

## Diário de Classe: Dilema da análise constitucional nos EUA faz 210 anos

Spacca

Em fevereiro deste ano, o *leading case* que estabeleceu a *judicial review* estadunidense (que entre nós ficou conhecida como *controle difuso de constitucionalidade*) completou 210 anos. Trata-se do caso *Marbury versus Madison*. A maioria dos manuais e teses que são produzidas no Brasil sobre o tema do controle de constitucionalidade e da interpretação da Constituição fazem menção e, nalguns casos, reconstroem o contexto histórico que deu origem à demanda de Willian Marbury. Sem embargo, nem sempre se joga luz em todo o esplendor político-jurídico que se projeta do caso.



É preciso ter presente que este caso teve um colorido político muito forte. Os EUA haviam acabado de sair da revolução que culminou com a proclamação da independência e a instituição da federação. Por outro lado, iniciava-se o mandato apenas do terceiro presidente norte-americano, o democrata-republicano Thomas Jefferson, que havia derrotado nas eleições de 1800 John Adams, do Partido Federalista. Nesta eleição a disputa entre o Partido Democrata-republicano e o Partido Federalista foi muito intensa

Depois da derrota, Adams continuou no governo por alguns meses juntamente com o Congresso com o qual governou os seus últimos dois anos de mandato (período conhecido como *lame-duck session*). Nesse ínterim, ele promoveu uma série de reformas. Entre tais reformas, podemos citar o estabelecimento de 10 novas cortes distritais e aumento do número de tribunais federais de três para seis, criando novos cargos de juízes em cada uma deles. Além disso, deu ao presidente, com a aprovação do congresso, o poder de nomear juízes federais e juízes de paz. Por fim, reduziu o número de juízes da Suprema Corte de 06, para cinco, retirando a possibilidade de nomeação de um novo juiz por parte do novo presidente.

A manobra, epitetada *Midnight Judges Act*, teve um claro intuito de preservar a influência do partido federalista nos estados, através da ocupação de cargos estratégicos do Poder Judiciário.

Um desses juízes nomeados, com base no *Midnight Judges Act*, era Willian Marbury. Marbury fora nomeado juiz de paz no Distrito de Columbia. Mas, no curto espaço de tempo que teve para formalizar todas as nomeações, o secretário de Justiça de Adams, John Marshall, não conseguiu emitir o diploma de nomeação de Marbury antes de deixar o governo. Na verdade, John Marshall também havia se beneficiado do “testamento político” deixado por Adams que, nesse mesmo período, o indicou para a função de juiz da Suprema Corte. Desse modo, sem a formalização de sua nomeação, Marbury entrou no governo democrata-republicano de Thomas Jefferson em situação precária: havia a nomeação do presidente, mas o diploma, que dava atributos jurídicos à sua nomeação, não havia sido lavrado pela autoridade competente, no caso o secretário de justiça.

Assim, com base em um ato do congresso de 1789, o *Judiciary Act*, Marbury impetrou uma ação judicial, diretamente na Suprema Corte, chamada *writ of mandamus*, pedindo para que lhe fosse entregue



---

o devido diploma de nomeação, uma vez que o secretário de estado de Thomas Jefferson, James Madson, se recusava a fazê-lo.

A ação foi proposta em dezembro de 1801. Em 1802, o novo congresso, agora com maioria democrata-republicana, promoveu um ato para revogar o *Midnight Judges Act*. Para evitar questionamentos judiciais sobre essa nova manobra, o Congresso criou dificuldades para o desenvolvimento da sessão da Suprema Corte até fevereiro de 1803.[\[1\]](#)

Quando voltou a se reunir, a Corte, presidida por John Marshall, teve de decidir o caso da nomeação do juiz de paz Willian Marbury. A situação política era, então, deveras dramática para uma república recém-nascida. Por um lado, o juiz responsável por conduzir o julgamento pertencia ao grupo político de Adams e tinha seus interesses na nomeação. Por outro, o presidente Jefferson dava demonstrações de que, se lhe fosse determinada a entrega de atos de investidura, não cumpriria a decisão. De outra banda, havia ainda um certo “terror” pairando sobre os juízes federalistas. Com efeito, em 1802, a Câmara deflagrou um processo de *impeachment* contra um juiz federal vinculado ao Partido Federalista. Havia certo temor de que a mesma manobra pudesse ser estendida aos juízes da Suprema Corte. Tudo isso dava contornos dramáticos ao julgamento.

