

A PRIMEIRA DECISÃO SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MARBURY vs. MADISON (1803)

THE FIRST DECISION ON THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:
MARBURY vs. MADISON (1803)

PAULO KLAUTAU FILHO

Professor de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Pará (UFPA). *Master of Laws* pela Law School da New York
University.

Recebido para publicação em agosto de 2003.

*“O fato de serem necessários tais mecanismos para controlar os
abusos do governo talvez seja um reflexo da natureza humana.
Mas o que é o governo em si senão o maior de todos os reflexos
da natureza humana?”
(James Madison, The Federalist, n. 51)*

1. Introdução

Marbury vs. Madison é certamente a decisão mais citada nos estudos de controle de constitucionalidade, mesmo na doutrina constitucional brasileira. Contudo, é talvez uma das menos lidas e, em geral, é apenas parcialmente citada,¹ sem maiores explicações quanto ao seu contexto histórico. Para o novel estudante de Direito (e quiçá para inúmeros profissionais experimentados), o controle judicial de constitucionalidade (o *judicial review* do Direito norte-americano) surge misteriosamente em uma decisão proferida há exatos duzentos anos por um enigmático e desconhecido Juiz Marshall, mais precisamente o *Chief Justice John Marshall*, Presidente da Suprema Corte dos

Estados Unidos da América durante quase 35 anos (1801-1835).²

O leitor dos manuais pátrios de Direito Constitucional passa a saber que a famosa decisão, brotada, como que por geração espontânea da mente de Marshall, inaugura o controle de constitucionalidade judicial, difuso e concreto, o qual esquematicamente será contraposto ao chamado controle de constitucionalidade político, concentrado e abstrato, de origem européia. O surpreso estudante é, então, informado de que o Brasil adota as duas modalidades de controle, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (para não irmos mais longe no passado, posto que desnecessário aos objetivos do presente trabalho). Da

surpresa, passa à confusão, e da confusão, ao total desconhecimento das questões mais relevantes no que tange ao controle da constitucionalidade e à interpretação da Constituição e do próprio Direito como um sistema normativo e produto político e cultural. Péssimo começo de sua relação com o conhecimento jurídico.

Se a leitura e posterior discussão de *Marbury vs. Madison* ajudar a elucidar parte da mencionada confusão, ela já é válida por si própria. Mas a ambição do trabalho é maior. Pareceu-nos pertinente apresentar ao público brasileiro aquele que vem sendo historicamente considerado o primeiro caso relevante do Direito Constitucional também a título de exemplo de um estudo do Direito por meio do “método caso”, predominante nas *law schools* norte-americanas.

Vale dizer que não se trata de mera homenagem ritualística a um marco histórico da jurisdição constitucional. Muitas das questões ali tratadas permanecem importantes hoje em dia, não só para o Direito norte-americano, como para o Direito brasileiro. Por exemplo, é democraticamente legítimo que a decisão final sobre a constitucionalidade das leis esteja a cargo de um órgão composto por onze “notáveis” (no caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro) não eleitos pelo voto da cidadania? (Trata-se da chamada “objeção democrática” ao controle judicial de constitucionalidade.) Quanto ao controle difuso, é também verdadeiramente democrático que um juiz singular possa, mediante decisão monocrática, estancar o prosseguimento de políticas públicas geradas pelos órgãos eleitos pelo voto popular? Até onde pode ir o controle judicial da constitucionalidade? Até onde ele é “meramente” técnico-jurídico e não explícita e subs-

tancialmente político? Pode o Supremo Tribunal Federal intervir em toda e qualquer questão constitucional ou existe um limite para sua jurisdição (as chamadas “questões políticas”, tais como o *impeachment* de representantes eleitos pelo voto popular, devendo essas serem deixadas para os órgãos da representação democrática)?³

Essas e outras questões são tão antigas quanto difíceis e ainda desafiam juristas, cientistas políticos e todos os estudiosos da jurisdição constitucional. As respostas oferecidas por Marshall ainda ecoam nas mentes do presente. Pena que a maioria delas não tenha consciência disso.

Por fim, a título introdutório, interessamos ler *Marbury vs. Madison* com os olhos voltados para a construção de um método de aprendizagem do Direito. Uma das vias do método é a leitura de casos concretos, já julgados. Trata-se do encontro do estudante com o Direito vivo, com a interpretação e a construção jurisprudencial nua e crua. Para tanto, pretende-se chamar a atenção para o pressuposto de que não é possível conhecer o Direito, sem conhecer a História, a Filosofia moral e política, a Hermenêutica... e até mesmo a Biologia evolutiva e a Psicologia cognitiva.⁴ Por outras palavras, trata-se de atentar que o Direito não se esgota em si próprio como fonte e objeto de conhecimento. Não se quer advogar por uma transdisciplinariedade meramente formal. Trata-se de uma necessidade real imposta pelo conhecimento que não aceita os compartimentos formais, sectários e segmentários criados pelo burocratismo dos manuais acadêmicos.

Aos possíveis opositores da viabilidade do “método caso” no Brasil – País de Direito ligado ao ramo romano-germânico (*civil law*), cuja fonte principal é a lei

positivada, em contraposição (diz-nos mais uma vez o esquematismo dos manuais) ao ramo anglo-saxão (*common law*), baseado sobretudo nos costumes (aos quais se incorporam os precedentes judiciais) – vale lembrar que é no caso concreto que se produz a norma. Antes disso, o texto legal é mero escrito que tal como uma partitura precisa do intérprete-musicista para se tornar música. É esse processo de transformação do texto em norma, em Direito, por meio das múltiplas possibilidades de interpretação-aplicação,⁵ que o estudo de casos pretende desvelar e desmistificar.

Para tanto, o procedimento a ser seguido, com os riscos inerentes ao texto escrito, é o de simular uma aula sobre o caso escolhido, pressupondo-se sua leitura prévia, para posterior discussão e análise. Contudo, uma introdução do contexto histórico se fará necessária para um melhor entendimento das circunstâncias do caso. Tal contextualização pressupõe e procura sanar o desconhecimento do aluno das faculdades de Direito no Brasil em relação aos primórdios da história dos Estados Unidos da América, como nação independente. Mas vai aqui o alerta de que, no estudo dos casos nacionais, o conhecimento das circunstâncias históricas e políticas deve ser considerado um pressuposto para o entendimento da questão jurídica. Não é possível, por exemplo, discutir qualquer tema (ou decisão judicial) ligado à “reforma previdenciária”, sem entender as origens do Direito à previdência social, seu reconhecimento e surgimento no Brasil, assim como as circunstâncias políticas, sociais e econômicas de seu desenvolvimento ao longo de nossa história. Tal como o *judicial review* não surgiu de uma mente iluminada e a-histórica, também a previdência social e seus avanços e problemas são um produto de seu tempo.

2. As circunstâncias históricas do caso *Marbury*⁶

Sabe-se que a Constituição norte-americana de 1787 é a primeira Constituição escrita de um Estado Nacional, tal como entendido contemporaneamente. Por essa razão, costuma-se invocá-la como o marco inicial do constitucionalismo. Seguindo-se esse viés, pode-se afirmar, sem maiores controvérsias, que foram três as grandes inovações do constitucionalismo norte-americano: o Federalismo, a separação de Poderes e controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*).

