

ORIGENS E FUNDAMENTOS DA *JUDICIAL REVIEW*: UM BERÇO AMERICANO¹

THE ORIGINS AND FUNDAMENTS OF THE JUDICIAL REVIEW: AN AMERICAN CONSTRUCTION

*Alessandra Garcia Marques*²

*Amir Barroso Khodr*³

Resumo

O presente trabalho pretende abordar a origem e os fundamentos da *judicial review*, com o objetivo de desmistificar a relevância excessiva dada ao caso Bonham e à doutrina de Edward Coke, tendo em vista que foi determinante para que o controle de constitucionalidade fosse instituído nos Estados Unidos os fatos históricos que produziram a independência do país e o apego à ideia de rigidez e de supremacia da constituição. Para tanto, foi apreciada a doutrina tradicional sobre o tema, à qual foi contraposta a doutrina minoritária que nega de forma justificada a importância extrema do caso Bonham e da doutrina Coke. O trabalho leva em consideração o fato de que, mesmo na doutrina tradicional, já se pode observar autores mencionando casos anteriores ao *Marbury v. Madison* em que foi apreciado pela Suprema Corte americana o controle de constitucionalidade. Como resultado, foi possível comprovar que mais de trinta casos de controle de constitucionalidade antecederam o caso Bonham, e que a doutrina Coke não foi relevantíssima para a *judicial review* americana, sendo que o caso *Marbury v. Madison* tornou-se importante para quem estuda a *judicial review* mais em razão das circunstâncias em que esteve envolto do que pela real significação do caso propriamente.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Independência americana. Rigidez constitucional. Supremacia da Constituição.

Abstract

This article aims to address the origins and foundations of the judicial review, intending to demystify the excessive importance given to the Bonham case and the doctrine of Edward Coke, given that was crucial to the constitutionality control were instituted in the United States historical the facts that produced the country's independence and attachment to the idea of rigidity and supremacy of the constitution. Therefore, by the analysis of the traditional judicial review authors it was possible to demonstrate a palpable conflict between a minority of authors that justifiably denied the relevance of Bonham's case and the doctrine of Edward Coke. The work takes

¹ Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de análise em 26/01/2016 e 18/08/2016, aprovação comunicada em 22/08/2016.

² Promotora de Justiça no Estado do Acre e Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: <amarques@mpac.mp.br>.

³ Advogado e Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: <amirbkbhodr@gmail.com>.

into account the fact that even in traditional doctrine, as can be seen authors citing previous cases the *Marbury v. Madison* that was analyzed by the Supreme Court the constitutionality of control. As a result, it was possible to prove that more than thirty *judicial review* cases were prior to *Bonham* case, and that the Edward Coke's doctrine was not relevant for the creation of the North-American *judicial review*. It was also possible to conclude that *Marbury v. Madison* became important for the *judicial review* manly because of the circumstances involved other than the real significance of the leading case itself.

Keywords: Constitutional Law. *Judicial Review* of Legislation. North-American Independence Process. Constitutional Rigidity. Supremacy of the Constitution.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *A origem*; 3. *As colônias e o controle de seus atos pelo Direito Inglês*; 4. *As constituições da Virgínia, Filadélfia, Nova York e Massachusetts e o controle de constitucionalidade*; 5. *Judicial Review após a independência das Treze Colônias (1776-1787) até a era Pré-Marshall*; 6. *Consagração doutrinária do controle de constitucionalidade das Leis na América Independente*; 7. *Judicial Review antes de Marbury v. Madison segundo Treanor*; 8. *O caso Marbury v. Madison*; 9. *A decisão da Suprema Corte no caso Marbury v. Madison e a Judicial Review*; 10. *Conclusão*. 11. *Referências*.

1 INTRODUÇÃO

Quando estudamos Direito Constitucional é comum nos depararmos com a ideia de que a *judicial review* nasce inspirada no *Bonham's case* e na doutrina de Edward Coke, tal como adiante veremos. Todavia, compulsando de modo mais aprofundado a doutrina constitucionalista, especialmente Sánchez (1998) e Treanor (2005), é possível compreendermos que nem *Bonham's case* nem a doutrina de Edward Coke são responsáveis diretos ou os mais fortes precedentes da *judicial review*.

No mesmo sentido, quem estuda Direito Constitucional frequentemente é convidado a compreender a *judicial review* a partir do caso *Marbury v. Madison*. Contudo, é possível asseverarmos que o controle de constitucionalidade já era realizado nos Estados Unidos da América antes de 1803, tanto que, entre a independência das 13 (treze) colônias e o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, diversas leis foram julgadas inconstitucionais em solo americano, contrariando a doutrina que defende o ineditismo desse julgamento e até mesmo parte minoritária da doutrina que afirma terem precedido o caso em comento 2 (dois) julgamentos em que foi discutido o controle de constitucionalidade (TREANOR, 2005). De mesmo modo, é relevante apontarmos que o caso *Marbury v. Madison* não teve por objeto assunto

extremamente relevante que justificasse ser tomado como o caso mais importante caso de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, pretendemos resgatar a concepção mais sofisticada e ainda isolada de Sánchez (1998, p. 38), e nem por isso desarrazoada, a respeito dos verdadeiros precedentes históricos da *judicial review*, de mesmo modo que almejamos demonstrar que a sua consolidação é conseqüência direta dos fatos históricos que desencadearam a independência das colônias inglesas na América do Norte, os quais resultaram também na criação da primeira constituição rígida e a mais duradoura no sentido moderno, apoiada na separação dos poderes e na ideia de supremacia constitucional adotadas na América.

Aliás, o controle de constitucionalidade americano pode ser encarado paradoxalmente como uma lição bem apreendida pelos colonos ingleses na América, pois, sobretudo após o fim da Guerra dos Sete Anos, de tanto serem vítimas insistentes do controle de seus atos em face da Constituição Inglesa de 1688 e das Cartas Inglesas que regiam as colônias, aprenderam e passaram a fazê-lo mais e melhor. Estudando, inclusive, a *judicial review* realizada nos Estados Unidos, podemos perfeitamente dizer que seu berço é um berço americano.

De qualquer forma, o que objetivamos no presente trabalho é demonstrar que nem o caso Bonham foi determinante para a *judicial review* nem o caso *Marbury v. Madison* foi o primeiro e mais relevante caso em que se realizou a *judicial review of legislation*, porque essa decorreu dos fatores externos a que estavam submetidas as colônias inglesas na América e também dos conflitos de classe que internamente insistiam em ocorrer nas treze colônias.

2 A ORIGEM

O surgimento de constituições rígidas e do controle de constitucionalidade tem sido relacionado com a passagem da supremacia do parlamento para a supremacia da constituição (CARVALHO, 2007).

Todavia, a precisa compreensão da *judicial review* que emerge nos Estados Unidos da América impõe-nos o resgate dos fatos históricos que antecederam o controle de constitucionalidade nas treze colônias inglesas.

E, nesse sentido, é importante lembrarmos que, nas treze colônias inglesas na América, no período que antecedeu a Revolução Americana, sob a égide do pensamento jusnaturalista fundamentado no racionalismo, durante os debates que ocorreram na Convenção da Filadélfia, houve três propostas que versaram sobre o controle de constitucionalidade que foram todas rechaçadas, embora o controle difuso de constitucionalidade já fosse realizado com naturalidade, tal como adiante demonstraremos.

Naquele período, foi proposto um controle das leis dos estados realizado pelo Congresso, portanto, um controle político, sendo que houve uma proposta de um Conselho de Revisão, tal como previsto na Constituição do Estado de Nova York, no qual os juízes participariam do veto do Executivo das leis, e, por fim, houve a proposta de formação de um Júri, feita por James Wilson, na Pensilvânia, que faria o controle de constitucionalidade (SÁNCHEZ, 1998).

Sánchez (1998, p. 103) ainda aponta que, no decorrer dos debates que aconteceram na Convenção da Filadélfia, havia aqueles que, como Benjamin Franklin, por apego à ideia de democracia, discordavam da possibilidade de que um homem, um juiz, pudesse rechaçar uma lei aprovada pelo legislativo.

