

Capítulo 2. Judicial Review ontem e hoje

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is³⁴.

A afirmativa acima foi redigida pelo *Chief Justice* John Marshall e é o trecho mais citado da decisão mais conhecida do direito constitucional norte-americano³⁵. E, embora seja uma frase que hoje não pareça provocar grande polêmica, teve um significado no direito e na política estadunidenses que o seu autor sequer poderia imaginar. Sua relevância decorre, dentre outros fatores, do fato de a Constituição dos Estados Unidos não prever a existência do controle de constitucionalidade em nenhum de seus artigos, ou seja, esta prática é uma criação inteiramente jurisprudencial e que teve como marco inicial justamente o julgamento do indigitado caso.

O que o juiz Marshall quis dizer, em resumo, foi que a Constituição, sendo um texto legal - na verdade, o texto legal de maior hierarquia dentre todos - deveria ser interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário. Mas, o que parece ser uma obviedade, incapaz de provocar grandes questionamentos, está longe de sê-lo, como demonstra a incessante polêmica acerca da necessidade e adequação do *judicial review*, mesmo passados mais de dois séculos da decisão. Neste período, uma longa jurisprudência consolidou esta prática como parte crucial do funcionamento do sistema jurídico-político estadunidense, mas não foi capaz de mantê-la imune a críticas.

³⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

³⁵ Para uma análise das peculiaridades do caso, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, pp. 3-10.

Como indicado na introdução, a tarefa de conciliar democracia e constitucionalismo não é simples. A visão predominante, que defende a necessidade de uma constituição rígida que proteja os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente em face do Estado, carrega consigo (ao menos na grande maioria dos países que se podem chamar “democracias constitucionais”³⁶) a correspondente instalação de algum mecanismo de controle e proteção desses direitos. *Marbury* foi o primeiro caso em que se reconheceu no Judiciário este papel de garantidor do texto constitucional; daí a sua importância histórica³⁷.

Nos Estados Unidos, o *judicial review* consolidou-se como uma ferramenta de equilíbrio entre os poderes; entre a regra da maioria (que, em princípio, estabelece um domínio do Poder Legislativo sobre os demais) e a proteção aos direitos conferidos às minorias (que não podem ser alterados, senão pelo difícil caminho das emendas constitucionais³⁸).

Mas a prática institucional não permaneceu imutável desde então, ao revés. É uma tarefa importante a ser desempenhada na realização do objetivo proposto é diferenciar o *judicial review*, tal como fora concebido pelo juiz Marshall e pela Suprema Corte nos primórdios da sua atuação como guardião máxima da Constituição, da prática que é hoje exercida. De fato, há importantes diferenças entre ambos que devem ser explicitadas, sob pena de se realizar uma análise que não seja condizente com o real significado de *Marbury v. Madison* e de omitirem-se importantes transformações posteriores que ajudaram a moldar o instituto na sua forma atual.

³⁶ FAVOREU, Louis. “Constitutional Review in Europe”, in JACKSON, Vicki, TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 1999, cita, na Europa, as exceções de Holanda, Finlândia, Luxemburgo e Reino Unido.

³⁷ Se o papel atribuído ao Judiciário é uma função a ser desempenhada com exclusividade trata-se de outra discussão, à qual nos dedicaremos mais à frente (v. itens 2.1.2 e 2.1.3).

³⁸ O complicado processo de emendas à Constituição norte-americana está descrito em seu art. V, com a seguinte redação: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado”. V. STRAUSS, David A. “The Irrelevance of Constitutional Amendments”, in *Harvard Law Review*, vol. 114, nº 5, março de 2001, pp. 1457-1505, artigo no qual o autor argumenta que as emendas constitucionais não foram a principal forma de transformação do direito constitucional estadunidense nos últimos séculos.

2.1 O surgimento do *judicial review* no início do século XIX

Desde o seu aparecimento, a característica central do *judicial review*, aquela que inovou na engenharia constitucional estadunidense, consiste no poder conferido ao Judiciário de invalidar as normas legais que contrariem o sentido da Constituição. Ao lado desta característica, podem ser colocadas duas outras, ambas previstas expressamente no texto constitucional, relacionadas à garantia de independência da atividade judicial: a vitaliciedade e a irredutibilidade dos vencimentos dos juízes³⁹. Tais garantias visam a conferir ao Judiciário um certo isolamento das discussões políticas, evitando que seus membros sofram represálias devido às suas interpretações do texto constitucional.