O princípio federalista já era razoavelmente conhecido no século XVIII. Veja-se, por exemplo, sua substancial defesa feita por James Madison, no famoso n. 10 dos *Federalist Papers*.⁷ Para Madison, o Federalismo, baseado na separação vertical de competências entre União e Estados-Membros e por meio da delegação de boa parcela das decisões políticas, tomadas na esfera nacional, aos representantes populares democraticamente eleitos, serviria como um poderoso sistema para viabilizar a democracia republicana em um País com um espaço territorial tão extenso como os Estados Unidos. Aqui é preciso lembrar que os “Pais Fundadores” (*Founding Fathers*) da pátria americana tinham precisa consciência do caráter experimental e inovador do sistema político que a Constituição de 1787 visava instalar. Eles tinham consciência de sua experiência pragmática na administração política das Treze Colônias e, após a Independência, na administração dos entes da Confederação. Também tinham a consciência do desafio democrático diante de si, como leitores que eram dos contratualistas iluministas europeus (nesse particular o desafio lhes era lançado por Rousseau, para quem a democracia

republicana somente seria viável em Estados com a dimensão das cidades-estado da Grécia clássica). Os Fundadores sabiam que não estavam na Atenas de Péricles. O desafio democrático republicano para eles significava assegurar os direitos fundamentais do povo norte-americano e limitar o poder de um Estado com vasta extensão territorial e com um projeto (desde então) explicitamente expansionista, tanto do ponto de vista territorial, quanto dos pontos de vista político e econômico (comercial). Os Pais da Pátria sabiam-se e reconheciam-se como fundadores de uma nação de mercadores e entendiam que as instituições jurídico-políticas deveriam ser adequadas e formatadas segundo um ávido projeto de expansão e conquista de mercados internos e externos. Esse o sentido muito claro da procura da felicidade (*pursuit of happiness*) da famosa Declaração de Direitos de Virgínia, elaborada na Convenção de Filadélfia de 1787.

Nesse contexto, Madison apresentava o Federalismo como uma solução ao problema do que ele chamava de facções majoritárias (*factions as majorities*). Insista-se que os Fundadores não tinham uma visão utópica da política. Eles não eram teóricos de um mundo ideal. Praticamente todos tinham larga experiência política desde os tempos das colônias. Tinham, pois, uma visão absolutamente pragmática do caráter da política em uma democracia. A preocupação de Madison com as facções majoritárias advinha da constatação de que numa democracia os interesses de grupos políticos se opunham e que havia nessa oposição um grande risco de sectarismo. Os interesses de distintos grupos religiosos e raciais, para ficar nos exemplos mais marcantes de violência sectária, não apenas na história norte-americana, mas do mundo inteiro, podem destruir uma democracia (e por

consequente o sonho americano da busca da felicidade, ao seu modo). A perseguição de minorias políticas pela facção majoritária é um fato da vida política que marca atavicamente a história dos Estados Unidos. Afinal, os colonos do *Mayflower* vieram para a América em virtude da dura discriminação que lhes era incutida pela maioria de religião anglicana. A própria Independência dos Estados Unidos surge fortemente vinculada à idéia de desrespeito às minorias – no caso, aos interesses dos colonos, os quais, na verdade, consideravam-se súditos da Coroa Inglesa no ultramar e queriam, num ensaio de Federalismo, ter adequada representação no Parlamento Inglês, o que lhes era negado pela maioria parlamentar da Corte. Na visão de Madison, o Federalismo na América poderia quebrar o poderio das facções majoritárias nos diferentes Estados que seriam representadas no Congresso Nacional por uma elite esclarecida, capaz de, pelo debate com os demais representantes dos diversos Estados-membros, pensar que o projeto nacional da grande nação mercadora deveria sobrepujar as rivalidades entre facções locais. O único problema não devidamente enfrentado por Madison foi o da existência de facções majoritárias em escala nacional. Veja-se o exemplo do escravismo, do racismo, do sexismo, da perseguição aos pacifistas, às feministas, aos gays, aos comunistas na época do chamado terror vermelho (*Red Scare*) e do Macartismo. É nesse espaço sem respostas deixado pelo Federalismo madisoniano que se desenvolveu e se consolidou o *judicial review*, cuja decisão precursora é justamente *Marbury vs. Madison*.

Em segundo lugar, o princípio da separação dos Poderes também era já bastante conhecido no século XVIII. As obras de Locke e sobretudo de Montesquieu sem

dúvida influenciaram o projeto político e constitucional dos Pais Fundadores americanos. A idéia básica de que o governo federal deveria dividir seu poder em termos de um Poder Executivo, um Poder Legislativo e um Poder Judiciário também havia sido sugerida da própria leitura dos Fundadores sobre a experiência política inglesa, tanto louvada pelo francês Montesquieu no seu *Espírito das leis*. Acrescente-se, na separação e distribuição de poderes geradas pela Constituição americana, a criação do Presidencialismo, com sua necessária alternância no poder, como mais um dos mecanismos visando assegurar direitos fundamentais e evitar abusos autoritários perpetrados pelo Estado contra seus cidadãos. Não é à toa que os três primeiros artigos da Constituição de 1787 tratam direta e respectivamente do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Por sua vez, o controle judicial da constitucionalidade (*judicial review*) tem uma originalidade histórica ímpar ante as duas inovações constitucionais anteriormente consideradas. O poder exercido por meio do *judicial review* não era uma idéia historicamente familiar. Muito mais do que um órgão judicial independente exercendo sua função técnica de aplicação da lei, trata-se do Judiciário exercendo o poder de afirmar que o Legislativo (o órgão democraticamente representativo da tradição Parlamentar Britânica e da concepção madisoniana) desrespeitou a Constituição ao editar determinada lei, devendo, por tal razão, excluir-se do ordenamento jurídico o diploma legal sob exame (*under review*). Trata-se, além do controle judicial de constitucionalidade, da supremacia judicial (*judicial supremacy*) com relação aos demais poderes na interpretação da Constituição. Em outros termos, a última palavra sobre a constitucionalidade de determinada lei

caberia ao Poder Judiciário. Tal idéia seria inconcebível, como ainda o é, no sistema parlamentarista inglês, no qual a última instância recursal, quanto a violações da *common law*, está na Câmara dos Lordes (*House of Lords*) e não em qualquer órgão do Poder Judiciário. Daí que as implicações políticas de tal inovação no Federalismo, no mecanismo de freios e contrapesos da separação de Poderes e no significado da democracia republicana são de elevada monta, e não por outra razão estão presentes até hoje. Marshall sabia que estava mexendo em vespeiro, ainda que não demonstrasse isso expressamente, como se verá.

É importante ressaltar que o texto da Constituição americana não afirma em momento algum o princípio do *judicial review*. Trata-se de uma construção jurisprudencial iniciada na famosa decisão sob nosso foco. Aqui vale citar os dispositivos da Constituição de 1787 mais relevantes para a discussão, para que cada um possa tirar suas conclusões. Tais dispositivos terão acentuado destaque em *Marbury vs. Madison*:

“Artigo III

Seção I. O Poder Judicial dos Estados Unidos será composto por uma Suprema Corte, e por tantas Cortes inferiores quantas o Congresso possa de tempos em tempos dispor e estabelecer. Os Juízes, tanto da Corte Suprema como das Cortes inferiores, deverão manter seus Cargos enquanto atuarem com bom Comportamento, e deverão, periodicamente, receber por seus Serviços, uma Compensação, a qual não deverá ser reduzida durante sua permanência no cargo.

Seção II. [1] O Poder judicial deverá se estender a todos os casos,

em Lei e Equidade, surgidos sob essa Constituição, as Leis dos Estados Unidos da América, os Tratados feitos ou que deverão ser feitos sob sua Autoridade; – a todos os Casos que afetem Embaixadores, outros Ministros públicos e Cônsules; a todos os casos de Jurisdição de almirantado ou marítima; – a Controvérsias nas quais os Estados Unidos deverão ser parte; – a Controvérsias entre dois ou mais Estados; – entre um Estado e Cidadãos de outro Estado; – entre Cidadãos de diferentes Estados; – entre Cidadãos do mesmo Estado reclamando por doações de Terras conferidas por diferentes Estados, e entre um Estado ou seus Cidadãos e Estados, Cidadãos e Súditos estrangeiros.

