JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS, EVOLUÇÃO E CONCEITOS-CHAVE

RODRIGO BRANDÃO

Rio de Janeiro, verão de 2024

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Antecedentes históricos do controle de constitucionalidade

1.2 Os fundamentos clássicos do controle judicial da constitucionalidade das leis expostos no caso Marbury v. Madison

1.3 O contexto de *Marbury v. Madison: um exemplo de supremacia judicial ou de diálogo institucional?*

1.4 O cotejo dos constitucionalismos europeu e norte-americano no século XIX como elemento revelador da filosofia política e do desenho institucional do controle de constitucionalidade

1.5 O nascimento da jurisdição constitucional na Europa: o debate Kelsen v. Schmitt sobre o "Guardião da Constituição"

1.6 O modelo de jurisdição constitucional de Hans Kelsen

1.7 A expansão da jurisdição constitucional no segundo pós-guerra: de um minimalismo à judicialização da política

CAPÍTULO 2 - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E JUDICIAL, ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 Da supremacia da Constituição à supremacia judicial: os precedentes seminais do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos EUA e (foro por prerrogativa de função e City of Borne)

2.2 Esclarecimentos conceituais: monopólio judicial, supremacia judicial (em sentido estrito e amplo, a primeira subdividindo-se em formal e material), controle de constitucionalidade, judicialização da política e ativismo judicial

CAPÍTULO 3 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SUPREMACIA JUDICIAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

3.1 As inconsistências da fundamentação tradicional da supremacia judicial

3.2 A reformulação da supremacia judicial: última palavra do Judiciário como garantia da ordem e da segurança jurídica

3.3 Uma crítica aos fundamentos da supremacia judicial

3.4 Diálogos constitucionais

3.4.1 Origem e a sua formulação clássica

3.4.2 Algumas teorias dialogais

3.4.2.1 Teorias do equilíbrio
3.4.2.2 Teorias Normativas

3.4.3 Os riscos de teorias dialogais de igualdade interpretativa para o Estado de Direito

3.5 A defesa de uma teoria dialógica com prioridade *prima facie* do Judiciário. A possibilidade de superação das decisões constitucionais da Suprema Corte por emendas constitucionais, e a possibilidade de elas se sujeitarem a controle de constitucionalidade

3.6 Última palavra “para trás” e “para a frente”: em busca de acomodação entre segurança jurídica e democracia

CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Antecedentes históricos do controle de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade das leis (doravante chamado de "controle") possui importantes antecedentes em relação à decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, tradicionalmente apontada como o seu *leading case*. A ideia de hierarquia entre as normas jurídicas, que é premissa do controle, é antiga no Direito. Cite-se (i) a distinção entre *nómos* e *pséfisma* no Direito ateniense, semelhante à dicotomia contemporânea entre lei e decreto; (ii) a superioridade do direito natural sobre o direito positivo; a (iii) a superioridade da *commom law* sobre a *statutory law*; (iv) a supremacia das leis da metrópole sobre as da colônia.

Além disso, também há exemplos anteriores à *Marbury* de invalidação de normas pela sua contrariedade àquela que lhe é superior, como o (i) Dr. Bonham´s case (1610), em cuja decisão o Juiz Edward Coke assentou que "quando um ato do Parlamento for contrário a direitos costumeiros e à razão, a *common law* controlará e invalidará tal ato"; a (ii) supervisão do *Privy Council* (órgão do Parlamento inglês) sobre a compatibilidade das leis das colônias em face das leis inglesas; (iii) a célebre defesa da instituição de um Tribunal Constitucional por Sieyés etc.

Entretanto, não há dúvida de que *Marbury v. Madison* consistiu em decisão seminal ao controle de constitucionalidade moderno,[1] por haver estabelecido seus principais marcos teóricos, que consistem ainda hoje nos seus fundamentos tradicionais. Daí a importância de serem conhecidos o contexto e os fundamentos centrais dessa célebre decisão.