Além dos aspectos já mencionados, nos primeiros anos de atividade da Suprema Corte existiam outras características que, embora não previstas expressamente no texto constitucional, acompanhavam a prática do controle de constitucionalidade. Sua função primordial era limitar a atividade desempenhada pela Suprema Corte, na busca por um desenho institucional que permitisse maior equilíbrio entre os poderes, sem a usurpação indevida da função específica de um deles pelos demais, assegurando-se, ao mesmo tempo, o respeito aos direitos conferidos pelo texto constitucional aos cidadãos.

2.1.1 A Regra do Caso Duvidoso

A primeira destas características limitadoras do exercício do *judicial review* era a “regra do caso duvidoso”. Segundo a mesma, apenas uma inconstitucionalidade patente e fora de dúvidas deveria ser declarada pela Suprema Corte. Caso não houvesse tamanha certeza sobre o vício que estivesse a macular o texto legislativo, a postura correta seria a de deferência em relação à atividade do legislador⁴⁰. Thayer foi quem consagrou a defesa da regra em um

³⁹ Artigo III, Seção I, Constituição dos Estados Unidos da América.

⁴⁰ Cf. SNOWISS, Sylvia, “The *Marbury* of 1803 and the Modern *Marbury*”, in *Constitutional Commentary*, vol. 20, p. 239 (nota de rodapé 23), onde a autora oferece uma lista de decisões nas

artigo clássico publicado na *Harvard Law Review* em 1893, no qual se aproveita de uma decisão do *Chief Justice* Tilghman, da Pennsylvania, para enunciar o que ele chama de *rule of administration*:

Por razões de peso, tem sido assumido como um princípio na construção constitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por esta corte, e por todas outras cortes com boa reputação nos Estados Unidos, que um ato da legislatura não deve ser declarado nulo a menos que a violação da constituição seja tão manifesta a ponto de não deixar espaço para dúvida razoável.⁴¹

2.1.2 Doutrina das Questões Políticas

Ao lado da regra do caso duvidoso, que, por si só, indicava um maior respeito pela interpretação constitucional oferecida pelos demais ramos do governo⁴², outra característica que pode ser apontada no mesmo sentido é que o Judiciário possuía uma compreensão mais rígida sobre a separação entre direito e política, evitando decidir casos que tivessem implicações deste segundo tipo. Nestas oportunidades, o assunto permaneceria afeto ao campo de decisão dos poderes políticos, cujos titulares fossem representantes eleitos diretamente, adotando, o Judiciário, uma postura de *self restraint* (autocontenção)⁴³.

quais a regra do caso duvidoso foi invocada, recusando-se a Suprema Corte a invalidar a legislação desafiada: *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796); *Calder v Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798); *Cooper v. Telfair*, 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800); *State v. ___*, 2 N.C. 28 (1794); *Respublica v. Duquet*, 2 Yeates 493 (Pa. 1799); *State v. Parkhurst*, 9 N.J.L. 427 (1802); *Whittington v. Polk*, 1 Harr. & J. 236 (Md. 1802); *Emerich v. Harris*, 1 Binn. 416 (Pa. 1808); *Grimball v. Ross*, 1 Ga. Reports 175 (1808); *Jackson v. Griswold*, 5 Johns 139 (NY 1809).

⁴¹ THAYER, James Bradley. "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", in *Harvard Law Review* 129 (1893), tradução livre. No original: "For weighty reasons, it has been assumed as a principle in constitutional construction by the Supreme Court of the United States, by this court, and every other court of reputation in the United States, that an Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt". Em outra passagem do mesmo texto, Thayer ilustra com suas próprias palavras o que seria a regra, afirmando que "Elas [as cortes] podem não aplicar uma norma apenas quando aqueles que têm o direito de fazer as leis não apenas tenham cometido um erro, mas sim um erro bastante claro, - tão claro que não esteja aberto a um questionamento racional", (idem, ibidem), tradução livre. No original: "It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, - so clear that it is not open to rational question."

⁴² Para uma análise do controle *thayeriano*, v. TUSHNET, Mark. "Alternative Forms of Judicial Review", in *Michigan Law Review*, vol. 101, ago. de 2003, especialmente pp. 2797/2801.