Tratando dos precedentes históricos, antigos e modernos da *judicial review*, Cappelletti (1999, p. 54) ressalta que o precedente que mais inspirou a *judicial review of legislation* e a supremacia do Poder Judiciário ou governo dos juízes americano foi o radicalmente oposto sistema inglês de absoluta supremacia do parlamento em face dos outros poderes.

Diz o indicado autor nesse sentido que, na Inglaterra do século XVII, era defendida por Edward Coke a ideia de que a lei não era criada, era declarada pela vontade do Soberano, ideia essa que já contabilizava pelo menos quatro séculos de existência. Assim, a *commonlaw*, lei fundamental e prevalente em relação à *statutory law*, podia ser completada pelo legislador, mas não podia ser por ele violada. Dizia Coke em sua teoria que o juiz era o árbitro entre o rei e a nação, teoria essa bastante útil em sua luta contra as pretensões absolutistas de James I (CAPPELLETTI, 1999, p. 58).

De acordo com Cappelletti (1999, p.59), pela teoria de Coke somente os juízes podiam exercer o poder de julgar, porque instruídos na difícil Ciência do Direito, enquanto, contra a autoridade do parlamento, existia a supremacia da *common law*.

Coke afirmava que os juízes deveriam garantir a supremacia da *common law* contra os arbítrios do soberano e contra o parlamento de outro lado.

Aqui, todavia, é preciso contradizer essa concepção a respeito da relevância da doutrina de Coke, tendo em vista que, segundo Sánchez (1998, p. 38), Coke nunca foi contrário ao parlamento e nem à supremacia desse, de mesmo modo que suas ideias de supremacia da *common law* e da Carta Magna foram utilizadas apenas para combater o absolutismo de James I.

Assim, afirma Sánchez (1998, p. 36) que Coke efetivamente cunhou sua doutrina com o fito de combater o ímpeto absolutista de James I, e que, se não fosse isso, não falaria em supremacia da *common law*. É, portanto, para o referido autor, muito frágil a ideia de que a doutrina de Coke tenha servido como relevante precedente histórico da *judicial review*. Na verdade, Coke apenas teria erguido sua teoria enquanto os atos do parlamento eram expressão da vontade do rei, do qual ele discordava, e que se tal circunstância inexistisse, ele não teria erguido sua teoria.

Aliás, a doutrina de Edward Coke, diz Cappelletti (1999, p. 60), foi abandonada na Inglaterra após o advento da Revolução Gloriosa, que consagrou a Supremacia do Parlamento. Todavia, essa doutrina de Coke deixou frutos na América que foram a *judicial review* e supremacia do Poder Judiciário, segundo Cappelletti (1999, p. 60).

Explica Cappelletti (1999, p. 60) que, nas colônias americanas, constituídas na forma de *plantation*, como companhias comerciais, vigoravam as Cartas ou Estatutos da Coroa, espécies de primeira constituição das colônias, de modo que as colônias somente podiam fazer aquilo que lhes autorizava a sua carta ou constituição própria. Tais cartas, todavia, vinculavam a legislação colonial, porque regulavam as estruturas jurídicas das colônias, por isso, a colônia somente poderia legislar se fizesse leis razoáveis que também não conflitassem com as leis inglesas, não sendo contrárias à vontade suprema do parlamento inglês.

Assim, a supremacia do parlamento e a supremacia da lei positiva na América não tiveram o mesmo efeito que na Inglaterra após a Revolução Gloriosa, ou seja, não foram capazes de retirar o controle de validade das mãos dos juízes, que valeu na Inglaterra durante o tempo em que prevaleceu a doutrina Coke (quarenta décadas aproximadamente). Nisso, aponta Cappelletti (1999, p. 62), haveria aparente paradoxo, pois a incontrolada supremacia do poder legislativo na América contribuiu

para a formação de sistema oposto pelo qual as leis do parlamento estão sujeitas ao controle de validade pelo judiciário.

Sánchez (1998, p. 39), ao não vislumbrar no *Bonham's case* um precedente forte da *judicial review*, afirma, por sua vez, que houve dois precedentes relevantes: o *Agreement of the People* (1648) e o *Instrument of Government* (1653), os quais foram ensaios de constituição inglesa, em que pela primeira vez se tratou da limitação constitucional do poder de legislar.

O *Agreement of the People* proposto pelos *Levellers*, que eram pequenos proprietários de terra, almejava, sobretudo, a igualdade de todos perante a lei. Na verdade, o *Agreement of the People* foram uma série de manifestos publicados entre os anos de 1647 e 1649, no qual eram pedidas mudanças constitucionais, não tendo sido, contudo, colocado em prática. Já o *Instrument of Government* foi a primeira constituição escrita inglesa redigida no período em que Oliver Cromwell esteve no poder na Inglaterra, a qual, por sua vez, vingou por menos de cinco anos.

Especificando os precedentes da *judicial review*, Sánchez (1998, p. 40), que se afasta de grande parte da doutrina que elenca o *Bonham's case* e a doutrina Coke como precedentes fortes, afirma que, em 1710, uma questão relacionada ao direito de resistência foi suscitada em face do Dr. Sachavrelli, o qual sustentou a tese da ilegalidade de toda resistência ao poder supremo, que resultou na reação dos *Whigs*. Esses rapidamente responderam com a tese contrária, segundo a qual era legítima toda forma de resistência ao poder absoluto. Nesse debate estava implícita a questão relacionada à constitucionalidade das leis.

Também cita Sánchez (1998, p. 40) um caso ocorrido na cidade de Kent, no qual se discutiu o direito de petição, sendo que bastante relevante foi o *Septennial Act*, de 1716, pelo qual se pretendeu ampliar o mandato dos membros dos Comuns, oportunidade em que os que eram contrários ao ato alegaram que o parlamento não dispunha de poderes ilimitados.

E então Sánchez (1998, p. 40) apresenta aquele que para ele foi um dos mais importantes precedentes da *judicial review*, o qual foi o controle que os tribunais ingleses exerciam sobre as Câmaras Legislativas das colônias americanas. De acordo com o autor, a legislação colonial estava submetida ao controle das autoridades metropolitanas, que tinham poder para impedir a promulgação de leis que contradissem as leis da política comercial. Assim, a legislação colonial podia ser

invalidada pelos tribunais ingleses, quando examinavam as apelações das decisões judiciais proferidas nas colônias inglesas na América.

A esta altura é bom lembrarmos que, antes da Revolução Gloriosa, os atos do Parlamento eram expressão da soberania do rei, sendo que, após a dita Revolução, o parlamento, especificamente a Câmara dos Lordes, composta por aristocratas, passou a ter supremacia na Inglaterra, supremacia essa que foi modificada apenas no final do século XIX, quando o poder predominaria nas mãos da Câmara dos Comuns, inaugurando um período caracterizadamente democrático na história da Inglaterra.

Então, podemos afirmar que os ingleses ensinaram os colonos na América a fazerem o controle das leis, tanto que, após a independência das 13 (treze) colônias, o controle de constitucionalidade passou a ser feito sem grandes questionamentos e sem prévia teorização, antes, inclusive, do famoso na *Marbury v. Madison*. Na verdade, com a independência, as antigas colônias substituíram as Cartas por suas Constituições, e assim como no passado muitos juízes consideraram nulas e não aplicáveis as leis locais em face das leis inglesas e das Cartas, também após a independência novas leis passaram a ser nulificadas, deixando de ser aplicáveis, sempre que se chocavam com as Constituições dos Estados e, adiante, com a Constituição Federal.

Tratando do modelo judicial norte-americano, o qual interessa a todos que estudam a *judicial review*, Streck (2013, p. 372) afirma que a história do direito americano está dividida em três fases, a primeira, que vai de 1800 até a Guerra Civil, a segunda, que ocorre a partir da Guerra Civil até a 1ª Guerra Mundial, e a terceira que começou com o fim dessa guerra e perdura até os dias atuais.

Streck (2013, p. 372) assegura que, após a declaração de independência das 13 (treze) colônias, uma grande questão para a América dizia respeito ao direito inglês, o único que os americanos conheciam, e sua aplicabilidade na agora América independente. Então sobreveio a Constituição de 1787, que atribuiu ao Congresso e ao sistema judiciário a função de definir a maioria das questões relacionadas à lei substantiva. Acrescenta o autor que, entre 1776 e 1820, deu-se a formação de uma jurisprudência tipicamente americana.