1.2 Os fundamentos clássicos do controle judicial da constitucionalidade das leis expostos no caso Marbury v. Madison

[1]BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

A tese desenvolvida por Marshall no caso *Marbury v. Madison*[2] segue o raciocínio de Hamilton n'**O Federalista** n. 78,[3] e consiste ainda hoje na "justificativa-padrão" para o controle de constitucionalidade. Tal raciocínio lógico, formalmente bem construído, segue os seguintes passos: a *nulidade da lei inconstitucional* seria consequência natural da (i) *supremacia da Constituição sobre as leis*, já que, enquanto a primeira é fruto da vontade constituinte do povo, a segunda é resultado da deliberação dos "meros" representantes do povo; e (ii) *do Estado de Direito,* na medida em que, se a Constituição visa instituir e limitar os três "poderes", parece intuitivo que as suas normas prevaleçam quando em conflito com as manifestações ordinárias dos três "poderes" (leis, decisões judiciais e atos administrativos), sob pena de não se verificar efetiva limitação.

Por outro lado, a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis decorreria da (iii) *natureza "legal" da Constituição*. Sendo a Constituição a "lei maior", havendo conflito entre norma constitucional e lei, competiria a todo juiz ou tribunal negar aplicação à última, pois a resolução deste conflito normativo estaria inserida na função de interpretação do direito, domínio típico de atuação do Judiciário. De fato, o controle de constitucionalidade representaria um pressuposto necessário à resolução dos casos e controvérsias que lhe sejam submetidos, função típica do Judiciário.

Soma-se a isso (iv) *a maior capacidade institucional do Judiciário para a interpretação da Constituição.*[4] Alega-se que o fato de os membros do Judiciário não serem eleitos e disporem de garantias de imparcialidade lhe confere uma postura equidistante que lhe favorece em decisões sobre questões de princípio, sobretudo nas hipóteses em que direitos das minorias corram risco de serem violados por deliberações da maioria.

Daí se infere outro argumento: como a democracia não se resume à regra da maioria, os direitos das minorias devem ser colocados acima do alcance de maiorias ocasionais que ascendam ao poder. *Cumpre ao Judiciário, portanto, a tutela de direitos da minoria – entrincheirados na Constituição – em face de deliberações majoritárias contidas em leis* (v).

---

[2]*Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch), 197, (1803).
[3]HAMILTON, Alexander, JAY, John e MADISON, James. **O Federalista**. Campinas: Russel Editora, 2003, verbete n. 78, p. 469/477.
[4]MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber e MACEDO, Stephen. **American constitutional interpretation.** New York: Foundation Press, 2003, p. 279.

Desse modo, conceder ao próprio legislador o poder de proteger direitos das minorias pode degenerar a democracia em uma "tirania da maioria". Isto porque a preocupação dos Parlamentares em obter a reeleição lhes geraria incentivos para a persecução de interesses majoritários e a decidir segundo uma lógica de utilidade, em detrimento de direitos de minorias e à racionalidade própria dos direitos fundamentais.

1.3 O contexto de *Marbury v. Madison: um exemplo de supremacia judicial ou de diálogo institucional?*

A decisão proferida no caso *Marbury v. Madison* talvez seja a mais celebrada do constitucionalismo moderno. Muitos livros de Direito Constitucional destacam a sua importância para a construção dos fundamentos da *judicial review of legislation.* Embora o cerne da tese de Marshall (relator do caso) já tivesse sido defendida por Hamilton no Federalista n. 78, não há dúvidas da sua importância para a afirmação das bases da competência de o Judiciário invalidar leis que lhe pareçam contrárias à Constituição, como destacado no tópico anterior.