Em seu aresto, Marshall cravou o argumento que viria a transformar o Direito Constitucional e a própria teoria do Direito: disse que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de “lei das leis”, como a *paramount law*, implicava na conclusão de que o poder Judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do Congresso que fossem editados contra os seus ditames. A saída de Marshall para a decisão do caso *Marbury versus. Madson* foi por uma questão preliminar, não do mérito. Ele reconheceu o acerto do *writ of mandamus* impetrado por Marbury. Entendeu que tal ação era adequada para a tutela do direito em discussão. Porém, afirmou que a Suprema Corte não poderia julgar o mérito daquela ação em face de uma inconstitucionalidade que viciava, desde a origem, o *Judiciary Act* de 1789. No caso, este ato do Congresso, conferia uma competência originária para a Suprema Corte que estava fora das atribuições que lhe foram asseguradas pela Constituição. Assim, se ao Congresso fosse autorizado modificar a Constituição do mesmo modo que se altera uma lei ordinária, a sua supremacia seria, então, ficcional. A Constituição seria, assim, uma vã tentativa dos homens de limitar um poder que, ao final, se mostra sempre como ilimitado. A partir de então, ficou assentado a possibilidade de o Judiciário rever os atos do Congresso que fossem contrário à Constituição, inaugurando a *Judicial Review of Legislation*.

### **A desconfiança de Jefferson**

A discussão sobre a legitimidade de tal fiscalização, porém, continuou a existir. A possibilidade de o Judiciário dizer por último qual a interpretação adequada da Constituição sempre foi alvo das críticas e da desconfiança de Thomas Jefferson.

Já em 1820, em carta enviada ao colega de partido, Willian C. Jarvis, Jefferson demonstrava preocupação com o tamanho do poder conferido ao Judiciário pela *Judicial Review*. Comentando o texto de Jarvis, *The Republican* — que viria a ser publicado em 1823 — Jefferson alerta o colega para aquilo que ele entende ser um erro em seus argumentos: “você parece cogitar, nas páginas 84 e 148, que os juízes são os últimos árbitros para as questões constitucionais. De fato, esta é uma doutrina muito perigosa e que nos coloca sob o despotismo de uma oligarquia. Nossos juízes são tão honestos quanto qualquer outros homens e nada mais. Eles possuem, como qualquer outro, as mesmas paixões por



partidos, poder, e privilégios de suas corporações. (...) Seu poder é perigoso porque passam a vida em escritórios e não são responsáveis diante do eleitor, como outros funcionários são”[2].

A preocupação com o excesso de poder atribuído ao Judiciário nos EUA aparece também em outras cartas de Jefferson. Em 1819, ele escreve ao juiz Roane que a Constituição, nas hipóteses de aceitação da revisão judicial, é só um artefato de cera nas mãos do Poder Judiciário, que pode ser moldado na forma que seus integrantes quiserem.[3] Apesar do pessimismo Jefferson, o constitucionalismo dos EUA acabou por criar uma nova modalidade de limitação do poder.

### **Judicial review e limitação do poder político**

Jon Elster propõe um modo bastante elucidativo para compreender essas estratégias desenvolvidas nesse período. O autor estabelece uma sequência de *três estágios*, que podem ser visualizados de modo distinto nos modelos constitucionais da Inglaterra, França e EUA: “No primeiro, há uma forte monarquia que é percebida como arbitrária e tirânica. No segundo, esta é substituída por um regime parlamentar sem restrições. No terceiro, quando se descobre que o parlamento pode ser tão tirânico e arbitrário quanto o rei, são introduzidos freios e contrapesos”. [4]

A grande inovação oferecida pelo Direito Constitucional norte-americano se deu com a construção de instrumentos que procuram travar a “vontade” das maiorias eventuais — prevenindo um possível governo arbitrário por parte destas maiorias, uma vez que os representantes eleitos pelo voto majoritário poderiam se tornar um tipo de “aristocracia de fato” [5] — a partir da garantia dos direitos da minoria. Estratégia justificada na desconfiança de Madison: “em todos os casos em que a maioria está unida por um interesse ou paixão comum, os direitos da minoria estão em perigo”.

Estas características permitem visualizar o caráter de *pré-compromisso* de que se reveste a Constituição, a partir dos contornos que lhe dá o constitucionalismo dos EUA. Ou seja, com Stockton, é possível dizer que “Constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi”. São, portanto, *restrições que os próprios autores políticos estabelecem para si e para as gerações futuras*, para garantir um governo que esteja *sob* o direito e não *sobre* ele. Como diz Cass Sunstein: “as estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade” [6].

Desse modo, a jurisdição constitucional no caso em análise é a garantia de que esse pré-compromisso será devidamente cumprido. E isso é consequência da verdadeira soberania da lei. Não de qualquer lei, mas da Constituição. Nas palavras de Matteucci: “em lugar da velha lei consuetudinária, uma Constituição escrita, que contém os direitos garantidos aos cidadãos por um juiz, que fixa e declara a lei”. [7] Vejamos, então, os contornos que essa jurisdição — constituidora deste elo pré-compromissório — receberá na formação da federação americana.