Além disso, o referido autor explica que a independência americana ocorreu, diferentemente da francesa, porque na América foi dispensado o histórico de direitos

e liberdades concentrados na mão do parlamento. Havia na América, até por tudo que lhe impunha até então a Inglaterra, uma desconfiança em relação ao parlamento. E, assim, foi realizado o processo de independência, em 1776, e, no ano de 1787, adveio a Constituição, com sua rigidez explícita decorrente das dificuldades nela impostas para a sua revisão, além da adoção da separação dos poderes.

Mas Streck (2013, p. 386) também vê as raízes da doutrina da *judicial review* no velho continente, a partir da supremacia da *common law* que, segundo o referido autor, teria sido defendida por Edward Coke. Lembra Streck que, já na Convenção de 1787, falava-se na *judicial review*, o que pode ser comprovado em O Federalista.

A propósito, Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 458) já traziam as ideias de que a independência do Poder Judiciário era fundamental, sendo esse, inclusive, identificado como o mais fraco dos poderes, quando diziam, também, que era dever do Poder Judiciário declarar nulos os atos manifestamente contrários aos termos da constituição. Isso, todavia, não significava, para os autores, uma superioridade do Judiciário frente ao Legislativo, pois, na verdade, todo ato que afrontasse a Constituição deveria ser nulo, sendo que todo ato de autoridade delegada que contrariasse a Constituição deveria ser igualmente nulo, porquanto, do contrário, a autoridade delegada seria considerada superior ao constituinte. Explicitamente, além disso, dizem Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 460) que o Judiciário não é superior ao legislativo, e que o poder do povo é que é superior a ambos.

Embora Streck (2013, p. 388) tome o caso *Marbury v. Madison* como paradigma do controle de constitucionalidade, ele não deixa de ressaltar que antes desse já havia notícia de *judicial review* realizada pelas cortes estaduais.

Aliás, a esse respeito é interessante mencionarmos as fases históricas da Suprema Corte Americana mencionadas por Streck (2013, p. 391), que seriam as seguintes: a primeira fase denominada tradicional, vai de 1798 até final do século XIX, fase essa na qual o controle de constitucionalidade materializava-se ao fixar a supremacia das normas constitucionais em detrimento de qualquer ato do Legislativo ou até do Executivo que àquelas se opusesse, preocupando-se a Suprema Corte com a defesa da unidade dos Estados Unidos e também com a fiscalização, que estava ligada ao exercício de arbitragem entre os estados federados e a união.

Na segunda fase, que vai do fim do século XIX, após a sangrenta Guerra Civil, até a década de 1930, a Suprema Corte passou a fazer interpretações conservadoras

da ordem liberal e do capitalismo, ficando conhecido o período por “governo dos juízes”. O caso *Lochner v. New York* é paradigmático nessa fase.

A terceira fase, ao contrário da segunda, que era caracterizada por um ativismo conservador, foi marcada por um protagonismo judicial liberal e não mais conservador como o anterior, fase, aliás, em que muitos direitos civis foram afirmados pela Suprema Corte. Por derradeiro ainda aponta Streck (2013, p. 396) para um retorno recente ao conservadorismo no final do século XX.

Depreende-se, contudo, em contraposição à doutrina dominante, a partir da análise mais detida da doutrina constitucionalista menos influente, que não só o *Bonham’s case* não foi o precedente maior da *judicial review*, como também a doutrina Coke não pode ser mencionada como a referência teórica mais importante para o controle de constitucionalidade que se consagraria historicamente na América, mesmo sendo tal doutrina citada em julgados onde era exercida a *judicial review* nos Estados Unidos. Na verdade, a doutrina Coke deixou de ser sequer mencionada após a Revolução Gloriosa, sendo que Coke, tal como defende Sánchez (1998, p. 38), apenas tratou da supremacia da *commonlaw* enquanto o legislativo inglês trabalhava como órgão da vontade do rei, o que efetivamente não vinha ao encontro da *judicial review* desenhada em solo americano.

Pode-se então asseverar que Sánchez (1998) está correto ao afirmar que a *judicial review* tem efetivamente origens na experiência histórica das colônias inglesas na América, tendo deitado raízes na complexidade histórica e na ideia americana de constituição rígida como lei suprema, que, ademais, estabeleceu a separação dos poderes.

Os acontecimentos que levaram à independência das colônias inglesas na América e as peculiaridades dessa história, inclusive após a independência, são assim tão determinantes que, se por um lado a rigidez constitucional estava positivada na Constituição de 1787, a *judicial review of legislation* não está expressamente prevista. O texto constitucional tratou da Suprema Corte, mas não tratou de conferir poderes expressos a ela para anular lei ou ato administrativo que ferisse a Constituição.

Há, todavia, dentre os estudiosos americanos, aqueles que defendem que a *judicial review* está implícita no texto constitucional, tal como menciona Treanor (2005, p. 457), que, ademais, encontra e estuda 31 (trinta e um) casos de *judicial review* que resultaram na invalidação de leis e mais 7 (sete) casos em que ao menos um juiz

votou pela inconstitucionalidade da lei, isso no período entre a Constituição de 1787 e antes do caso *Marbury v. Madison*.

Sánchez (1998, p. 93), que é também responsável pela desmistificação da relevância da doutrina Coke e da importância do caso Bonham para a *judicial review*, diz-nos que houve quatro fases históricas: até 1789 o controle das leis foi mera prática dentro da *common law*; de 1789 a 1861, fase em que se discutia a natureza da União. De 1865 até a década de 1930 o controle de constitucionalidade abrangeu todas as leis, inclusive as federais, fase em que se impunham as transformações do federalismo em razão do desenvolvimento do capitalismo, na qual foram discutidas as relações do estado com a nova ordem industrial. Por fim, a quarta fase é identificada após a segunda guerra mundial, até 1986, quando as discussões disseram respeito às questões de justiça social.

A questão que surge diante do que foi acima exposto é: por quais motivos a doutrina Coke ganhou tanta relevância enquanto precedente da *judicial review*, se entre 1776 e 1803 foram encontrados pelo menos 31 (trinta e um) casos em que por meio da *judicial review* foram declaradas inconstitucionais leis nos Estados Unidos, mesmo sem expressa previsão do controle de constitucionalidade no texto da Constituição, e se Edward Coke impôs por meio de sua teoria a supremacia da *common law* sobre o parlamento apenas enquanto o legislativo trabalhava como órgão da vontade do rei?

Além do mais, pelas mesmas razões acima, cumpre-nos acrescentar à apontada indagação a seguinte: por quais motivos a doutrina Coke ganhou tanta relevância enquanto precedente da *judicial review*?

Ainda que não haja resposta exata a essas indagações, mas que seja possível vislumbrar, na linha de Sánchez (1998, p. 38), que Coke não estava defendendo a supremacia do judiciário nem a da *common law*, pois era favorável à supremacia do legislativo, o que nos impediria de atribuir à doutrina Coke a paternidade da *judicial review*, é bom compreendermos essa doutrina e o caso Bonham.

Na verdade, no final da primeira metade do século XVII na Inglaterra, foi no julgamento do caso Bonham, no qual o autor havia sido impedido de exercer a atividade de médico, que o magistrado Edward Coke declarou que as leis e atos do parlamento estavam submetidas a um direito superior, isto é, à *common law*. Nesse sentido, quando tais diplomas desrespeitassem a noção de direito comum, seriam

considerados nulos e destituídos de eficácia. Segundo essa doutrina, a *common law* controlaria os atos do parlamento e, algumas vezes, os julgaria absolutamente nulos. Isso porque, quando um ato do parlamento fosse contrário a um direito ou razão comum, ou impossível de ser aplicado, a *common law* iria controlá-lo e julgá-lo nulo (SARLET, 2013, p. 793).

Dessa forma, é cabível mencionarmos que:

O *common law* irá controlar os atos do Parlamento, e as vezes os julgará absolutamente nulos: pois quando um ato do Parlamento vai contra a razão ou direito comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-lo e julgá-lo nulo. (GROTE, 2014)

Para a doutrina tradicional, portanto, na decisão do caso Bonham criou-se, de forma embrionária, o parâmetro para a fundamentação do controle de constitucionalidade das leis, extraíndo-se daí a noção de que o poder judicial na *common law* antiga era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais (HALL, 2014).