[2] Em todos os casos envolvendo Embaixadores, outros Ministros públicos e Cônsules, e naqueles nos quais um Estado deverá ser parte, a Suprema Corte deverá ter Jurisdição originária. Em todos os demais casos antes mencionados, a Suprema Corte deverá ter Jurisdição recursal, tanto para questões de Fato como de Direito, com tantas Exceções, e sob a Regulamentação que deverá ser realizada pelo Congresso”.

(...)

“Artigo VI

(...)

[2] Essa Constituição, e as Leis dos Estados Unidos, as quais deverão ser feitas em Obediência àquela; e todos os Tratados feitos ou que deverão ser feitos sob a Autoridade dos Estados Unidos, deverão ser a Lei suprema dessa Terra; e os Juízes em todos os Estados deverão estar vinculados por ela, não devendo prevalecer nada na

Constituição ou Leis de qualquer Estado que lhe seja contrário.

[3] Os Senadores e Deputados dantes mencionados, e todos os Membros das várias Legislaturas Estaduais, e todos os Oficiais de cargos executivos e judiciais, tanto dos Estados Unidos como dos diversos Estados, deverão estar vinculados por Jramento ou Afirmação, de defender essa Constituição; mas nenhum Teste religioso jamais deverá ser requerido como Qualificação para qualquer Cargo ou Concessão pública sob os Estados Unidos”.⁸

Assim, fica bem claro que no texto constitucional norte-americano não há qualquer menção expressa ao termo controle jurisdicional de constitucionalidade ou *judicial review*. Mas esse é só o início do debate.

Por essa razão, *Marbury* é absolutamente original. E, conseqüentemente, uma decisão muito controvertida à época. Não havia a aparente unanimidade transmitida pela superficialidade dos manuais contemporâneos. O que não é nem um pouco surpreendente. Quando os Fundadores entenderam o significado da decisão, ficaram profundamente divididos a seu respeito.

O princípio do *judicial review* já havia sido defendido, nos debates prévios à promulgação da Constituição, por Alexander Hamilton, em seu famoso ensaio no n. 78 dos *Federalist Papers*. Alguns Estados americanos, antes da Constituição de 1787, em especial Nova York, haviam tido Constituições estaduais que admitiam o princípio do *judicial supremacy*. Tal experiência pragmática (como já dito, os Fundadores eram políticos empiristas; gostavam de ver o instituto jurídico-político em funciona-

mento antes de adotá-lo) foi discutida nos debates da Convenção de Filadélfia (na qual foi elaborada e votada a Constituição norte-americana). Ali, houve freqüente defesa, particularmente por James Madison, da necessidade de existência de um Poder Constitucional que pudesse invalidar leis Estaduais inconsistentes com a Constituição (sempre o temor das facções majoritárias). Em primeiro lugar, Madison sugeriu a idéia da chamada Negativa Congressual (*Congress Negative*), segundo a qual o Congresso Nacional deveria ter o poder de invalidar leis estaduais inconstitucionais. Em segundo lugar, deveria haver algum mecanismo que assegurasse a constitucionalidade dos atos normativos do Congresso. Para tanto, Madison propôs o Conselho de Revisão (*Council of Revision*), o qual consistiria em um ramo independente do governo, formado por alguns juízes e por alguns políticos. A aprovação de sua constitucionalidade, por esse Conselho, seria condição de validade para qualquer lei congressional.

Portanto, Madison concordava com a necessidade de um mecanismo de controle de constitucionalidade, mas para ele tal mecanismo deveria ser eminentemente político. Contudo, nenhum dos dois mecanismos sugeridos por Madison foi aceito na Convenção. Talvez essa tenha sido a pílula mais amarga que ele tenha tido que engolir ao longo dos trabalhos constituintes. Vários representantes que compareceram à Convenção Constituinte teriam entendido que talvez fosse melhor deixar esse controle a cargo do Judiciário (esse é um argumento histórico em favor da decisão posterior de Marshall em *Marbury*).

Madison discordava radicalmente que um “corpo técnico” como o Judiciário estivesse à altura de tarefa de tamanha relevância política. Ele pensava que um

pequeno órgão sem representatividade popular (no caso, a Suprema Corte) não poderia jamais dizer ao povo democrata dos Estados Unidos que as leis feitas por seus representantes eram inválidas. Ele não acreditava que os cidadãos republicanos concordariam algum dia em conceder tal poder para o Judiciário. Também não confiava no Judiciário. Ele queria um “órgão político”.⁹

Portanto, além das questões históricas, desde sempre houve um arraigado debate político acerca da legitimidade do *judicial review*. Além disso, quando Marshall proferiu sua decisão em *Marbury*, o País vivia uma crise política que deve ser considerada.

O sistema partidário norte-americano surgiu na década de 1790. Inicialmente, logo após a Constituição de 1787, praticamente todos os Fundadores estavam no Partido Federalista, sob a liderança do Presidente George Washington, o qual governou de 1789 a 1797. Assim, estavam no gabinete do primeiro Presidente norte-americano políticos do porte de Alexander Hamilton, como Secretário do Tesouro (*Secretary of Treasury*); e de Thomas Jefferson, como Secretário de Estado (*Secretary of State*), assessorado juridicamente por James Madison.

Porém, após poucos anos, houve um racha político, supostamente motivado por discordâncias acerca de política econômica e de relações internacionais. Hamilton defendia a criação de um Banco Nacional com a função de fomentar o desenvolvimento econômico e comercial nos diversos Estados e nos mais distantes rincões da Federação. Jefferson defendia um Liberalismo mais extremado, sustentando que o Estado não deveria interferir nesse domínio, nem investir dinheiro público em questões que deveriam ser deixadas ao livre desenvolvimento do mercado. Além disso,

para Jefferson, a criação de um Banco Nacional era inconstitucional por não constar entre os poderes constituídos do Congresso Nacional e por ameaçar a autonomia dos Estados Federados. Esses argumentos seriam enfrentados pela Suprema Corte no caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), também relatado pelo *Chief Justice* John Marshall em outra decisão estrutural para o constitucionalismo norte-americano. Mas, para o momento, importa saber da controvérsia entre os dois grupos liderados respectivamente por Hamilton e Jefferson. Após ouvir a posição de seus dois mais importantes Ministros, George Washington tomou a iniciativa de mandar ao Congresso projeto de lei, o qual foi aprovado, criando o *First National Bank*. Vitória de Hamilton. Em segundo lugar, como Secretário de Estado, cargo equivalente até hoje ao de Ministro de Relações Exteriores, Jefferson defendia uma estreita aliança externa com a França, País, segundo ele, de pensamento e visão mais afim com o espírito revolucionário e transformador da jovem nação americana. Hamilton, um economista talentoso e perspicaz, por sua vez defendia o alinhamento com o Império Britânico, tendo em vista as maiores possibilidades comerciais de tal aliança. Notar que não se tratava de escolher qual nação seria mais amiga, mas sim de optar por uma política econômica internacional alinhada com uma ou outra das duas grandes potências capitalistas do final do século XVIII. A tese anglófila de Hamilton prevaleceu.

Essas, dentre outras discordâncias, levaram Jefferson a deixar o governo, levando consigo o brilhantismo jurídico de James Madison, fundando e liderando, logo após, o Partido Democrata Republicano (semente do atual Partido Democrata). Surgia, assim, a estrutura bipartidária que marcaria a história dos Estados Unidos daí por diante.