De tudo o que foi dito, a decisão de Marshall no *leading case Marbury versus Madson* é mais um ponto de chegada do que um ponto de partida. Ou seja, nesta decisão, a Suprema Corte afirmou um mecanismo que já vinha se sedimentando no interior da construção histórica do constitucionalismo e que encontrou as condições adequadas para seu desenvolvimento nos EUA. É importante lembrar que nos debates sobre a unificação das 13 colônias e na redação da Constituição em 1788 já estavam desenhados os contornos de um necessário controle dos atos do Parlamento e do Executivo com relação à Constituição. Isso se dá, como ressaltai no item anterior, a partir da ideia de *pré-compromissos constitucionais*.

Como lembra Matteucci, a consagração do *judicial review* pelo *chief justice* John Marshall representa o acabamento da construção constitucional norte-americana. Sem ele, o modelo de freios e contrapesos que caracteriza o constitucionalismo dos EUA, não estaria completo. Nesse sentido, são ilustrativas as palavras do próprio Matteucci: “A construção constitucional não estava acabada: faltava uma instituição que permitisse um governo limitado e que impedisse perigosas tensões no Estado federal; faltava, portanto, um juiz sobre a terra. A exigência antevista por James Otis em 1761, segundo a qual ‘uma lei contrária a constituição é nula’ e logo repetida em numerosos panfletos e na *Circular letter* de Massachusetts (1768), tardou a afirmar-se institucionalmente, embora estivesse em plena sintonia com toda a orientação política da revolta das colônias americanas contra a onipotência do Parlamento inglês. (...) Esse complexo de coisas confiado ao poder judiciário através de um correto funcionamento do sistema constitucional, estava bem claro para os americanos que escreveram a Constituição. Mas a Constituição não previa expressamente o *judicial review*, a revisão das leis por meio de um juízo judicial de constitucionalidade, muito embora os artigos 3, seção II e 6, seção II, constituíssem um pressuposto necessário. Foi a mesma jurisprudência da Suprema Corte que deu corpo e realidade a este princípio; e o mérito corresponde a seu presidente, John Marshall (...) cujas sentenças formaram um *corpus* imponente, que teve grande influência no desenvolvimento do direito americano”.

Todo esse poder conferido ao Judiciário não se apresenta isento de problemas. Se era necessária a criação de um mecanismo de controle dos pré-compromissos constitucionais, também é certo que os limites dessa atividade de controle passam a ser um problema. No livro de Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review*, o autor coloca com precisão esse problema, ao alertar que, com o passar dos anos, o papel desempenhado pela Suprema Corte foi significativamente alterado, de modo que, de intérprete privilegiado da constituição, o Tribunal passou a agir como uma variante do poder legislativo.

### Conclusão

O interessante é notar que todo esse debate que vai das estruturas para a questão da interpretação constitucional poucas vezes está pautado no desenvolvimento de uma fórmula mágica apta a reduzir a “liberdade de conformação” dos juízes no momento de interpretar concretamente a Constituição.

A obra de Ronald Dworkin demonstra de forma exaustiva que o problema da interpretação do Direito — em especial do Direito Constitucional — não pode ser resolvido com a aplicação de uma fórmula ou de um método que garanta o resultado da decisão que será tomada pelo poder judiciário.

*Marbury versus Madson* nos mostra como as questões relativas à interpretação constitucional são polêmicas e controvertidas. A riqueza da obra de um autor como Dworkin é tentar apresentar uma saída desse problema que enfrente de forma frontal a controvérsia, não um modelo formal, despistador da questão principal. Há autores no Brasil que continuam a entender, de forma enviesada, as propostas



---

interpretativas de Dworkin. Continuam a achar que a “falha da teoria” é não fornecer um procedimento ou um método de trabalho que garanta a redução da discricionariedade judicial.<sup>[8]</sup> Esse é um ponto que deve ser debatido. Mas, nesse caso, esse solilóquio ficará para uma próxima oportunidade.

[1] Federal Judicial History, *The Judiciary Act of 1802— Historical Note* 2 Stat. 156.

[2] Jefferson, Thomas. *Writings of Thomas Jefferson*. Nova York: Derby and Jackson, 1854, p. 178. Disponível *on line*, em [texto integral](#).

[3] Jefferson, Thomas. *Memoir, Correspondence, and Miscellanies, From the Papers of Thomas Jefferson*, Vol. 4, Kindle Edition, pos. 30938

[4] Cf. Elster, Jon. *Ulisses Liberto. Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009, p. 167.

[5] A expressão é de Mirabeu e utilizada por Elster (Cf. Elster, Jon. op., cit., p.169).

[6] Ambos citados por Elster (Cf. Elster, Jon. op., cit., p. 120).

[7] Cf. Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998p. 169.

[8] Por todos, Cf. Souza Neto, Cláudio Pereira. Sarmiento, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, Kindle Edition.

**Date Created**

13/07/2013