Aqui merece ser lembrado que Coke, na verdade, estava em plena ofensiva contra a teoria do direito divino dos reis, causa em nome da qual ele se valeu tanto de decisões judiciais por ele prolatadas quanto de discursos proferidos no Conselho Privado (MIRANDA; MENDONÇA, 2015, p. 12).

Sarlet (2013, p. 794) diz-nos, a respeito da Revolução Gloriosa de 1688, que os legisladores e juízes da Inglaterra uniram-se contra o poder do monarca, com o intuito de criar limitações ao seu poder máximo. Com a advento da Revolução Gloriosa, a doutrina estabelecida por Edward Coke, para Cappelletti (1999, p. 38), que teria valido por aproximadamente quatro décadas, foi substituída pelo princípio da *supremacy of the English parliament* (CAPPELLETTI, 1999, p. 38).

Nessa vertente, vale trazermos à baila o que se segue:

Tal doutrina [a de Coke] foi abandonada na Inglaterra com a revolução gloriosa de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país –, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina Coke restaram os frutos, ao menos Estados Unidos, e estou me referindo como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de *judicial review* e *supremacy of the judiciary*. (CAPPELLETTI, 1999, p. 38)

Contudo, é bom termos em mente que, apesar da doutrina Coke ter sido de fato superada, a Revolução de 1688 não fez desaparecer a noção de que o parlamento e as leis poderiam estar submetidas à *common law*, segundo Sarlet (2009, p.795). Para esse autor, não é adequado sustentar que o juiz, a partir desse momento, passou a estar submetido ao Legislativo, nem, muito menos, que o direito das colônias passou a dever respeito unicamente à produção do parlamento.

Dessa forma, os atos estatais, inclusive os atos judiciários, continuaram a ter como plano de fundo o *common law*. Portanto, toda norma elaborada pelo Legislativo teria de estar inserida na *common law*, todavia, num contexto em que a supremacia passou a ser conferida ao parlamento (SARLET, 2009, p. 795).

Vale acrescentar que, também de acordo com Sarlet (2013, p. 796), a Revolução não teve a finalidade de elevar as leis a uma posição suprema, ou a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito. Na realidade, deu-se ênfase à *common law* para que houvesse uma contenção do poder real. De igual forma, de acordo com o autor, não é possível asseverar que o princípio da supremacia do parlamento inglês submetia o poder real totalmente ao Legislativo. Portanto, a submissão do rei é ao direito inglês como um todo. Tal submissão visava a contenção dos excessos por parte do monarca.

Diz Sarlet (2013, p. 796), assim, que o princípio do *supremacy of the English parliament* não teve intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo a finalidade de impedir o juiz de aplicar a *common law* contra a própria lei. Dessa forma, tal princípio teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca, e não o propósito de significar a onipotência da lei ou absolutismo do parlamento.

Todavia, ainda que tenha sido esse o significado da Revolução Inglesa, o fato é que na prática a doutrina Coke foi esquecida na Inglaterra, inclusive pelo próprio autor, passada a Revolução Gloriosa, e que, segundo Sánchez (1998), autor que elenca diversos outros autores que enfraquecem a consolidada ideia presente na doutrina constitucionalista de que a doutrina Coke tenha sido um forte precedente da *judicial review*, Coke nunca defendeu a supremacia da *common law*, o que, por si, seria incompatível com a ideia de *judicial review*, que está centrada na supremacia da constituição e da *common law*. Dessa maneira, embora na América, em alguns casos, Coke tenha sido citado ao longo do tempo, enquanto jurista importante que foi, o caso Bonham e a doutrina Coke não foram precedentes determinantes da *judicial review*,

que, sem expressa previsão constitucional, era realizada sem assombro e sem prévia teorização ao seu respeito na América independente.

3 AS COLÔNIAS E O CONTROLE DE SEUS ATOS PELO DIREITO INGLÊS

Tendo os Estados Unidos sido colônia inglesa, é importante, para compreendermos a *judicialreview*, lembrarmos que a Inglaterra manteve, especialmente até a Guerra dos Sete Anos, uma relação bastante distinta com suas colônias na América daquela que a França e os países da Península Ibérica estabeleceram com suas colônias ao redor do mundo. A Inglaterra apenas tornou-se mais agressiva quando, em razão da Guerra dos Sete Anos, mesmo tendo vencido a guerra, passou a vivenciar sérios problemas financeiros e, a partir de então, a pressionar econômica e até politicamente as treze colônias na América. Mas, de qualquer modo, em geral, seu modelo de colonização não foi meramente exploratório das riquezas das colônias.

Independentemente disso, no início da colonização, a Inglaterra assegurou terras aos que colonizariam seus domínios no continente americano. E aqueles que para a América se dirigiram não se despiram do valor que os ingleses historicamente conferiram ao direito de propriedade. Na América, aliás, esses colonos também mantiveram o apego à representatividade política. Os colonos, ingleses que eram, trouxeram suas tradições, seu apego à participação política e, também, à propriedade privada para o novo mundo.

Aqui cabe apontar que a maioria dos colonos era composta de ingleses livres, que vieram habitar um território em que a aristocracia tradicional inglesa não se fazia presente. Assim, o apego à propriedade, às liberdades públicas e à representação política predominou nas Treze Colônias.

Os colonos ingleses encontraram na América um novo mundo, sem aristocracia, com muitas terras, e que foi colonizado em grande parte por homens livres com condição econômica que possibilitava o direito ao voto, o que na Inglaterra não ocorria, pois o critério censitário limitava o acesso ao voto a grande parte da população inglesa, que necessitava a obediência aos requisitos de propriedade e renda.

Antes da independência das colônias inglesas na América, essas eram regidas por Cartas, e estavam proibidas de editar normas e atos legislativos que contrariassem o direito inglês. Desse modo, na América imperava a supremacia do parlamento inglês.

Há, todavia, uma concepção bastante interessante acerca da base social da independência americana, segundo a qual houve dois motivos para a formação dos estados na América do Norte e de suas constituições: o conflito entre as colônias e a Inglaterra e os conflitos de classe que eclodiram internamente nas colônias. Assim, se por um lado industriais e comerciantes se revoltaram contra as restrições impostas pelo mercantilismo inglês, os grupos que compunham a maior parte da população, artesãos, trabalhadores, também lutavam internamente contra os privilégios das classes dominantes (SÁNCHEZ, 1998, p. 74).

E o constitucionalismo, também segundo Sánchez (1998, p.74), seria fruto mais do conflito interno de classes, num contexto histórico em que se formaram os partidos políticos, do que decorrência do conflito entre a colônia e a metrópole.

Ocorre que, com a independência das colônias, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições dos Estados e, em 1787, também pela Constituição Federal e, tal como ocorria preteritamente, os juízes, que possuíam a consciência e a prática de decretar a nulidade de leis que violassem as Cartas expedidas pelo reino inglês, passaram naturalmente a exercer o controle sobre leis que contrariassem as Constituições dos Estados que acabavam de obter independência (SARLET, 2013, p. 797).

Ainda segundo esse entendimento é importante destacarmos que:

Tais Cartas podem ser consideradas as primeiras constituições das colônias, seja porque eram vinculantes para a legislação colonial, seja porque regulavam as suas estruturas jurídicas fundamentais. Tais Constituições frequentemente estabeleciam a possibilidade de as colônias aprovarem as suas próprias leis, porém sob a condição de serem “razoáveis” e “não contrárias às leis do Reino inglês”, e, assim, não destoantes da vontade suprema do parlamento. Exatamente em virtude da ideia de supremacia da lei – em uníssono com a doutrina da *Supremacy of the English Parliament* – que, em diversos casos (alguns tornados célebres), o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis deveriam ser aplicadas pelos juízes da colônia apenas se não estivessem em contradição com as leis do Reino. [...] Com efeito, quando em 1776 as colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um dos primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às

'Cartas' coloniais e às 'leis do reino', assim não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois de ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas Constitucionais dos Estados independentes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 39 a 62)

Assim, seguindo esse entendimento, podemos afirmar que o princípio da *Supremacy of the English Parliament*, ao realizar a sobreposição do direito inglês à produção legislativa nas colônias, fez surgir, no direito norte-americano, um fenômeno peculiar e oposto ao que era realizado no período colonial, isto é, possibilitou o desenvolvimento do princípio do *Supremacy of the Judiciary*. Nessa vertente, o princípio da superioridade do parlamento inglês teria colaborado para o surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. Tal princípio, ao fundamentar o controle dos atos das colônias, constituiu o plano primário para o controle de constitucionalidade das leis (SARLET, 2013, p. 796).