Mas o Partido Federalista continuou dominando a política americana com a eleição de John Adams, federalista de Massachussets, para o mandato compreendido entre 1797 e 1801. Seu Secretário do Tesouro continuaria sendo Hamilton e seu Secretário de Estado seria o futuro *Chief Justice* John Marshall. Ao longo de seu mandato, Adams sofreu forte oposição do Partido Democrata Republicano liderado por Thomas Jefferson, o qual atacava duramente a política econômica e a política de relações exteriores do segundo presidente americano, conforme os pontos de vista já mencionados. Mas havia um terceiro ponto de profunda discordância entre os dois grupos políticos, que acabaria por fazer a balança pender para o lado de Jefferson. Em 1798, o governo Adams conseguiu aprovar o famoso *Alien and Sedition Act*. Tratava-se de uma lei que, em razão da expansão da divulgação das idéias advindas da Revolução Francesa, visava proibir a publicação de "... escritos falsos, escandalosos e maliciosos [contra] o governo dos Estados Unidos, ou o Congresso, ou o presidente, com o intuito de difamá-los ou gerar desrespeito ou desprezo contra eles; ou excitar contra eles o ódio do bom povo dos Estados Unidos, ou instigar a sedição dentro dos Estados Unidos...".

Tratava-se, em outros termos, de lei que permitia a censura prévia de toda e qualquer manifestação contrária ao governo federalista. A Suprema Corte nunca chegou a se manifestar sobre a constitucionalidade da lei, a qual violava às escâncaras um dos mandamentos da famosa Primeira Emenda à Constituição Americana:

"O Congresso não editará lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; *nem restringirá a liber-*

dade de palavra ou de imprensa;...”
(destacamos).¹⁰

Apesar de não ter sido submetida ao controle de constitucionalidade, a lei serviu de munição preciosa em favor de Jefferson na campanha à presidência, da qual sairia vitorioso em 1801, na primeira transição de poder democrático-partidária eleitoral da história. A gritante inconstitucionalidade da lei, a inabilidade política de Adams e a grande habilidade política de Jefferson para explorar as fragilidades do seu opositor (Adams era candidato à reeleição) foram fundamentais para a primeira eleição presidencial do Partido Democrata Republicano. Adams, anedoticamente, tornou-se um ícone, às avessas, da defesa da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Tratava-se de um homem obeso, que censurava até as caricaturas e charges políticas que acentuavam sua forma rotunda. Contra um animal político como Jefferson, ele não teria a menor chance.

Ciente de sua iminente derrota na campanha presidencial e da iminente perda pelos Federalistas da maioria Congressual, Adams iniciou uma enxurrada de nomeações para o único Poder que restaria aos Federalistas – o Judiciário. Uma das mais destacadas nomeações foi a do seu Secretário de Estado, John Marshall, para a Suprema Corte em janeiro de 1801. Marshall fez o seu “juramento do cargo” (*oath of office*)¹¹ em 04 de fevereiro de 1801. Em 17 de fevereiro, a *House of Representatives* (análoga à nossa Câmara dos Deputados) elegeu Jefferson Presidente. Marshall continuou como Secretário de Estado até 03 de março de 1801, último dia do mandato de Adams. A rigor, Marshall permaneceu por um pouco mais no cargo: em 04 de março de 1801 – o dia no qual ele, já como *Chief Justice* da Suprema Corte, ministrou o

“juramento do cargo” ao recém-eleito Jefferson – ele concordou em atender ao pedido do novo presidente para que “exercesse as funções de Secretário de Estado até que um sucessor fosse nomeado” (James Madison, o demandado em *Marbury*, foi o sucessor de Marshall).

Logo após a eleição de Jefferson, o Congresso Federalista iniciou seus esforços para manter o controle do Judiciário federal. A lei conhecida como *Circuit Court Act*, de 13 de fevereiro de 1801, criou dezesseis cargos de juiz federal de apelação – os *circuit court judges*. Como esperado, todos os novos cargos foram para Federalistas. Foram chamados “*midnight judges*”, por terem sido nomeado no apagar das luzes da administração de Adams. William Marbury, o autor do caso que vamos ler, não estava entre os *midnight judges*. Ele foi nomeado ainda mais tarde: o *Organic Act of the District of Columbia* foi aprovado em 27 de fevereiro de 1801, menos de uma semana antes do fim do mandato de Adams. Aquela lei autorizava o presidente a nomear juízes de paz para o Distrito de Columbia. Adams nomeou 42 juízes em 02 de março de 1801 e o Senado confirmou as nomeações em 03 de março, o último dia de Adams no cargo. As nomeações dos juízes de paz que ajuizaram a ação, incluindo William Marbury, foram assinadas de imediato por Adams – assim como assinadas e carimbadas (*sealed*) por seu Secretário de Estado, Marshall – mas nem todos tomaram posse antes do fim do dia. Então, o novo Presidente, Jefferson, recusou-se a dar posse a eles, por considerar as nomeações nulas.¹² Esse o contexto da decisão que passamos a ler. Leia com atenção e pondere sobre o(s) significado(s) do caso, inicialmente, com base nas questões que se seguirão ao acórdão.

3. A decisão

Marbury vs. Madison¹³

Cranch¹⁴ (5 U. S.) 137, 2 L. Ed. 60 (1803)

[William Marbury foi um dos juizes de paz nomeado para o Distrito de Columbia no final da administração do Partido Federalista do Presidente John Adams, durante uma corrida desenfreada de nomeações para cargos judiciais de última hora em março de 1801. A nova administração de Jefferson decidiu desconsiderar as nomeações uma vez que as posses não haviam ocorrido antes do final do governo de Adams. Marbury e alguns colegas, desapontados, decidiram ir diretamente à Suprema Corte, durante o exercício de 1801, visando compelir o Secretário de Estado de Jefferson, James Madison, a lhes dar posse. A Suprema Corte somente apreciou esse pedido de 1801 em fevereiro de 1803. Antes de reportar o acórdão, a publicação oficial sintetizou os procedimentos iniciais do caso. Esse sumário também será transcrito aqui para esclarecer alguns pontos envolvendo a técnica processual e material do caso, assim como para dramatizar (somando-se entre parênteses alguns nomes de personagens) o envolvimento de John Marshall na causa.]

No último período de judicatura, ou seja, o termo de dezembro de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hoee e William Harper, por seu advogado, Charles Lee, o último Advogado Geral (*Attorney General*) dos Estados Unidos, moveram ação perante a Suprema Corte contra o Secretário de Estado, James Madison, pleiteando fosse expedido mandado judicial determinando ao Secretário que lhes entregasse os termos de nomeação (*commissions*) para que pudessem tomar posse nos seus respectivos cargos de juiz

de paz do Distrito de Columbia. A ação tinha o suporte de relatórios e declarações juramentadas (*affidavits*) (incluindo uma escrita pelo irmão do *Chief Justice Marshall*, James Marshall) que apresentavam os seguintes fatos: que o Sr. Madison havia sido notificado da presente ação; que o Sr. Adams, o último Presidente, havia indicado os nomes dos requerentes ao Senado e que o Senado havia devidamente aprovado as nomeações para os cargos de juiz de paz no Distrito de Columbia; que as nomeações haviam sido assinadas pelo Presidente após a aprovação do Senado; e que o selo dos Estados Unidos foi, na forma devida, afixado aos termos de nomeação pelo Secretário de Estado (John Marshall); que os demandantes haviam requerido ao Sr. Madison que lhes entregasse seus termos de nomeação, havendo a recusa e a resposta de que não tinham direito ao cargo. Dessa maneira os demandantes se voltaram à (Suprema) Corte para que dirimisse a questão.

Depois, em 24 de fevereiro de 1803, a seguinte decisão foi proferida pelo *Chief Justice* (John Marshall):

Na última judicatura, conforme o relatório lido pelo oficial da Corte (*clerk*), uma ordem foi concedida neste caso, requerendo ao Secretário de Estado que mostrasse porque um mandado (*mandamus*) não deveria ser expedido obrigando-o a entregar a William Marbury seu termo de nomeação para o cargo de juiz de paz do Condado de Washington, no Distrito de Columbia.