⁴³ Cf. GRIFFIN, Stephen M. "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights" (September 3, 2003). Tulane Law School Working Paper No. 2003-01, pp. 14-17. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=441240>, acesso em 10/10/2004.

A teoria desenvolvida pela Suprema Corte que melhor reflete esta concepção é a doutrina das questões políticas (*political questions*)⁴⁴, que impõe a abstenção dos tribunais de se pronunciarem acerca de matérias constitucionalmente destinadas aos poderes políticos da nação⁴⁵.

O caso apontado como o precursor da doutrina é *Luther v. Borden*⁴⁶, que tratava de uma ação de danos por invasão de domicílio. Mas a questão civil, aparentemente ordinária, dependia, para a sua resolução, da resposta a uma delicada questão: os invasores alegavam ser agentes do governo do estado de Rhode Island, e estariam apenas cumprindo com o seu legítimo poder de polícia ao ingressar naquela propriedade. Entretanto, dois grupos adversos alegavam ser os legítimos ocupantes do Poder Executivo daquele estado. Para poder resolver a questão civil colocada diante de si, a Suprema Corte deveria, necessariamente, reconhecer como legítimo ou não o governo do qual os invasores faziam parte. O tribunal, no entanto, afirmou que este julgamento deveria ser feito pelo Poder Legislativo estadual, e não pelo Judiciário, justamente por se tratar de uma questão política, abstando-se de decidir a questão de mérito colocada diante de si.

Mais de cem anos depois, no julgamento do caso *Baker v. Carr*⁴⁷, em 1962, a Suprema Corte, por meio do voto proferido pelo *justice* William Brennan, forneceu um catálogo das matérias que deveriam ser deixadas à consideração dos poderes políticos e que, portanto, não estariam sujeitas ao *judicial review*. São elas: delegação constitucional textualmente demonstrável da matéria aos poderes políticos, falta de padrões que possam ser descobertos e manuseados judicialmente para a resolução da questão, impossibilidade de decidir sem uma determinação política inicial de um tipo que seja claramente de discricionariedade não judicial, impossibilidade de a Corte garantir uma resolução independente sem

⁴⁴ V. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit, p. 110, onde os autores defendem que a nomenclatura *political questions* não é adequada. Para eles, melhor seria falar em “não-justiciabilidade” (*nonjusticiability*), já que qualquer interpretação constitucional possuiria conseqüências políticas. Ao que se chama questões políticas, os autores afirmam tratar-se de casos em que a matéria seria inapropriada para a consideração judicial, deixando-se a decisão para os poderes políticos.

⁴⁵ Sobre o conceito da teoria das questões políticas, v. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit, pp. 100/111, SCHARPF, Fritz. “Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis”, in *Yale Law Journal*, vol. 75, março de 1966 e BICKEL, Alexander M. Op. cit., pp. 183/198. Em português, v. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, caps. IV e V.

⁴⁶ 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

expressamente faltar com o devido respeito aos ramos políticos do governo, necessidade incomum de aderir sem questionar a uma decisão política já tomada ou, por fim, a potencial dificuldade decorrente de pronunciamentos diferentes emanados de diversos departamentos sobre a mesma questão^{48,49}.

2.2.3 Constitucionalismo Popular

O constitucionalista Larry Kramer aponta, ainda, mais uma característica existente à época do surgimento do *judicial review*, relacionada à doutrina das questões políticas: trata-se das raízes do “constitucionalismo popular” (*popular constitutionalism*), fortemente presentes na passagem do século XVIII para o XIX. Segundo tal compreensão, o povo é quem deveria ser o intérprete final do texto constitucional, e não a Suprema Corte ou mesmo o Congresso Nacional. As formas de manifestação da vontade popular sobre os assuntos constitucionais seriam, especialmente, o direito de petição, o voto direto e as mobilizações populares⁵⁰.

⁴⁷ 369 U.S. 186 (1962).

⁴⁸ 369 U.S. 186 (1962). O trecho em que se encontra o catálogo reproduzido é o seguinte: “*It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*”.