Ademais, é cabível notarmos que a legislação das colônias era controlada em face da *common law*. Assim, o controle da legitimidade das leis coloniais ocorria a partir da *common law* – posto que o Parlamento estava submetido, quanto à atuação, a um metadireito denominado de *common law* (WOOD, 1998, p. 465).

Vale acrescentarmos que, com o advento da Revolução Americana, os juízes não sofreram limitações do princípio da separação dos poderes como ocorreu na França pós-revolucionária. Os magistrados americanos, além de contarem com a confiança do povo, não estavam submetidos às pressões de um poder investido no parlamento e que tinha unicamente como função a construção do novo regime.

4 AS CONSTITUIÇÕES DA VIRGÍNIA, FILADÉLFIA, NOVA YORK E MASSACHUSETTS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para compreendermos a Constituição dos Estados Unidos e a *judicial review* é importante entendermos as quatro Constituições Estaduais que a antecederam.

A Constituição da Virgínia foi obra dos agricultores do litoral (*tidewater planters*). Enquanto no norte dos Estados Unidos ocorria movimento de cultura urbana, no sul o modo de produção escravista engendrou uma sociedade predominantemente rural, carente de classes médias e de setores trabalhistas. Com efeito, durante a legislatura de 1784 a 1788, mais da metade da Câmara baixa estava

composta por agricultores e grandes fazendeiros. Evidentemente, a convenção de 1776 foi extremamente influenciada pelos *tidewater planters* (SÁNCHEZ, 1998, p. 76).

Na Virgínia, os fazendeiros mantinham a hegemonia graças ao sufrágio restrito e à representação não proporcional aos distritos eleitorais, sendo que, de acordo com o espírito dos constituintes da Virgínia, o direito de eleger e de ser eleito não fazia parte dos direitos naturais do homem, sendo apenas direito de parcela reduzida da sociedade (SÁNCHEZ, 1998, p. 76). Assim, os pequenos agricultores permaneciam sem força e sem voz, o que, evidentemente, gerava tensão.

O sistema de representação evidenciava injustiças do período colonial, tanto que cada condado enviou dois representantes à Convenção constitucional, o que evidentemente beneficiava em especial as áreas dos *tidewater planters*, pois nesses condados havia um número menor de habitantes em virtude das extensas áreas de plantio (SÁNCHEZ, 1998, p. 76).

Assim, a estrutura social e os mecanismos constitucionais acima descritos permitiram que a classe dominante da Virgínia neutralizasse os movimentos incipientes dos pequenos produtores agrícolas. Dessa forma, estando segura de sua hegemonia, a classe dominante não possuía intenção de submeter o texto constitucional ao povo, tal como ocorreu, posteriormente, na Pensilvânia (SÁNCHEZ, 1998, p. 77).

A Constituição da Virgínia possui cinco páginas sem artigos, contendo três documentos muito distintos: o mais importante, a *Bill of Rights*; um Preâmbulo, de conteúdo semelhante ao da Independência norte-americana; e uma parte orgânica que regulava a composição e funcionamento das Câmaras legislativas (SÁNCHEZ, 1998, p. 77).

Portanto, a Constituição da Virgínia carecia da estrutura própria de Lei Suprema, carecia também de meios institucionais para executar as previsões da Declaração de Direitos ou de qualquer outra de suas partes, não tendo sido precedida da formação de um poder constituinte, nem tendo previsão qualquer sobre a *judicial review*. Assim, em virtude de sua carência contextual, o seu texto consagrava o que Sánchez (1998, p. 78) denominava de Constituição-Estatuto.

Diferentemente disso, a Constituição da Pensilvânia de 1776 foi a mais revolucionária dentre as constituições norte-americanas. Previu um poder legislativo

unicameral eleito anualmente pelo voto quase universal, enquanto o Poder Executivo era um misto de presidencialismo e de parlamentarismo, constituído por um presidente e um conselho de doze membros, eleito para três anos, sendo que a Assembleia Legislativa e o Conselho escolhiam o presidente anualmente (SÁNCHEZ, 1998, pp. 80-81).

De acordo com a referida Constituição, o Poder Judiciário era limitado, com cortes em cada condado e um tribunal supremo eleito pelo legislativo para mandato de sete anos, sem qualquer garantia de estabilidade.

Mas, sem dúvida, o que mais se destaca na referida Constituição são os mecanismos de controle das atividades do poder legislativo, que foram a publicação de todo projeto de lei antes de sua leitura, publicação semanal dos processos legislativos e a abertura ao público das sessões parlamentares, e a previsão de um Conselho de Censores, que deveria preservar a Constituição.

O Conselho de Censores constituiu-se como órgão de controle da supremacia da Constituição. Os Censores seriam eleitos dentre os homens livres a cada sete anos, na razão de dois por cada um dos doze condados, a partir de 1783 (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Aos Censores competia fiscalizar se o Executivo e o Legislativo cumpriam a Constituição, podendo promover *impeachment* e também recomendar que a Assembleia Legislativa revogasse lei que contrariasse a Constituição (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Ademais, ao Conselho competia, também, a vigilância da atividade fiscal do Estado e a execução das leis – podendo censurar, promover impeachments, recomendar à Assembleia Legislativa que ab-rogasse leis que considerasse contrárias aos princípios fundamentais da Constituição (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Acompanhado da cláusula de intangibilidade do texto constitucional durante os primeiros sete anos, o Conselho de Censores representou a positivação do primeiro controle orgânico de constitucionalidade das leis (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Segundo Sánchez (1998, p. 81), o Conselho dos Censores, mesmo tendo sido extinto em 1789, foi um órgão propulsor da reforma constitucional e responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, antes mesmo da *judicial review*, sendo que teve o importante papel de levantar a discussão referente aos mecanismos de preservação da Constituição com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais.

Assim a Constituição da Filadélfia foi importante, porque a ideia de constituição passa de um documento político para um documento jurídico enquanto norma suprema.

A principal virtude da Constituição da Pensilvânia foi a quebra com a concepção puramente estatutária ou política de Constituição, bem como na inserção de mecanismo de afirmação da supremacia do texto constitucional. O resultado original da Constituição da Pensilvânia derivou das forças não dominantes economicamente, pois nesse estado foi a pequena burguesia e o campesinato que lutaram e tomaram a frente no processo de elaboração da constituição. Uma vez alcançado o poder político, cravaram seus interesses no texto constitucional. Logo, delinearam uma Lei Suprema ao invés de um mero Estatuto ou lei orgânica do estado, – como era usual neste período (SÁNCHEZ, 1998, p. 82).

Na verdade, os conflitos sociais na Pensilvânia foram tão sérios, que resultaram na elaboração do mais democrático modelo de constituição dos Estados Unidos.

Além do Conselho de Censores da Filadélfia, ainda encontramos outro precedente da *judicialreview* no Conselho de Revisão do estado de Nova York, cujo objetivo não era a imposição da supremacia da constituição, mas sim, controlar os atos do legislativo por meio do Executivo, de forma que o referido órgão, formado pelo governador, por três juízes e pelo presidente do Supremo Tribunal poderia decidir e motivar o veto de lei sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Dessa forma, criou-se o *Council of Revision* de Nova Iorque. Trata-se do segundo embrião conhecido do controle de constitucionalidade das leis – seguido do Conselho de Censores. O controle de constitucionalidade por tal órgão não se dirige, originariamente, a assegurar a supremacia da Constituição, se não suprir os mecanismos de defesa do Poder Executivo frente ao Poder Legislativo. Por conseguinte, a defesa da Constituição consiste na iniciativa do poder constituinte de conferir a tal órgão o controle de constitucionalidade (SÁNCHEZ, 1998, p. 85).