Porém, o objeto deste item é lançar luz sobre o "lado B" desta decisão, por assim dizer. Embora a doutrina brasileira já tenha explorado dois aspectos fundamentais: (i) a contradição de Marshall ter julgado o mérito do pedido antes de apreciar preliminar de incompetência da Corte (invertendo a lógica processual por razões estratégicas) e (ii) o conturbado contexto político em que foi proferida, é fundamental serem exploradas as revelações trazidas pelo cotejo de *Marbury v. Madison* com casos julgados em período muito próximo (i.e. *Reed e Stuart v. Laird*). Estes casos, embora essenciais à compreensão da legitimidade da jurisdição constitucional e das disputas sobre a supremacia da Constituição, têm sido pouco tratados pela doutrina brasileira. Tirá-los das sombras, e analisar mais detidamente o seu contexto, é fundamental para corrigir importantes erros de perspectiva tão comuns no direito constitucional (não só brasileiro).

O principal destes equívocos é considerar *Marbury v. Madison* um monumento da supremacia judicial.[5] Uma análise mais detida revela o oposto.

[5] Importantes precedentes que ancoraram a supremacia judicial em lógica semelhante à contida em Marbury v. Madison foram os seguintes precedentes das Supremas Cortes brasileira e norte-americana (ADI 2.880 e Cooper v. Aron). Analisei detidamente estas decisões em Supremacia Judicial v. Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

Uma característica essencial do período foi o aparelhamento político do Judiciário pelos federalistas. A partir de 1790, os juízes participaram da política de diversas maneiras: prolação de decisões consultivas *(advisory opinions)*, nomeação para cargos administrativos e diplomáticos, e, principalmente, o uso do *Sedition Act* (1798) para punir os republicanos que ousassem criticar os federalistas.[6] Todavia, uma verdadeira crise institucional irá eclodir com a nomeação dos *juízes da meia-noite*.

Após o seu candidato à Presidência da República (Aaron Burr) ter sido derrotado por Thomas Jefferson, o Presidente John Adams aprovou o *Judiciary Act* (janeiro de 1801), lei que criou 18 cargos judiciais, sob o argumento principal de consolidar o Judiciário no país e poupar os juízes da Suprema Corte da atuação concomitante como *circuit justices*, que lhes submetia a estafantes viagens. Diante do seu interesse em prover os cargos no exíguo lapso de tempo que lhe restara, Adams dá início a uma intensa "corrida contra o relógio". Assim, o critério fundamental para a escolha dos indicados era a viabilidade de aceitação, de maneira que, além da partidarização do Judiciário, excessos mais graves foram cometidos – nomeação de parentes, de pessoas sem experiência jurídica etc.

O quadro se tornou ainda pior quando faltando menos de 15 dias do término de seu mandato, Adams aprovou lei de organização do novo Distrito de Columbia,[7] na qual foram criados 42 cargos de juízes de paz – número considerado altíssimo para um distrito pequeno –, que foram preenchidos por um procedimento relâmpago. Ademais, Adams nomeou John Marshall para a presidência da Suprema Corte, apesar de ele ter sido seu ex-Secretário de Estado e ter estado à frente desta corrida para o provimento dos cargos judiciais recém-criados.

Tais medidas irritaram os republicanos, que consideravam ilegítimos os chamados *juízes da meia-noite*, não apenas por terem sido nomeados por presidente derrotado nas urnas (um "pato manco"),[8] mas sobretudo por se destinarem a mitigar a vitória eleitoral republicana pela perpetuação dos princípios federalistas no Judiciário. Não por acaso um dos primeiros atos praticados pelo Congresso republicano foi a revogação do *Judiciary*

[6]ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers:** Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 228. O livro de Ackerman será fundamental para as considerações a seguir.
[7]The Organic Act of District of Columbia, de 27/02/1801.
[8]Sublinhe-se que a vitória dos republicanos nas eleições de 1800 foi acachapante, pois conquistaram a presidência e a maioria na Câmara e no Senado.

Act (março de 1802), com a consequente extinção dos cargos de *circuit judges* e a retirada dos respectivos juízes dos seus cargos.