⁴⁹ Para uma crítica à própria existência da doutrina das questões políticas, v. HENKIN, Louis. “Is There a ‘Political Question’ Doctrine?”, in *Yale Law Journal*, vol. 85, nº 5, abr. de 1976. O autor afirma que as questões políticas não são aquelas atribuídas ordinariamente aos poderes políticos, e, portanto, colocadas fora do alcance da revisão jurisdicional, o que seria apenas decorrência da separação funcional de poderes. As questões políticas, para ele, seriam aquelas que, apesar de em tese serem submetidas ao *judicial review*, por alguma razão estariam a merecer um tratamento especial por parte do Poder Judiciário, que de maneira excepcional não realizaria o controle de constitucionalidade acerca delas, respeitando a interpretação dos demais ramos do governo. Este conceito parece reduzir por demais o alcance da doutrina das questões políticas, muito embora seja inegável a dificuldade de diferenciá-la da separação de poderes estabelecida constitucionalmente.

⁵⁰ Para uma defesa da prática do constitucionalismo popular (*popular constitutionalism*), v. KRAMER, Larry. “Foreword: We The Court”, in *Harvard Law Review*, vol. 115, nº 1, 2001, especialmente, pp. 16-73. Para uma crítica a este posicionamento, v. PRAKASH, Saikrishna, YOO, John, “Against Interpretive Supremacy”, in *Michigan Law Review*, vol. 103, pp. 1539/1566. No Brasil, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o*

Cabe destacar que o direito constitucional não era visto àquela época como direito ordinário, e, como tal, aplicado sem restrições pelos tribunais judiciais, mas sim como um direito fortemente relacionado com a política. A instância jurisdicional não parecia adequada para apreciar aquela espécie de direito tão relacionada à atividade política, já que seus integrantes não eram eleitos e, portanto, não poderiam ser responsabilizados pelos seus atos. Em princípio, as questões políticas seriam decididas pelos representantes do povo, e, em última instância, pelo próprio povo diretamente, ao eleger ou não aqueles representantes que defendessem as posições de sua preferência.

2.2.4 Diferença de postura diante de direito federal e direito estadual

A última característica que pode ser apontada decorre do fato de que, nos primeiros anos de prática institucionalizada do *judicial review*, havia uma diferença de atitude da Suprema Corte em relação ao controle exercido sobre o direito federal e aquele feito sobre o direito proveniente dos poderes legislativos estaduais.

Com relação ao primeiro, havia uma postura de elevado respeito, enquanto o controle realizado sobre o direito proveniente dos estados era bem mais ativo. Para se ter uma idéia, a primeira decisão da Suprema Corte que invalidou uma legislação federal ocorreu no caso *Dred Scott v. Sandford*⁵¹, proferida mais de cinquenta anos após *Marbury*. Esta decisão, que negou cidadania estadunidense aos negros, ainda quando esta fosse reconhecida por alguns Estados da federação,

Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, em especial os artigos de BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”, em que o professor da USP defende um retorno à Teoria do Estado, em substituição à Teoria da Constituição, e de LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. “Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política”, em que o professor cearense faz ácida crítica à própria existência da jurisdição constitucional. Em outro trabalho, o autor defende a eleição direta para membros do Supremo, como forma de sanar seu caráter antidemocrático (v. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. “A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal”, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, 2003).

⁵¹ 19 How. (60 U.S.) 393 (1857).

gerou uma repercussão tremendamente negativa, dando início a um período de forte desconfiança e crítica à atividade dos *justices* na América do Norte⁵².

2.2.5 Resumo

Com tantas limitações ao exercício pleno do poder de invalidação de normas contrárias à Constituição pelo Poder Judiciário, o retrato que se permite pintar da jurisdição constitucional exercida nos Estados Unidos no século XIX é bastante tímido: a Suprema Corte praticamente não atacava a validade de atos legislativos provenientes do Poder Legislativo federal, não exercia controle sobre questões políticas, limitava-se a declarar a inconstitucionalidade quando esta fosse fora de dúvida razoável, colocando-se numa posição de deferência perante o legislador, e não se falava na supremacia de sua interpretação de preceitos constitucionais sobre aquela fornecida pelos demais poderes políticos ou pelo próprio povo diretamente.

2.3 O *judicial review* em sua forma atual

Se o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas nos Estados Unidos do século XIX era bastante restrito, como demonstram as limitações acima expostas, o mesmo não pode ser dito com relação à prática que alcançou os dias de hoje. Isto se deve a diversas alterações, ocorridas especialmente ao longo do século XX. Durante este período, há um acentuado crescimento da atuação dos juízes da Suprema Corte, que passaram a ocupar um papel central na democracia estadunidense.