Para Sánchez (1998, p. 86) o legado da Constituição de Nova York foi colocar de lado o jusnaturalismo, ao prever um catálogo de direitos, a imposição da separação real dos Poderes Legislativo e Executivo, e o aprimoramento do poder dos juízes, além do fato de que o controle de constitucionalidade tornou-se governamental-judicial.

Já quanto à Constituição de Massachusetts, diz Sánchez (1998, p. 86) que essa trouxe a invenção do poder constituinte, a separação rígida entre os três poderes e reconhecimento e expansão da *judicial review* decorrente de um Poder Judiciário independente, que não podia sofrer ingerência do Executivo e do Legislativo, com cargos vitalícios, e da necessidade de interpretação das leis.

Por tudo isso, a Constituição de Massachusetts representa momento crucial da implantação do modelo constitucional norte-americano dominante, e é considerada a expressão mais perfeita da teoria norte-americana.

Para Sánchez (1998, p. 87), a primeira contribuição, que consistiu na criação de um processo constituinte democrático, é caracterizada por duas fases: na primeira o texto constitucional é elaborado por uma Assembleia Especial Extraordinária eleita pelo povo com uma única missão de aprovar a Constituição; na segunda ocorre a aprovação propriamente da Constituição pelos *Town Meetings* – assembleias das cidades do Estado.

A Constituição de Massachusetts resulta também de três fatores que distinguem a situação desse Estado dos demais: a tradição dos *Town Meetings*, assembleias livres das cidades para debate de assuntos políticos; a existência de força política nas mãos de pequenos produtores agrícolas; a impossibilidade de se realizar um levante pela burguesia tal como ocorreu no Estado da Pensilvânia (SÁNCHEZ, 1998, p. 87).

O segundo grande significado da Constituição de Massachusetts é um contraponto ao primeiro: a inversão da fórmula até então geral (*strong legislature, weak chief executive*) predominante desde as Constituições da Virgínia e da Pensilvânia. Tratava-se da maturação do sistema iniciado em Nova Iorque, com o fortalecimento do Poder Executivo, estabelecendo: eleições diretas, anualmente, para Governador de Estado; concentração de poder no Presidente da República, atuando este como Chefe de Governo; a faculdade de veto sobre as leis, sendo apenas superável pelo voto contrário de dois terços de cada Câmara Legislativa (SÁNCHEZ, 1998, p. 91).

Também no Estado de Massachusetts surge durante o processo constitucional a primeira teoria presidencialista contida em documento denominado de *The Essex Result*, aprovado em 1778 em uma Convenção de delegados do Condado de Essex, que continha uma análise do Poder Executivo. Nesse sentido, o

enfraquecimento do Poder Legislativo acompanhou a judicialização do Direito Constitucional, que se dirige ao mesmo fim que o veto do Poder Executivo no processo legislativo: a limitação da atuação do legislador (SÁNCHEZ, 1998, p. 91).

Portanto, o processo constitucional ocorrido em Massachusetts e a Constituição desse Estado foi um importante vetor que estabeleceu um Poder Executivo fortificado e um Poder Judiciário independente e competente para interpretar as leis.

Todas essas quatro experiências constitucionais antecederam a Constituição Federal de 1787, sendo que as inovações constitucionais trazidas pelas Constituições da Virgínia, Filadélfia, Nova Iorque e Massachusetts foram fundamentais para a formação do texto constitucional de 1787.

5 JUDICIAL REVIEW APÓS A INDEPENDÊNCIA DAS TREZE COLÔNIAS (1776-1787) ATÉ A ERA PRÉ-MARSHALL

Em busca de uma leitura distinta da doutrina tradicional sobre a *judicial review*, que ainda está centrada na ideia de que o caso *Bonham* e a doutrina são precedentes fortíssimos do controle de constitucionalidade e que o caso *Marbury v. Madison* foi o mais importante e até primeiro em que houve o controle de constitucionalidade, Treanor (2005) e Sánchez (1998) necessitam ser compreendidos, considerando que há uma firme pretensão de desconstrução da referida doutrina tradicional.

Sánchez (1998, p. 96) aponta para a existência de uma tendência geral no sentido de exagerar a importância da *judicial review* no período colonial e também no período que se seguiu à independência das treze colônias, o qual Sánchez denomina de primeiro período constitucional. No conjunto, assevera esse autor que um total de nove casos são citados, por um ou outro escritor, para comprovar que o direito geral de *judicial review* estava reconhecido como norma e usual incidente judicial antes da Constituição norte-americana.

Para Sánchez (1998, p. 97), o primeiro caso ocorreu na Virgínia, em 1778, no entanto, esse não possui registros judiciais, e o que se conhece acerca da matéria decorre de uma reconstrução do caso quarenta e cinco anos mais tarde – não se podendo afirmar com precisão se houve a criação de um precedente de *judicial review*.

Já o segundo caso advém do Tribunal Supremo de *New Jersey*, em 1780, ao passo que o terceiro caso corresponde a uma decisão do Tribunal Supremo da Virgínia em 1782.

Dos seis casos restantes, todos os quais datam dos anos posteriores a 1783, dois devem ser rapidamente eliminados, um dos quais, supostamente ocorrido no Estado de Massachusetts, não parece ter jamais ocorrido, enquanto que dos quatro casos restantes dois figuram como os mais importantes. Apenas um, todavia, oferece consistência: o de New Hampshire de 1785. Tal caso utilizou como parâmetro uma lei estadual, *Ten Pound Act*, a que os tribunais do país consideraram inconstitucional e não vinculante. O *Ten Pound Act* eximia o julgamento por tribunal do júri nos procedimentos judiciais inerentes a pequenas dívidas (SÁNCHEZ, 1998, p. 98).

O último caso na lista tradicional de supostos precedentes de *judicial review* foi o caso de *Buyard v. Singleton* na Carolina do Norte, decidido no final de maio de 1787, quando a Convenção Federal começava suas sessões. Uma lei do Estado, de 1785, privava o direito ao acesso ao julgamento por tribunal de júri aos reclamantes de terras confiscadas em razão de Atos oriundos da revolução. O Tribunal considerou inconstitucional a lei. Para alguns, a evolução deste caso mostrou que os juízes da Carolina do Norte vacilavam em reconhecer o direito à *judicial review*, e que finalmente haviam se aventurado a exercê-lo, bem como estavam igualmente convencidos que nenhum Tribunal da Carolina do Norte o havia praticado (SÁNCHEZ, 1998, p. 98).

Portanto, de acordo com Sánchez (1998, p. 99), em sua grande maioria, os casos indicativos de precedente de *judicial review* anteriores à Constituição Federal são insignificantes como base para inferir que o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciário foi considerado, em geral, como um incidente usual do *Judicial Power* em todos os Estados. Ao contrário, diz o autor que esses casos demonstram que tal direito, apesar de ter sido debatido, foi exercido em apenas alguns poucos Estados sem que houvesse um efetivo estabelecimento do instituto.

No entanto, na linha de pensamento de Sánchez (1998, p. 99), a *judicial review* estava nesse momento implícita na faculdade dos juízes de interpretar as leis.

Segundo Sánchez (1998, p. 99), foi necessário, contudo, que se firmassem condições políticas, bem como que se formasse o Estado Federal, para que fossem criadas as condições necessárias para que o *judicial review* atingisse a sua lógica sistêmica. Além disso, a pouca força da *judicial review* nesse período, diz Sánchez

(1998, p. 99), está ligada à escassez de debates sobre o tema no momento dos debates constitucionais.

Adiante, no primeiro ciclo da Suprema Corte dos Estados Unidos, denominado de era pré-Marshall (1789 a 1801), segundo Sánchez (1986, p. 109), a jurisprudência produzida aporta as primeiras provas da realidade do controle de constitucionalidade das leis, bem como da forma pelo qual era compreendida a ratificação da Constituição Federal e da regulação do Poder Judiciário através do *Judiciary Act* de 1789.

Conforme Sánchez (1998, p. 109), a análise dessa jurisprudência fundacional evidencia-se por meio de dois planos: as sentenças em que se concretizou o direito de controle, pela Suprema Corte, sobre as leis dos Estados-membros e do Congresso Nacional; e a pluralidade de fontes e diversidade de critérios que informaram o controle de constitucionalidade, mas explicáveis por força do empirismo do sistema e de uma cultura jurídica específica.