Nenhuma razão foi apresentada, e a presente petição (*motion*) requer a expedição de um *mandamus*. A sutileza peculiar deste caso, a novidade de algumas de suas circunstâncias, e a dificuldade real em abranger os diversos pontos que se fazem presentes exigem uma exposição completa

dos princípios sobre os quais a decisão da Corte está fundada.

Na ordem respectiva pela qual a Corte examinou a matéria, as seguintes questões foram consideradas e decididas:

1. O petionário tem direito a tomar posse como juiz de paz?

2. Se ele tem o direito, e o direito foi violado, as leis desse País garantem a ele um remédio?

3. Se as leis garantem o remédio, será ele um *mandamus* proferido por essa Corte?

O primeiro objeto de investigação é: 1. O petionário tem direito a tomar posse como juiz de paz?

É decididamente a opinião da Corte de que quando a nomeação é assinada pelo Presidente, a indicação é feita; e a nomeação está completa quando o selo dos Estados Unidos foi afixado a ela pelo Secretário de Estado.

Negar a entrega do termo de nomeação e, conseqüentemente, a posse a Marbury é, portanto, um ato considerado pela Corte não garantido pelo direito, uma violação de um direito legal consolidado (*a vested legal right*).

Isso nos leva à segunda indagação, qual seja: Se ele tem o direito, e o direito foi violado, as leis desse País garantem a ele um remédio?

A essência da liberdade civil (*civil liberty*) certamente consiste no direito de cada cidadão em reclamar pela proteção das leis toda vez que ele sofrer um dano. Uma das primeiras obrigações do governo é assegurar tal proteção. O governo dos Estados Unidos tem sido enfaticamente um governo de leis, não um governo de homens. Ele certamente deixará de servir a tal fundamento, se as leis não oferecerem um remédio para a violação de um direito legal consolidado. Se tal infâmia deve ser

imputada à jurisprudência de nosso País, ela somente deverá se justificar pela peculiar natureza do caso.

É, portanto, necessário que averiguemos se há na composição do presente caso algum ingrediente que justifique sua exclusão da investigação legal, ou que exclua a parte que sofreu o dano da compensação legal (*legal redress*).

Tal ingrediente estaria na natureza da compensação? O ato de dar ou não dar posse de um cargo é considerado um ato meramente político, pertencendo exclusivamente ao Poder Executivo, para a realização do qual inteira confiança lhe é concedida por nossa constituição; e para qualquer erro referente a tal ato, o indivíduo prejudicado não tem remédio? Que talvez haja casos assim não há dúvidas; mas não se pode admitir que todo ato de ofício, a ser praticado por qualquer dos ramos governamentais, caracterize tal situação.

Portanto, a questão a respeito da legalidade de um ato de um oficial de elevado posto do Executivo ser passível de reexame por uma Corte de Justiça deverá sempre depender da natureza do respectivo ato.

Pela Constituição dos Estados Unidos, o presidente é investido de certos poderes políticos importantes, no exercício dos quais ele deverá usar de discricionariedade, devendo prestar contas somente ao seu País, politicamente, e à sua própria consciência. Para auxiliá-lo no exercício de suas obrigações, ele é autorizado a apontar certos oficiais de governo, os quais agem por sua autoridade e de conformidade com suas ordens. Nesses casos, os atos deles (auxiliares) serão seus atos; e qualquer opinião poderá ser manifestada acerca do modo como a discricção executiva foi exercida, mas nenhum poder poderá controlar tal discricção. As matérias objeto de discri-

cionariedade são políticas. Dizem respeito à Nação, e não a direitos individuais, e sendo tais questões políticas confiadas ao Executivo, a decisão do Executivo é conclusiva. Pode-se exemplificar tal observação com a lei do Congresso que estabelece o departamento de relações exteriores (*department of foreign affairs*). Os atos do titular desse departamento, tal como definido pela lei que o criou, deverão se dar de conformidade com a vontade do presidente. Ele (o ministro de relações exteriores) é um mero órgão pelo qual a vontade presidencial é expressa. Os atos de tal servidor, no exercício de funções relativas ao cargo, não podem nunca ser examinados pelas Cortes. Mas quando a legislatura impõe sobre o mesmo oficial outras obrigações; quando ele é dirigido peremptoriamente pela lei para praticar determinados atos; quando os direitos de indivíduos dependem destes atos; ele torna-se então o oficial da lei; ele é responsável perante as leis por sua conduta; e não pode discricionariamente desconsiderar direitos consolidados de outros.

A conclusão desse raciocínio é de que, quando os ministros (*heads of departments*) são agentes políticos ou de confiança do Executivo, simplesmente para executar a vontade do presidente, ou melhor, para atuar em casos nos quais o Executivo possui discricionariedade constitucional ou legal, nada pode ser mais claro do que seus atos poderem apenas ser politicamente avaliados. Mas quando uma obrigação específica é determinada por lei, e direitos individuais dependem do cumprimento de tal obrigação, parece igualmente claro que o indivíduo que se considera prejudicado tem o direito de socorrer-se de um remédio previsto pelas leis de seu País.

Assim, é opinião da Corte de que *Marbury* tem o direito a tomar posse; a

recusa a lhe conferir tal posse, a qual é uma clara violação de seu direito, deverá encontrar remédio nas leis de seu País.

Resta investigar se ele tem direito ao específico remédio que pleiteia. Isso depende: 1. Da natureza do mandado (*writ*) pleiteado; e 2. Do poder dessa Corte.

1. A natureza do *writ*. Esse *writ*, se concedido, seria dirigido a um oficial do governo, e a ordem a ele seria, para usar as palavras de Blackstone, “fazer uma coisa particular ali especificada, a qual diz respeito ao seu cargo e função, a qual a Corte previamente havia determinado, ou pelo menos supõe seja consonante ao direito e à justiça”. Ou nas palavras de Lord Mansfield, o peticionário, nesse caso, tem o direito de exercer um cargo público e é mantido afastado do gozo de tal direito. Tais circunstâncias, certamente, estão presentes nesse caso.

Ainda assim, para admitir que o *mandamus* é o remédio adequado, a autoridade a quem ele deve se dirigir, deve ser uma a qual, dentro dos princípios legais, esse *mandamus* possa ser dirigido; e a pessoa pleiteando o *writ* não deve ter qualquer outro remédio legal específico.

Primeiramente, quanto à autoridade a quem o mandado deve ser dirigido. A íntima relação política, existente entre o Presidente dos Estados Unidos e os ministros (*heads of departments*), necessariamente torna qualquer investigação legal dos atos de um desses altos oficiais peculiarmente incômoda, assim como delicada; além de provocar alguma hesitação com respeito à propriedade de entrar em tal investigação. As impressões são freqüentemente recebidas sem muita reflexão ou exame, e não é bom, que em um caso como o presente, a assertiva, por um indivíduo, de suas demandas legais em uma Corte de Justiça, clamando que é obrigação da Corte atendê-las, possa à primeira vista

ser considerada por alguns, como uma tentativa (da Corte) de invadir o gabinete ministerial, imiscuindo-se nas prerrogativas do Executivo.

A Suprema Corte raramente necessita negar as pretensões relativas à sua jurisdição. Uma extravagância, tão absurda e excessiva, não poderia ser considerada por um momento sequer. O âmbito de atuação da Corte é tão-somente decidir a respeito dos direitos individuais, e não indagar sobre como o Executivo, ou os oficiais do Executivo, cumprem suas obrigações na esfera do que lhes é discricionário. As questões de natureza política, ou submetidas pela constituição e pelas leis ao Executivo, não podem ser trazidas a esta Corte.