As limitações anteriormente existentes vão sendo mitigadas ou mesmo abandonadas pela jurisprudência. Dois aspectos desenvolvidos apenas no século XX foram cruciais no abandono dos limites operacionais que existiam ao exercício do *judicial review*: a interpretação das normas constitucionais como

⁵² Cf. KRAMER, Larry, “Foreword: We the Court”, op. cit., especialmente, pp. 116/119 e BARROSO, Luis Roberto, op. cit., pp. 9/10 e nota de rodapé n° 19.

direito ordinário (e não político)⁵³ e a afirmação da supremacia da interpretação constitucional fornecida pela Suprema Corte em contraposição àquela realizada pelos demais poderes políticos⁵⁴. Esta supremacia foi afirmada pela própria Suprema Corte no julgamento do caso *Cooper v. Aaron*⁵⁵, onde se estabeleceu, baseando-se expressamente em *Marbury v. Madison*⁵⁶, que “o judiciário federal é supremo na exposição do direito constitucional⁵⁷”.

Os dois aspectos não podem ser desenvolvidos separadamente: justamente porque o direito constitucional, até então tido como eminentemente político, passa a ser compreendido cada vez mais como direito ordinário é que seu intérprete final deverá ser o Poder Judiciário, cujo órgão de cúpula é a Suprema Corte. Abandonou-se uma concepção de igualdade entre os ramos do poder e as decisões desta Corte passam a ser vistas como vinculantes para todos os demais ramos do governo, configurando-se a chamada “supremacia judicial”.

A supremacia judicial também é apontada por Larry Kramer como a causa do declínio do constitucionalismo popular⁵⁸. Para o professor da Universidade de Nova Iorque, desde o já citado caso *Cooper v. Aaron*, quando a Suprema Corte ainda possuía uma composição liberal (época conhecida como a Corte de

⁵³ Cf. KRAMER, Larry. “Foreword: We The Court”, op. cit., *passim*. Exemplifica a compreensão do que era o direito constitucional anteriormente a seguinte passagem: “*Judicial review, in other words, was not an act of ordinary legal interpretation. It was a political – perhaps we should say a ‘political-legal’ act of resistance.*” (p. 54). Em tradução livre: “*Judicial review, em outras palavras, não era um ato de interpretação legal ordinária. Era um ato de resistência política – talvez devamos dizer um ato de resistência ‘político-jurídica’*”.

⁵⁴ A literatura recente sobre o predomínio da supremacia judicial nos Estados Unidos é bastante ampla e será analisada no capítulo 4, *infra*. Como referências, sem a pretensão de esgotar as fontes, ver KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, _____. “Foreword: We The Court”, cit, parte IV, _____. “*Marbury and the Retreat From Judicial Supremacy*”, in *Constitutional Commentary*, vol. 20, 2003, MICHELMAN, Frank I. “Living With Judicial Supremacy”, in *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, GRIFFIN, Stephen. “The Age of Marbury”, op. cit.

⁵⁵ 358 U.S I (1958).

⁵⁶ Deve se ressaltar que o escopo absolutamente diferente do *judicial review* à época do julgamento de *Marbury v. Madison* não permite sua utilização para uma defesa da supremacia judicial. Cf. SNOWISS, Sylvia. “The *Marbury* of 1803 and the Modern *Marbury*”, op. cit., de onde se extrai a seguinte passagem: “*The Marbury of 1803 did not defend, and did not purport to defend, judicial authority to determine unconstitutionality in the first place*” (p. 234). Em tradução livre, “O *Marbury* de 1803 não defendia, e não pretendia defender, a primazia da autoridade judicial para determinar a inconstitucionalidade”.

⁵⁷ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S I (1958). Tradução livre. No original: “*the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*”.

⁵⁸ Cf. KRAMER, Larry, “Foreword: We the Court”, op. cit., pp. 128/158.

Warren⁵⁹), os juízes não só passaram a defender a tese da supremacia judicial como desenvolveram um papel mais ativo e ambicioso na interpretação dos direitos individuais. À medida que o direito constitucional, até então eminentemente político, vai sendo visto cada vez mais como direito ordinário, torna-se mais palatável a idéia de que seu intérprete final deverá ser o Judiciário, e não o povo ou mesmo seus representantes eleitos, consolidando-se a primazia do Judiciário nesta seara.