A revisão judicial da legislação dos Estados Unidos estabeleceu-se pela primeira vez em 1796, com a sentença do caso *Ware v. Hylton*, em que o tribunal anulou uma lei do Estado da Virgínia contrária a um tratado internacional, sendo que o controle judicial das leis federais também foi praticado pela primeira vez em 1796, com a sentença do caso *Hylton v. United States* que confirmou a constitucionalidade de uma lei do Congresso. Outro caso importante é o *Hollingsworth v. Virginia* de 1798 (SÁNCHEZ, 1998, p.110).

A primeira lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte adveio de Estado-membro, tendo o seu texto ferido disposição constante em tratado internacional – constante na sentença do caso *Ware v. Hylton*. Nessa oportunidade, a Corte atua em defesa da supremacia estrita da legalidade federal, aplicando, portanto, a *Supremacy Clause* contida no artigo 6º da Constituição Federal. Com efeito, pela primeira vez a Suprema Corte derruba uma lei estatal utilizando-se da cláusula de supremacia, estabelecendo para sempre o poder da *judicial review* sobre a legislação dos Estados-membros (SÁNCHEZ, 1998, p. 110).

Portanto, por intermédio da decisão do caso *Ware v. Hylton*, conclui-se que a Suprema Corte estava preocupada, primordialmente, em garantir a legalidade das leis federais e não especificamente da Constituição Federal (SÁNCHEZ, 1998, p. 110).

Seguindo essa mesma linha, no caso *Hylton v. United States* foi apreciada a possível inconstitucionalidade de uma lei federal, a qual, por sua vez, foi, ao final, declarada constitucional.

O terceiro caso citado, *Hollingsworth v. Virginia*, de 1798, para Sánchez (1998, p. 110), serve para dissolver a concepção de que o caso *Marbury v. Madison* foi o primeiro caso em que a Suprema Corte anulou lei advinda do Congresso Nacional por inconstitucionalidade.

Em suma, nos doze primeiros anos e com os primeiros doze *justices* a Suprema Corte anulou pela primeira vez uma lei de um Estado-membro e parte de uma lei federal em 1796 e 1798 respectivamente. Inaugurou-se, assim, a prática da *judicial review* sobre as leis estaduais e federais, mas apenas a prática, ou seja, a aplicação de fato, sem declarar que a doutrina se fundava ou se preocupava em estipular a supremacia constitucional. Portanto, em nenhuma destas sentenças a Suprema Corte justificou a *judicial review* na Constituição em si.

6 CONSAGRAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA AMÉRICA INDEPENDENTE

Durante o período em que a Convenção Federal se reuniu para estipular o texto da Constituição Federal, muito se discutiu acerca do papel do Poder Judiciário, todavia a *judicial review* não foi parte relevante desses debates.

Nesse caminho, apenas a partir de dois artigos da Constituição dos Estados Unidos é possível tratar do controle de constitucionalidade que nasce naquele país, sendo esses os artigos 3º e 6º da Constituição Federal, que, por sua vez, em momento algum, tratam explicitamente da *judicial review*.

Enquanto o artigo 3º delimita a competência de atuação do Poder Judiciário, o artigo 6º estipula a cláusula de supremacia (*Supremacy Clause*), a qual, a grosso modo, estabelece que o direito federal seria superior ao direito constante nas Constituições e legislações estaduais. Os dispositivos são complementares e servem como base para a determinação da doutrina da *judicial review* (SÁNCHEZ, 1998, p. 106).

Alexander Hamilton, nesses debates, ocupa papel de destaque como o autor do que pode ser qualificado como sendo a primeira doutrina sobre a matéria, publicada no *Federalist Paper* n.º 78, no qual explora os preceitos previstos nos artigos 3º e 6º da Constituição.

Conforme Sánchez (1998, p. 107), até os primeiros meses de 1788, Hamilton ainda segue a posição que manteve na Convenção Federal, ou seja, em nenhum momento considerou a possibilidade de controle judicial sobre as leis do Congresso, capaz de conduzir à sua anulação. Admitia apenas o controle de constitucionalidade realizado com base em Constituições e leis dos Estados-membros. Aliás, no *Federalista* n.º 33 Hamilton é bastante vago a respeito do tema da *judicial review* e até mesmo sobre a futura Suprema Corte nada disse nesse momento.

Mais à frente, todavia, no *Federalista* n.º 78, Alexander Hamilton demonstra que a função inicial do controle de constitucionalidade dos tribunais estende-se a todas as leis, incluídas as do futuro Congresso (SÁNCHEZ, 1998, p. 107).

Essa incongruência no pensamento de Hamilton parece ter decorrido das tensões seríssimas existentes no momento da ratificação da Constituição, quando era indispensável enaltecer a supremacia da constituição contra os interesses contrários à ratificação do texto. Nesse sentido, destacamos:

A completa independência das Cortes de Justiça é peculiarmente essencial em uma Constituição limitada. Define-se Constituição limitada como texto que contém específicas exceções à autoridade do Poder Legislativo. Como, por exemplo, leis penais que determinem a desnecessidade do direito de defesa e leis *ex-posto-facto*. Limitações desta espécie apenas podem ocorrer através da atuação das Cortes de Justiça, cuja competência deve ser a de declarar que todos os atos nulos todos os atos contrários à Constituição. Sem esta premissa, todas as reservas de direitos e privilégios seriam equivalentes a nada. A perplexidade de se imputar que o direito das Cortes de Justiça declararem atos nulos, por contrários a Constituição, tem surgido da imaginação da doutrina que afirma a inerência de uma superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Incita-se que a autoridade que possui competência para declarar nula de outra entidade, deve necessariamente superior àquele sobre o qual pode declarar nulo o ato. Como essa doutrina é de grande importância em todas as constituições Americanas, uma breve discussão sobre o seu alcance não pode ser aceitável. [...] A interpretação das leis é própria das Cortes de Justiça. A Constituição deve ser resguardada pelos juizes como lei fundamental. Ela, dessa forma, pertence a eles para fixar o seu significado, bem como para fixar o significado de qualquer ato particular advindo do Poder Legislativo. (HAMILTON, 1788, p. 3-5)⁴

⁴ Tradução livre.

Sánchez (1998, p. 108) ainda nos assevera que Hamilton não extraiu a doutrina do Federalista n.º 78 do texto constitucional em si, dos artigos 3º e 6º. Na realidade, diz o autor que Hamilton apresenta uma visão que se encaixa comodamente no acervo interpretativo da *common law*.

De qualquer modo, prossegue Sánchez (1998, p.108) afirmando que o texto contido no Federalista n.º 78 também serviria como base para o pronunciamento do *Chief Justice* John Marshall na decisão do caso *Marbury v. Madison*, sendo que o primeiro ciclo de atuação da Suprema Corte (1789 a 1801) foi marcado pela utilização da *judicial review* como mecanismo de controle de leis e Constituições estaduais, não se cogitando, assim, o controle de leis federais advindas do Congresso Nacional. E, nesse contexto, a utilização da corrente delineada por Alexander Hamilton foi crucial para que John Marshall, em 1803, declarasse inconstitucional ato legislativo advindo do Congresso Nacional.

7 JUDICIAL REVIEW ANTES DE MARBUY V. MADISON SEGUNDO TREANOR

Treanor (2005) vai além da análise já bastante diferenciada de Sánchez (1998), e faz um estudo minucioso sobre os 31 (trinta e um) casos em que foi discutido o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos antes do caso *Marbury v. Madison*.

Dessa forma, Treanor desfaz a ideia de relevância extrema do indicado caso *Marbury v. Madison* para o controle de constitucionalidade na América.

Além dos 31 (trinta e um) casos em que foram invalidadas leis antes do caso *Marbury v. Madison*, Treanor (2005) apresenta 7 (sete) outros casos em que a constitucionalidade foi discutida, nos quais, contudo, as leis foram ao final declaradas constitucionais.

Mesmo mencionando que a Constituição não prevê expressamente o poder de *judicial review*, Treanor (2005, p. 460) afirma que esse tema nunca foi pacificado, e que é tratado até os dias atuais. O mencionado autor assevera que a mais notável defesa da *judicial review* foi feita por Hamilton no Federalista n.º 78 e, adiante, no Federalista n.º 81 (TREANOR, 2005, p. 471).