Mas, se a questão não é esta; se longe de implicar numa intrusão nos segredos do gabinete, ela diz respeito a um documento, o qual, na forma legal, encontra-se nos arquivos públicos, e a lei assegura o direito a uma cópia do referido documento, mediante o pagamento de dez centavos; se não há interferência em matéria discricionária; o que pode haver no elevado cargo do oficial, que justifique negar a um cidadão a busca de seus direitos perante uma Corte de Justiça, ou que justifique a negativa da Corte em ouvir a sua reclamação; ou ainda de deixar de emitir uma ordem judicial, determinando o cumprimento de uma obrigação, a qual independe de discricionariedade do Executivo, mas que está baseada em leis específicas do Congresso e nos princípios gerais do direito?

Quando um ministro é obrigado pela lei a praticar um determinado ato que afete direitos individuais absolutos, não há fundamentos para justificar que as Cortes do País não devam exercer sua obrigação de julgar a causa.

Este é, portanto, um claro caso de cabimento do *mandamus* para garantir a

posse do demandante; e só resta saber se esta Corte é o órgão competente para expedir o *writ*.

A lei (*act*) que estabelece as Cortes judiciais dos Estados Unidos autorizam a Suprema Corte “a expedir ordens mandamentais (*writs of mandamus*) em casos garantidos pelos princípios e costumes de Direito, a qualquer Corte oficial, ou a pessoas no exercício de cargos, sob a autoridade dos Estados Unidos”.¹⁵

Sendo o Secretário de Estado (*Secretary of State*) uma pessoa exercendo um cargo sob a autoridade dos Estados Unidos, ele está precisamente dentro da descrição do texto legal; a se esta Corte não estiver autorizada a emitir um mandado contra tal oficial, só poderá ser por que a lei (*Judiciary Act*) é inconstitucional e, portanto, absolutamente incapaz de conferir a autoridade e as obrigações que seus termos buscam conferir e determinar.

A Constituição atribui o poder judicial dos Estados Unidos a uma Suprema Corte e a tantas Cortes inferiores quantas o Congresso, de tempos em tempos, decidir estabelecer. Esse poder é expressamente estendido a todos os casos surgidos sob as leis dos Estados Unidos;¹⁶ e, conseqüentemente, de alguma forma, talvez seja exercido no presente caso; porque o direito pleiteado é dado por uma lei dos Estados Unidos.

Na distribuição desse poder, é declarado que “a Suprema Corte deverá ter jurisdição originária em todos os casos envolvendo embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e naqueles nos quais um Estado deverá ser parte. Em todos os demais casos antes mencionados, a Suprema Corte deverá ter jurisdição recursal (*appellate jurisdiction*)”.¹⁷

Foi sustentado oralmente que, como a atribuição original de jurisdição, à Supre-

ma Corte e às Cortes inferiores, é geral, e a cláusula não contendo palavras negativas ou restritivas, a legislatura continua com o poder de atribuir jurisdição originária à Corte em outros casos que não os especificados no artigo constitucional citado, assegurado que esses casos sejam da competência do poder judicial dos Estados Unidos.

Se houvesse a intenção de deixar para a discricionariedade da legislatura a repartição do poder judicial entre a Corte Suprema e as inferiores, segundo a vontade daquele órgão, teria sido inútil haver definido na Constituição alguma coisa além do que é o poder judicial e quais as Cortes que o compõem. A parte subsequente da seção seria meramente supérflua, sem qualquer significado, se essa for a interpretação que prevalecer. Se o Congresso mantém a liberdade de atribuir à Corte jurisdição recursal, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e atribuir jurisdição originária onde a Constituição declarou que deveria ser jurisdição recursal; então, a distribuição de jurisdição feita na Constituição é forma sem substância.

Palavras afirmativas, em sua operacionalidade, são frequentemente negativas de objetos outros e distintos dos que foram afirmados; e, nesse caso, um sentido negativo ou exclusivo deve ser dado a elas, sob pena de não terem operacionalidade alguma.

Não se pode presumir que uma cláusula constitucional é destinada a não ter qualquer efeito; e, portanto, tal interpretação é inadmissível, a não ser que as palavras admitam-na.

Quando um instrumento organizador de um sistema judicial divide-o entre uma Corte Suprema e tantas inferiores quanto a legislatura decidir estabelecer; enumerando, então, seus poderes, e procedendo

além, para distribuí-los, ao definir a jurisdição da Suprema Corte, pela declaração dos casos nos quais ela deverá ter jurisdição originária, e pela afirmação de que nos demais casos ela deverá ter jurisdição recursal; o significado claro das palavras parece ser que em um determinada classe de casos sua jurisdição é originária e não recursal; enquanto nos outros casos a jurisdição é recursal, e não originária. Qualquer outra interpretação tornaria a cláusula inoperante. Esta é uma razão adicional para rejeitar tal interpretação, e para aderir ao significado óbvio da cláusula.

Para esta Corte poder emitir um mandado, deve ser demonstrado que se trata de jurisdição recursal, ou deve ser necessário dotá-la de competência para exercer jurisdição recursal no caso.

Foi afirmado em sustentação oral que a jurisdição recursal pode ser exercida de várias formas, e que se é vontade da legislatura de que um *mandamus* seja utilizado para tal propósito, tal vontade deve ser obedecida. Isso é verdade, mas ainda assim a jurisdição é recursal e não originária.

O critério essencial da jurisdição recursal é o de que ela revê e corrige os procedimentos numa causa já instalada, e não que ela crie a causa. Ainda que um *mandamus* seja dirigido às Cortes, para obrigar um oficial a entregar determinado documento, trata-se da mesma coisa que mover uma ação originária para obter o documento, e, portanto parece pertencer não à jurisdição recursal, mas à originária. Nem é necessário em tal caso conferir competência à Corte para exercer jurisdição recursal.

A autoridade, portanto, conferida à Suprema Corte, pelo *Judiciary Act* de 1789, para expedir ordens mandamentais contra oficiais públicos, não parece ter respaldo na

Constituição; e se torna necessário investigar se uma jurisdição assim conferida pode ser exercida.

A questão de saber se uma lei em choque com a Constituição pode tornar-se lei do País é profundamente interessante para os Estados Unidos; mas, felizmente, não é intrincada à proporção de seu interesse. Para decidi-la, parece apenas necessário reconhecer certos princípios considerados há muito como bem estabelecidos.

A base sobre a qual toda a estrutura americana se erigi é ter o povo o direito originário de estabelecer, para seu futuro governo, princípios tais, que, a seu ver, conduzirão à sua própria felicidade. O exercício deste direito original demanda um enorme esforço; não pode nem deve ser freqüentemente repetido. Os princípios, portanto, assim estabelecidos, são considerados fundamentais. E como a autoridade da qual promanam é suprema e raramente pode agir, são designados para serem permanentes.

Esta vontade original e suprema organiza o governo e determina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. Pode parar por aqui ou estabelecer certos limites que não devem ser transcendidos por aqueles departamentos. O governo dos Estados Unidos segue a última idéia. Os poderes do Legislativo são definidos e limitados e seus limites não podem ser controvertidos ou enfraquecidos; a Constituição é escrita. Qual o propósito de serem os poderes limitados e seus limites consignados por escrito, se aqueles limites puderem, a qualquer tempo, ser ultrapassados pelos poderes que (os limites) visam restringir? A distinção entre um governo com poderes limitados ou ilimitados é abolida, se aqueles limites não contiverem as pessoas sobre as quais são impostos, e se forem igualmente obrigatórios atos proibidos

e atos permitidos. É uma proposição demasiadamente clara para ser contestada, a de que a Constituição controla qualquer ato legislativo em choque consigo, ou que o Legislativo possa alterar a Constituição por lei ordinária (*ordinary act*).

Entre essas alternativas, não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, direito supremo, imutável por meios ordinários, ou estará no mesmo nível de leis ordinárias e, como tais, poderá ser alterada segundo a vontade do Legislativo.

Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à Constituição não é direito; se a última parte é certa, então as Constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável.