Sob os argumentos técnicos esgrimados por federalistas e republicanos em favor, respectivamente, da manutenção e da extinção dos cargos judiciais,[9] havia controvérsia mais profunda sobre a correta interpretação do art. 3º da Constituição de 1787: enquanto os federalistas consideravam que a extinção dos cargos judiciais – e a consequente retirada dos juízes das suas funções – violaria a independência judicial protegida pela Constituição (ressaltando a garantia de os juízes preservarem os seus cargos enquanto mantivessem "bom comportamento"), os republicanos afirmavam que a independência judicial fora usada de forma fraudulenta, e que a sua restrição inserir-se-ia na competência do Congresso para "regulamentar" e "criar" Tribunais.[10] Restabelece-se, portanto, o conflito entre independência e responsividade judicial, que já se prenunciara no debate entre federalistas e antifederalistas no período da Fundação dos EUA.

Todavia, em um nível mais profundo, havia profícua controvérsia entre teorias políticas e modelos de desenho institucional: por um lado, os federalistas consideravam que a verdadeira vontade do povo se revelara na Convenção de Filadélfia, de maneira que o Judiciário deveria proteger a Constituição de 1787 da vã tentativa dos republicanos de falarem em nome do povo por terem vencido as mais recentes eleições. Por outro lado, os republicanos reputavam que a *voz da nação* se manifestara nas últimas eleições,[11] nas quais uma firme maioria os consagrara em repúdio aos federalistas, de modo que o entrincheiramento de federalistas e dos seus princípios no Judiciário consistia em *uso fraudulento da Constituição*. Assim, enquanto os federalistas destacavam a supremacia da Constituição em face de maiorias transitórias, os republicanos redarguiam que tal proposta redundava num *governo dos mortos sobre os vivos*, sublinhando os conflitos intergeracional e democrático a ela inerentes.[12]

---

[9]Em apertada síntese, os republicanos consideravam o aumento dos juízes desnecessário, diante do declínio do uso do *Sedition Act* ter ocasionado redução do número de ações judiciais. Já os federalistas reputavam que os novos juízes eram fundamentais para se obter uma Justiça eficiente e barata, sobretudo diante do aumento da população e da atividade econômica, dos custos com a manutenção dos novos tribunais serem baixos etc. *Ibid*., p. 149/152.

[10]"Article III – The Judicial Branch – Section 1 – Judicial powers.

[11]Thomas Jefferson afirmara, em seu discurso de posse, que a "voz da nação" se manifestara nas eleições de 1800 através das "regras da Constituição". Ver Thomas Jefferson First Inaugural Address, March, 4, 1801, The Avalon Project at Yale Law School. Disponível em: <http://avalon.law. yale.edu/ 19th_century/jefinau1.asp>. Acesso em: 15/05/2010.

[12]Jefferson chegou a defender a peculiar tese de que a Constituição deveria ser revista a cada dezenove anos, com a finalidade de conferir à nova geração a possibilidade de ratificar, ou não, as deliberações da

O conflito se judicializou, destacando-se três casos. No primeiro, *Joseph Reed*, um *circuit judge* retirado do seu cargo, pediu a manutenção do pagamento dos seus salários. No segundo (*Stuart v. Laird*),[13] Stuart, também um *circuit judge* afastado, formulou pedido mais ousado que Reed: que a Suprema Corte declarasse inconstitucional a revogação do *Judiciary Act*, e, consequentemente, que os *circuit judges* retornassem às suas funções e a Suprema Corte se mantivesse como "Corte de Apelação". No terceiro (*Marbury v. Madison*), William Marbury e outros, embora nomeados pelo governo passado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, não receberam as suas investiduras, pois Marshall, na condição de Secretário de Estado de Adams, não teve tempo de entregá-las; assim postulavam a obtenção de ordem judicial que compelisse o novo governo a dar-lhes posse.

