citada, pp.31- 39.

³⁹ Para uma aproximação bem detalhada e sistematizada a respeito dos argumentos a favor e contra às “alternativas” supremacia judicial e supremacia legislativa, vejam-se os capítulos 2 e 3 da tese de doutorado defendida por Conrado Hubner Mendes intitulada “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”. (MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*). Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf> >. Acesso em 02 de julho de 2012).

Mas não só o Poder Legislativo rendeu-se à supremacia judicial. Conforme demonstra Keith Whittington em estudo sobre os fundamentos políticos do *judicial review*, também líderes do Poder Executivo beneficiam-se com o deslocamento do poder decisório sobre o sentido constitucional para o Judiciário. Nesse contexto, o Judiciário americano conquistou a autoridade para interpretar definitivamente a Constituição porque esse reconhecimento foi benéfico para outros atores políticos, que se viram eximidos de enfrentar diversos dilemas que se deslocaram para as Cortes. Como observa Whittington, “o judiciário tem conseguido manter sua predominância interpretativa porque, e quando, outros atores políticos tem as suas próprias razões para reconhecer tal autoridade”⁴⁰.

Por fim, a afirmação da supremacia judicial também soube aproveitar o vácuo deixado pela construção incompleta dos *Founding Fathers*, que conceberam um sistema constitucional cuja premissa era o exercício da autoridade constitucional de maneira equilibrada e compartilhada, mas não definiram como seriam resolvidos os conflitos interpretativos surgidos entre os “departamentos iguais e coordenados”.

5. Conclusão

O presente trabalho pretendeu investigar se o pensamento formulado pela chamada “geração fundadora” dos Estados Unidos – especialmente a partir de Hamilton, Madison e Jefferson – fornecem arcabouço teórico que justifique uma trajetória de adesão à supremacia judicial. Viu-se que a abordagem realizada por aqueles grandes pensadores sugere a adoção de posturas que são muito mais próximas das chamadas teorias intermediárias que, contemporaneamente, desafiam o reconhecimento de uma autoridade suprema, exclusiva e final dos órgãos judiciais para a definição do sentido e do alcance da Constituição. Dentre tais teorias, destacaram-se o constitucionalismo popular e o reavivamento do departamentalismo, formulações que contestam a concepção predominante de supremacia judicial, sem, contudo, rejeitar a *judicial review*.

Essa reflexão, embora especialmente limitada aos Estados Unidos, pode ser produtiva para o constitucionalismo brasileiro. Em tempos de “demonização” da PEC n. 33/2011⁴¹ e de diversas tentativas de incorporação de mecanismos

⁴⁰ Obra citada, p. 26.

⁴¹ Tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº. 33/2011) – cuja admissibilidade foi reconhecida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 24 de abril do corrente ano – que pretende introduzir significativas mudanças no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente com vistas à redução do protagonismo das instâncias judiciais nessa tarefa. Uma das alterações mais controvertidas preconizadas pela PEC caminha no sentido da instauração de mecanismo de revisão parlamentar das decisões adotadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. De acordo com a proposta, o Poder Legislativo assumiria papel de destaque no processo de definição de súmula vinculante, tendo o prazo de noventa dias para deliberar, em sessão conjunta e por maioria, sobre o efeito vinculante de enunciado aprovado pelo STF. Além disso, as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de emendas à Constituição passariam a se sujeitar à apreciação do Congresso Nacional, o qual, divergindo da decisão judicial, submeteria o conflito constitucional à consulta popular. Para o exame da íntegra dos termos da PEC e da movimentação do processo legislativo, consulte-se: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 28 de abril de 2013.

de juscentralização da interpretação constitucional⁴², o resgate histórico que se empreendeu parece importante para lembrar que a autoridade interpretativa constitucional é dinâmica e politicamente contestável. O Judiciário, como pensavam os “fundadores”, é um jogador importante no processo constitucional, mas não é o único. Questionar e pretender repensar a supremacia judicial não significa endossar a anarquia constitucional; significa simplesmente aceitar a tarefa interpretativa como algo vivo e perseverante e, fundamentalmente, negar que a voz do Judiciário seja a única que fala em nome da Constituição.

6. Bibliografia

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *On extrajudicial constitutional interpretation*. Harvard Law Review, v. 110, n. 7, may/1997, pp. 1359-1387.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986.

CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*. 92 Cal. L. Rev. 1013 (2004).

GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.159-221.

KLARMAN, Michael J. *How great were the “great” Marshall court decisions?* Virginia Law Review, vol. 87, n. 06, oct./2011, pp. 1.111 - 1.184

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘Interesse do Homem’*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴² Dentre os mecanismos centralizadores, podem ser lembradas, a título meramente exemplificativo: (i) a tentativa de reconhecimento de uma mutação constitucional que tornaria praticamente insignificante a intervenção do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade (artigo 52, inciso X, da CRFB), tema que se encontra em debate no STF nos autos da Reclamação n. 4.335/AC e que, se vier a prosperar, acabará por reconhecer efeito vinculante às decisões definitivas adotadas pelo STF em controle difuso, independente da intervenção do Senado Federal; e (ii) a teoria da “transcendência dos fundamentos determinantes”, segundo a qual não apenas a parte dispositiva das decisões do STF em controle concentrado ostentariam efeito vinculante, mas também a sua *ratio decidendi*, ensejando o cabimento de reclamação para fins de garantia da autoridade da decisão da Corte.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. 1788. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>.

HAREL, Alon; SHINAR, Adam. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1760963>.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>.

PAULSEN, Michael Stokes. *Lincoln and Judicial Authority*. 83 *Notre Dame Law Review* 1227 (2008). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=1260996>.

POLLOCK, Earl E. *Who has the last word? Three theories of judicial review*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2257509>.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*. Faculty Scholarship Series, paper 178, 2004. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.93-157.

WHITTINGTON, Keith. *Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

THAYER, James Bradley. *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, vol. 07, n. 03, 1893, pp. 129-156.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.