Certamente, todos os que têm fizeram Constituições escritas as contemplam como a lei fundamental e suprema da nação, e, conseqüentemente, a teoria de todos os governos desse tipo deve ser a de que um ato da legislatura, contrário à Constituição, é nulo.

Essa teoria se liga essencialmente à uma Constituição escrita e deve, portanto, ser considerada por esta Corte, como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. Não devendo, portanto, perdê-lo de vista na ulterior consideração deste assunto.

Se um ato da legislatura, contrário à Constituição, é nulo, ele, apesar de sua nulidade, deve vincular as Cortes, e obrigá-las a lhe dar efeito? Ou, em outras palavras, embora não constitua Direito, será uma norma tão operativa quanto se fosse Direito? Isso seria anular, de fato, o que foi estabelecido na teoria; pareceria, à primeira vista, um absurdo demasiadamente grosseiro para que se insistia nele. Receberá, entretanto, uma consideração mais atenta.

É enfaticamente a competência, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma.

Assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso; ou conforme a lei, desconsiderando a Constituição; ou de acordo com a Constituição, desconsiderando a lei; a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário.

Se, então, os tribunais devem considerar a Constituição, e esta é superior a qualquer lei ordinária da legislatura, a Constituição, e não a lei ordinária, deve governar o caso ao qual ambas se aplicam.

Aqueles, portanto, que controvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada nas Cortes como um Direito supremo, são levados à necessidade de sustentar que os tribunais devem fechar seus olhos à Constituição e ver apenas a lei.

Esta doutrina subverteria o próprio fundamento de todas as Constituições escritas. Ela declararia que uma lei que, segundo os princípios e a teoria de nosso governo, fosse inteiramente nula, seria ainda, na prática, totalmente obrigatória. Declararia que se o Legislativo fizer o que é expressamente proibido, tal ato, apesar da proibição expressa, será na realidade válido. Estaria dando ao Legislativo uma onipotência prática e real, com o mesmo alento com que professa a restrição de seus poderes dentro de limites estreitos. É prescrever limites e declarar que aqueles limites podem ser ultrapassados à vontade.

Que ela, pois, reduz ao nada o que temos considerado o maior aperfeiçoamento em instituições políticas, uma constituição escrita, seria por si só suficiente, na América, onde as constituições escritas têm sido olhadas com tanta reverência, para rejeitar a interpretação. Mas as expressões peculiares da Constituição dos Estados Unidos fornecem argumentos adicionais em favor de sua rejeição.

O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todos os casos sob a Constituição. Poderia ser a intenção daqueles que deram este poder dizer que, ao usá-lo, a Constituição não deveria ser levada em conta? Que um caso surgido sob a Constituição devesse ser decidido sem examinar o instrumento sob o qual surgiu? É coisa demasiadamente extravagante para que alguém a sustente (*This is too extravagant to be maintained*).

Em alguns casos, então, a Constituição deve ser examinada pelos juízes. E se eles podem examiná-la inteiramente, que parte dela estão eles proibidos de ler ou de obedecer?

Há muitas outras partes da Constituição que servem para ilustrar esse assunto. Está declarando que “nenhum imposto ou dever incidirá sobre artigos exportados de qualquer Estado”. Suponhamos um tributo cobrado sobre a exportação do algodão, do tabaco, ou de farinha; e uma ação movida para obter sua restituição. Deveria haver julgamento em tal caso? Deveriam os juízes fechar seus olhos à Constituição e ver apenas a lei?

A Constituição declara “que não serão promulgados decretos de proscricção, nem leis retroativas” (*no bill of attainder¹⁸ or ex post facto law shall be passed*). Se, entretanto, tal lei devesse passar e uma pessoa devesse ser processada sob ela, deveriam os tribunais condenar à morte

aquelas vítimas a quem a Constituição tenta preservar?

“Nenhuma pessoa”, diz a Constituição, “será condenada por traição à pátria, salvo mediante o depoimento de duas testemunhas com relação a esse ato notório, ou mediante sua confissão em sessão aberta no tribunal”. Aqui, a linguagem da Constituição é endereçada especialmente às Cortes. Prescreve diretamente para elas uma regra de evidência que não deve ser ultrapassada. Se o Legislativo pudesse mudar esta norma, e declarar uma testemunha ou confissão fora do tribunal, suficientes para convicção, deve o princípio constitucional ceder ao ato legislativo?

Desta e de muitas outras seleções que podiam ser feitas, é evidente que os autores da Constituição contemplaram aquele instrumento como uma norma para o governo das Cortes, assim como da legislatura.

Por que, por outro lado, devem os juízes jurar defendê-la? Esse juramento certamente aplica-se, de certo modo, à sua conduta em seu caráter oficial. Quão imoral impor-lhes o juramento, se fossem usados como instrumentos, e instrumentos conscientes, da violação do que eles juraram defender!

O juramento do cargo, também imposto pela legislatura, demonstra completamente a opinião legislativa sobre o assunto. Ei-lo: “Juro solenemente que administrarei a justiça igualmente entre as pessoas, e farei justiça igual ao pobre e ao rico; e que cumprirei, fiel e imparcialmente, todos os deveres a mim atribuídos..., conforme o melhor de minha capacidade e compreensão, de acordo com a Constituição e as leis dos Estados Unidos”.

Para que um juiz jura cumprir suas obrigações conforme a Constituição dos Estados Unidos, se essa Constituição não caracteriza regra alguma para seu governo? Se está fechada sobre ele, e não pode ser

por ele inspecionada? Se esse for o real estado das coisas, será nada mais do que uma pilhéria solene. Prescrever esse juramento, ou prestá-lo, será em ambos os casos um crime.

Não é, também, inteiramente indigno de observação, que, ao declarar qual será a lei suprema do País, a própria Constituição é mencionada em primeiro lugar; e não as leis dos Estados Unidos, em geral, mas somente aquelas apenas que forem feitas em obediência à Constituição, gozarão daquele *status*. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é nula e que os tribunais, assim como outros departamentos, são limitados por aquele instrumento.

A norma deve ser anulada (*The rule must be discharged*).

4. Interpretando o caso

Reiteramos que a interpretação do Direito deve levar em conta pelo menos texto legal, a história, as regras de hermenêutica e a teoria política e moral.

No caso em questão procure considerar esses aspectos ao responder as questões sugeridas. A tarefa de interpretar é sua. Pode ser realizada individualmente, ou em grupo ou na sala de aula sob a orientação do professor, mas o importante é que o exercício seja realizado pelo aluno. Por isso, optamos por não apresentar nesse artigo nossa própria interpretação sobre o caso. É certo que as questões sugeridas dão algumas “dicas” sobre nossa visão, mas o trabalho interpretativo agora é do leitor.

1. O que Marshall decidiu sobre o pedido de Marbury? Sua decisão

quanto a esse pedido foi favorável à posição defendida pela administração de Jefferson?

2. Como advogado de Madison, que argumento preliminar você utilizaria para impugnar a decisão de Marshall?

3. Marshall, logo de início, afirma a necessidade de “uma exposição completa dos princípios sobre os quais a decisão da Corte está fundada”. Quais princípios você entende que foram expostos e aplicados por Marshall?

4. Quais as questões que Marshall levanta para examinar o pedido de Marbury? Como ele as responde?

5. Para Marshall, qual a essência da liberdade civil e qual o papel do Judiciário em sua defesa?

6. Marshall afirma que o governo dos Estados Unidos é um governo de leis e não um governo de homens. Há alguma contradição entre sua afirmação e sua atuação no caso?

7. Qual a visão exposta por Marshall sobre o princípio da separação dos poderes?

8. Marshall se declara muito respeitoso dos atos do Legislativo e especialmente do Executivo com relação ao âmbito de sua discricionariedade – as chamadas “questões políticas”. Por outro lado ele afirma claramente que “o Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todos os casos sob a constituição”. Como ele concilia essas duas posturas? Consegue? Como diferenciar uma questão política de uma questão de direitos fundamentais (o âmbito de atuação das Cortes, segundo Marshall)?