Note-se que o pedido mais palatável à Suprema Corte era o de Reed, pois o pagamento de salários a juiz afastado era menos ofensivo à investida republicana contra o *Judiciary Act* do que o retorno dos *circuit judges* às suas funções. Embora *Marbury* contivesse um pedido cujo acolhimento decerto desagradaria aos republicanos – posse de *midnight-judges* –, ele não tratava de lide tão importante como os casos *Reed* e *Stuart*, pois versava sobre cargos de juiz de paz, que, além da pequena relevância política, não gozavam da garantia constitucional da vitaliciedade (os seus mandatos eram de cinco anos). Com efeito, o ponto nevrálgico do debate era a possibilidade de lei extinguir cargos judiciais vitalícios (*circuit judges)*, sob o argumento de os seus provimentos serem ilegítimos, vez que oriundos de presidente derrotado nas urnas que buscava supostamente infiltrar no Judiciário os seus correligionários.

Todavia, circunstâncias aleatórias (Reed desistiu da ação) e o "caprichoso método de seleção de casos da commom law" fizeram com que a Suprema Corte apreciasse o caso *Marbury* logo na sessão seguinte ao segundo *Judiciary Act*.[14] Na ocasião, Marshall subverteu a lógica processual, na medida em que decidiu o "mérito" antes das questões preliminares.

Marshall afirmou, inicialmente, que os impetrantes possuíam direito à investidura nos cargos, já que o poder discricionário do Executivo se encerraria no momento da nomeação, de modo que após a prática deste ato deveria ser respeitada a estabilidade dos

geração anterior. Ver BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte:** ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

[13]5 U.S. 299 (1803).

[14]*Ibid*., p. 181.

juízes em seus cargos. Assim, a conduta de Madison, secretário de Estado de Jefferson, no sentido de reter os atos de investidura foi tida como ilegal, na medida em que violara o direito dos nomeados a exercerem o cargo de juiz de paz pelo lapso de tempo determinado legalmente. Todavia, o desafio perpetrado ao governo de Jefferson parou por aí. Sob o argumento de que as competências originárias da Suprema Corte estão submetidas à "reserva de Constituição", a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que lhe concedera competência para julgar o caso,[15] e, assim, negou-se a ordenar o Presidente a dar posse aos impetrantes.

Daí já se pode inferir o caráter ilusório da assertiva de que a interpretação da Constituição é uma tarefa puramente jurídica, cumprindo à Suprema Corte dar a última palavra sobre o sentido da Constituição sem qualquer interferência dos demais "poderes" e atores sociais. Ainda que esta tese possa ter defendida em um plano normativo, é errado usar *Marbury v. Madison* para o seu suporte. Trata-se de leitura da fundamentação da decisão com completa abstração do seu resultado e do seu contexto político.

Tornou-se corrente a percepção, sobretudo a partir da obra de Robert McCloskey,[16] de que Marbury consistiu em resposta extremamente sagaz de Marshall ao desafio republicano à questão dos *juízes da meia-noite* na qual ele estava profundamente envolvido: ao reconhecer a ilegalidade da conduta de Madison e negar competência para julgar o caso, Marshall conseguiu, em uma só tacada, condenar a conduta dos republicanos para a defesa dos seus colegas federalistas, da sua própria nomeação e da sua atuação como Secretário de Estado de Adams; e evitar confronto com o Presidente e o Parlamento, que poderia erodir a independência da Suprema Corte.[17] Nas palavras de McCloskey, "a Corte se colocou na agradável posição, tão comum em sua história embora tão perturbadora aos críticos, de rejeitar e assumir poder em uma só respiração".[18]

Todavia, é essencial que o caso Marbury seja cotejado com outras decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA nesse período, em especial *Stuart v. Laird*. Este caso foi julgado apenas uma semana após Marbury, tendo atuado o mesmo advogado:

---

[15]Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789.
[16]MCCLOSKEY, Robert. **The american supreme court.** Third Edition. Chicago: Chicago University Press, 2000.
[17]Na literatura brasileira, ver BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2004. Note-se que, além de os republicanos darem claros sinais de que um ataque à Corte seria iminente caso ela se opusesse à revogação do *Judiciary Act*, a nova eleição consagradora dos republicanos em 1802 enfraquecera politicamente ainda mais os federalistas.
[18]MCCLOSKEY, Robert. **The american supreme court**. *Op. cit.*, p. 30.