Dentro deste quadro, não faz sentido diferenciar entre o direito estadual e o direito federal, sendo ambos submetidos indiscriminadamente ao controle jurisdicional. Da mesma forma, a supremacia judicial implica o declínio da doutrina das questões políticas⁶⁰, na medida em que esta depende do respeito conferido à interpretação constitucional oferecida pelos demais ramos do governo, indicando uma postura de deferência por parte do Judiciário⁶¹. Uma vez que a Suprema Corte é colocada num patamar superior ao dos poderes executivo e legislativo, a sua abstenção em determinadas questões, em relação às quais deveria se submeter à decisão dos demais poderes, deixa de fazer sentido.

A regra do caso duvidoso, que havia servido de fundamento em diversas decisões nas quais a Corte deixou de pronunciar a inconstitucionalidade de uma determinada norma em respeito à dúvida que a sua interpretação poderia ocasionar, também se torna problemática, já que requer uma postura de deferência ao legislador, que ameaçaria a independência judicial. A regra também traz complicações por permitir que normas com elevada probabilidade de serem inconstitucionais permaneçam válidas e eficazes; passa-se a defender que, se

⁵⁹ É prática remeter ao nome do presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte como forma de se referir à época na qual ele a presidia. O *Chief Justice* Earl Warren fez parte da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 1969, período de maior ativismo em favor dos direitos civis da história daquele tribunal.

⁶⁰ V. BARKOW, Rachel E. “More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy”, in *Columbia Law Review*, vol. 102, n. 2, março de 2002.

⁶¹ Nas palavras de Rachel E. Barkow, “*underlying the political question doctrine and this constitutional design is the recognition that the political branches possess institutional characteristics that make them superior to the judiciary in deciding certain constitutional questions*” (p. 240). Em tradução livre: “subjacente à doutrina das questões políticas e a este desenho constitucional está o reconhecimento que os poderes políticos possuem características institucionais que os tornam superiores ao judiciário ao decidir determinadas questões constitucionais”.

existe dúvida sobre a interpretação daquela regra, é exatamente o papel do Judiciário resolvê-la⁶².

A supremacia judicial surgiu com força e trouxe importantes conseqüências ao cotidiano da Suprema Corte, mas não foi a única característica introduzida ao longo do século XX que transformou a concepção original do *judicial review*. Outro aspecto de grande interesse que pode ser apontado é o controle, hoje quase absoluto, sobre os casos que serão apreciados naquela instância⁶³. Isto se dá, principalmente, por meio da redução dos casos de *mandatory jurisdiction*, nos quais o conhecimento do recurso é tido como um direito do jurisdicionado, ao mesmo tempo em que se amplia o escopo do *writ of certiorari*⁶⁴, cuja apreciação depende do juízo discricionário da Suprema Corte⁶⁵. Este domínio contribuiu para a afirmação de que a Suprema Corte possui uma missão que a diferencia dos demais tribunais: não se trata de uma instância de revisão, que aprecia qualquer matéria em que esteja envolvido um direito individual, mas sim de uma corte que escolhe julgar apenas os casos cuja importância seja destacada e cuja repercussão vá muito além das partes envolvidas no feito, alcançando, de fato, toda a sociedade norte-americana⁶⁶.

A comparação entre as épocas não deixa dúvidas de que o *judicial review* de hoje é substancialmente diferente daquele exercido em seus primórdios. As características que limitavam a atuação da Suprema Corte (regra do caso duvidoso, doutrina das questões políticas, constitucionalismo popular e a deferência ao legislador federal) deram lugar à supremacia judicial, onde o direito constitucional é visto como direito ordinário e a Suprema Corte exerce um papel muito mais relevante do que apenas dirimir conflitos concretos acerca de direitos

⁶² Cf. GRIFFIN, Stephen M. "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights", op. cit., pp. 13/14.

⁶³ V. GRIFFIN, "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights", op. cit., p. 18 e segs.

⁶⁴ Sobre os aspectos institucionais do *writ of certiorari*, v. item 3, infra.

⁶⁵ Cf. NOWAK, John E., ROTUNDA, Donald D., YOUNG., J. Nelson, op. cit., pp. 31/33.

⁶⁶ Cf. GRIFFIN, Stephen. "The age of Marbury", op. cit., pp. 18/20.

individuais, podendo, inclusive, selecionar quais matérias possuem especial relevo, a ponto de merecerem a sua consideração.