9. A decisão de Marshall é meramente “técnica”? Pode-se afirmar que no controle judicial de constitucionalidade o caráter técnico prevalece sobre o jurídico?

10. Marshall poderia ter decidido a causa sem entrar na questão da constitucionalidade do *Judiciary Act*? Você entende que o dispositivo legal citado viola a constituição?

11. Que argumentos Marshall elenca para fazer a defesa do controle judicial de constitucionalidade? Ele é convincente?

12. Para ele, de onde vem a “vontade suprema” que organiza o governo e estabelece os poderes e seus limites?

13. Qual o significado e a relevância da Constituição ser escrita?

14. Como Marshall vê a Constituição? Como “carta política” ou como “lei maior”? Por quê?

15. Qual a essência da obrigação do poder judiciário?

16. Como Marshall usa o argumento da defesa dos direitos fundamentais?

17. Que argumentos textuais ele usa?

18. Existe “algo de podre no reino do *judicial review*”?

Há inúmeras perguntas que podem ser feitas e vários ângulos sobre os quais a decisão, dada sua força histórica, política e argumentativa, pode ser lida. Mas o primeiro passo para essas várias possíveis análises é reconhecer que não basta citar o caso parcialmente e fora de seu contexto para entendê-lo. É preciso lê-lo. E isso você acabou de fazer. Agora, é refletir e formar fundamentadamente sua posição.

5. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITAR, Orlando Chicre Miguel. *A Lei e a Constituição: alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém, 1951.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDEZ, Atahualpa. *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico*. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e norma jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORRISON, Alan B.(org.). *Fundamentals of American law*. New York: Oxford University Press, 1998.
- RICHARDS, *Foundations of American constitutionalism*. New York: Oxford University Press, 1989.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional law*. 14. ed. New York: Foundation Press, 2001.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TRIBE, Lawrence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press. v. 1.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NOTAS

1. Veja-se, a título de exemplo, os importantes manuais de Direito Constitucional dos Professores Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes e Michel Temer. Vale, também exemplificativamente, referir as dought monografias dos Professores Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*), Orlando Chicre Miguel Bitar (*A lei e a Constituição: alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade*) e Zeno Veloso (*Controle jurisdicional de constitucionalidade*). Ver Referências Bibliográficas para dados completos.

2. Conforme relação atualizada de todos os membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, apresentada em apêndice do “*casebook*” *Constitutional Law*, de Katheleen M. Sullivan e Gerald Gunther (2001).

3. Para uma precisa e acurada análise do tema da distribuição dos recursos de poder na Constituição de 1988, veja-se o trabalho do Professor Antônio Gomes Moreira Maués, da Universidade Federal do Pará, denominado *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição Federal de 1988*.

4. A esse respeito, leia-se o seminal trabalho do Professor Atahualpa Fernandez, da Universidade da Amazônia (UNAMA) e do Centro Universitário do Pará (CESUPA), chamado *Direito, evolução racionalidade e discurso jurídico*.

5. Para uma iniciação, em língua portuguesa, no tema da interpretação-aplicação do Direito vale referir os trabalhos dos Professores Luís

Roberto Barroso, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (*Interpretação e aplicação da Constituição*) e Eros Roberto Grau, da Universidade de São Paulo (USP) (*Direito, conceitos e normas jurídicas e O direito posto e o direito pressuposto*).

6. Cabe esclarecer que para a elaboração do histórico aqui apresentado utilizamo-nos sobretudo das seguintes obras: o *casebook Constitutional Law*, dos Professores da *Stanford Law School*, Kathleen M. Sullivan e Gerald Gunther (2001); o clássico manual de Direito Constitucional americano *American constitutional law*, do professor da *Harverd Law School*, Lawrence Tribe; de uma compilação de artigos sobre Direito americano, *Fundamentals of American law*, escrita por professores da *Law School da New York University* e organizada pelo Professor Alan Morrison; e do esclarecedor livro *Foundations of American constitutionalism*, do Professor de Direito Constitucional da *Law School da New York University*, David Richards. As indicações completas encontram-se nas Referências Bibliográficas. Por não se tratar exatamente de um artigo sobre história dos Estados dispensamos o rigor da consulta a fontes primárias e apresentamos uma interpretação pessoal daquele momento, fundamentada nos respeitadas trabalhos já referidos. Esse esclarecimento visa também evitar o excesso de notas explicativas, uma vez que nosso principal objetivo é chegar na leitura da decisão de Marshall.

7. Os *Federalist Papers* são a compilação de uma série de artigos escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay e publicados em jornais do Estado de Nova York, nos debates públicos que antecederam à Convenção de Filadélfia, reunida para elaborar a Constituição Americana.

8. Tradução do autor. Segue o texto original: “*Article III* Section I. The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their services, Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section 2.[1] The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, which shall be made, under their Authority; – to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; – to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; – to Controversies to which the United States shall be a Party; – to Controversies between two or more States; – between a State and Citizens of another State; – between Citizens of different States; – between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

[2] In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such regulations as the Congress shall make”.

(...)

“Artigo VI

(...)

[2] This Constitution, and all the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding.

[3] The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.”

9. Cf. Richards (1989), p. 105-130.

10. Tradução do autor. Segue o texto original: “*Amendment I (1791)*. Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of de press;...”

11. Segundo o *Black’s Law Dictionary*, o *oath of office* é: “Um juramento feito por uma

pessoa prestes a assumir os deveres de um cargo público, pelo qual a pessoa promete cumprir obrigações do cargo de boa fé” (Tradução do autor).

12. Baseamos a reconstituição do contexto das nomeações judiciais nas notas de Sullivan e Gunther (2001), p. 3-13.

13. A tradução do julgado é do autor do presente artigo, com base no texto integralmente reproduzido no *casebook*: SULLIVAN, Kathleen M. e GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 14ª ed., 2001.

14. *Cranch* foi o primeiro volume dedicado integralmente a registrar e publicar as decisões da Suprema Corte Americana (à esquerda ia indicado o volume e à direita, a página). Contudo, só foi publicado em 1804. Os casos da década de 1790 foram reunidos e publicados pela iniciativa de A. J. Dallas em volumes que também incluíam decisões da Corte Estadual da Pennsylvania. Somente em 1816, o Congresso decidiu criar uma publicação oficial reunindo as decisões da Suprema Corte. Em 1884, a Corte decidiu que suas decisões seriam citadas somente pelo número da publicação oficial. Daí, a forma entre parêntesis: (5 U. S.). (Nota do Tradutor).

15. Conforme dispositivo da Seção 13 do *Judiciary Act de 1789*, no original: “The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from de circuit courts and courts of the several

states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States” (destacamos o trecho traduzido – Nota do Tradutor).

16. Ver Artigo III, Seções I e II, previamente citado e traduzido (Nota do Tradutor).

17. Artigo III, Seção II [2] (Nota do Tradutor).

18. *Bill of Attainder* era uma espécie de ato legislativo, usada pelo Parlamento britânico, através do qual a pena de morte era imposta a alguém sem julgamento. Eram usados também para punir, sempre sem julgamento, determinada pessoa ou grupo, privando-lhes de seus direitos civis e, muitas vezes, estendendo a punição para os descendentes dos condenados (daí a tradução, sugerida por alguns autores, pelo termo “decreto de proscricção”). A Constituição americana proíbe expressamente que o Congresso edite *bills of attainder* (Art. I, Parágrafo 9.º, Cláusula 3; Art. I, Parágrafo 10.º, Cláusula 1), desde então considerados como gravemente violadores dos direitos fundamentais. Na Grã-Bretanha, há muito também que já foram excluídos do ordenamento jurídico.