O mais interessante no trabalho de Treanor (2005) é o fato de que ele aponta que em mais de um século de pesquisa os estudiosos apenas conseguiram apontar 7 (sete) casos em que foi discutida a invalidação de leis nos Estados Unidos antes do caso *Marbury v. Madison*. Todavia, o autor demonstra que estudou tais casos, e que constatou, dentre esses, que em 4 (quatro) casos houve a invalidação das leis discutidas, todavia, ele adverte que o foco de sua pesquisa não é se o controle de constitucionalidade foi realizado ou não, pois interessa ao autor a abordagem interpretativa.

Apreciando, assim, a abordagem interpretativa dada pelos juízes nos processos estudados, Treanor (2005) mostra que o exercício da revisão judicial ou do controle de constitucionalidade foi dramaticamente mais comum do que mostram os estudos recentes e predominantes. Há, diz o autor, mais de 5 (cinco) vezes o número de casos em que a lei foi invalidada do que os casos de que trata a doutrina que estuda a *judicial review*. Dessa feita, a revisão judicial foi muito melhor estabelecida nos anos imediatamente posteriores à Constituição do que foi anteriormente reconhecido, e a *judicial review* estava longe de ser rara.

Além de mostrar a frequência relativa de afirmações de revisão judicial, Treanor (2005) propõe e consegue demonstrar que, a partir da era revolucionária, a invalidação judicial de leis caiu em certos padrões, sendo que 15 (quinze) dos 31 (trinta e um) casos estudados em que houve invalidação de leis versaram sobre o direito a um julgamento com júri ou sobre preocupações judiciais correlacionadas.

8 O CASO *MARBURY V. MADISON*

Difícil compreendermos e rechaçarmos a proeminência do caso *Marbury v. Madison*, que ganhou relevo como o paradigma do controle de constitucionalidade da América, se não pensarmos que entre a promulgação da Constituição de 1787 e 1803 houve 31 (trinta e um) casos em que a *judicialreview* resultou na invalidação de leis nos Estados Unidos, sendo que em outros 7 (sete) casos é possível encontrarmos votos nesse sentido, tal como nos mostra Treanor (2005, p. 457). Essa circunstância fática real torna relevante, portanto, compreendermos melhor o caso *Marbury v. Madison*.

Antes de tudo, é válido lembrarmos que a *judicial review* é um dos mecanismos mais poderosos das cortes federais nos Estados Unidos. Conforme já evidenciado ao longo da história, os constituintes – ou *framers* – possuíam um *animus* implícito de que os tribunais obtivessem o poder da *judicial review*. Contudo, tal técnica de controle de constitucionalidade não foi expressamente mencionada na Constituição norte-americana.

Com previsão implícita na Constituição, tal como menciona Sánchez (1998, p. 99), para o qual a *judicial review* é decorrência da competência do juiz de interpretar leis, o fato é que a *judicial review* é uma das formas mais emblemáticas de se controlar a constitucionalidade no direito contemporâneo.

Conforme relatado por Sánchez (1998, p. 110), a *judicial review* era um sistema que já havia sido utilizado durante o período pré-constitucional e durante o período de ratificação do texto constitucional. Nesse sentido, já havia casos em que leis haviam sido declaradas inconstitucionais, notadamente nos casos *Hylton v. United States* e *Hollingsworth v. Virginia*.

Portanto, a *judicial review* já vinha sendo praticada no âmbito do direito norte-americano, com naturalidade e sem prévia teorização, o que é ainda mais interessante. A sua utilização, todavia, não era embasada em termos constitucionais propriamente ditos, mas, basicamente, na concepção de superioridade do direito federal sobre o direito estadual e de rigidez da Constituição.

No ano de 1800 o cenário político norte-americano passava por uma série de mudanças. O partido Federalista, antes detentor da maioria dos cargos no Parlamento e na Presidência, perdeu para o partido Republicano as eleições presidenciais (SARLET, 2013, pp. 810). Com efeito, ao final de 1800, o então presidente John Adams, que havia substituído George Washington, estava prestes a ser substituído pelo republicano Thomas Jefferson.

Com o intuito de permanecer com parcela do poder político, no início de 1801 o Congresso norte-americano, constituído de maioria federalista, aprovou uma lei autorizando a nomeação de 42 (quarenta e dois) juízes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria e criou 18 (dezoito) cargos judiciais, sob o argumento de que os juízes da Suprema Corte, que exerciam também cargo na *Circuit Court*, estavam sobrecarregados, sendo esses derradeiros cargos vitalícios. Nessa oportunidade em que o *Judiciary Act* de 1801 alterou o *Judiciary Act de 1789*, foi também dada

competência à Suprema Corte para discutir as ações originárias que versavam sobre seu conteúdo.

Vale acrescentar que todos os nomeados aos cargos eram filiados e membros do partido Federalista. Essas nomeações receberam a denominação de *midnight appointments*, e os juízes ficaram conhecidos como os juízes da meia-noite, posto que as nomeações eram realizadas muitas vezes de um dia para o outro.

No dia três de março de 1801 – um dia antes da posse do novo presidente e membro do partido Republicano, Thomas Jefferson – o Senado confirmou as nomeações dos 42 (quarenta e dois) juízes. Assim, em seu último dia de governo o presidente Adams assinou os atos de investidura que deveriam ser entregues aos novos juízes pelo então Secretário de Estado John Marshall (NOVAK, 2010, p. 2).

Vale colacionar que John Marshall já havia sido indicado pelo presidente John Adams para presidir a Suprema Corte, tendo prestado compromisso em 4 de fevereiro de 1801. Marshall, contudo, permaneceu ocupando o cargo de Secretário de Estado por solicitação expressa do Presidente Adams, de modo que John Marshall apenas tomou posse no cargo de Presidente da Suprema Corte após o efetivo término do mandato presidencial de Adams. Sucede que, apesar da rapidez na nomeação e aprovação dos novos magistrados, Marshall não teve tempo suficiente para entregar os atos de investidura a todos os juízes de paz. Dentre tais juízes de paz estava William Marbury (SARLET, 2013, p. 810).

Com o início do mandato do Presidente Thomas Jefferson, o cargo de Secretário de Estado passou a ser ocupado por James Madison. Tendo em vista que o novo detentor do cargo de Secretário de Estado era membro do partido Republicano, Madison, sabendo do planejamento arquitetado pelo partido rival, negou-se a entregar os atos de investidura aos novos juízes de paz nomeados durante o governo do presidente John Adams (NOVAK, 2010, p. 03).

Nessa vertente, William Marbury, que havia sido cabalmente prejudicado pela decisão do novo Secretário de Estado, ao final do ano de 1801, propôs um *writ of mandamus* originariamente perante a Suprema Corte, requerendo a ordem para que Madison lhe entregasse o ato de investidura. É importante acrescentar que a ação foi proposta com base no parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789.

O caso foi a julgamento pela Suprema Corte no ano de 1803, quando aguardavam julgamento também mais dois outros casos, até mais relevantes do que

o caso *Marbury v Madison*, que discutia a simples posse no cargo de juiz de paz, cargo esse menos importante e com mandato de somente 5 (cinco) anos. Todavia, seguindo os critérios da Suprema Corte para seleção dos casos a serem julgados, pois a jurisdição ali não é obrigatória, foi selecionado o caso *Marbury v. Madison*.

Evidentemente que a situação do *Chief Justice* John Marshall era delicada, pois não deveria sequer ter participado do julgamento, haja vista que estava secretário exatamente no momento em que entregou os documentos de investidura dos novos juízes, cujos cargos foram criados pelo governo do partido Federalista, do qual Marshall, ademais, fazia parte.

Contudo, evitando criar um conflito gravíssimo entre os Poderes Executivo e Judiciário americanos, Marshall foi astuto ao entender que Marbury possuía o direito à investidura no cargo. Para tanto, Marshall tomou como base o ato do Congresso que autorizou a nomeação dos juízes de paz. Nesse sentido, afirmou que a investidura constituía um *vested legal right*, isto é, um direito a ele inerente, não podendo ser dele retirado (SARLET, 2013, p. 811).

Seguindo essa vertente, Marshall entendeu que, diante do caso concreto, deveria ser introduzido um instrumento processual para que pudesse haver a tutela de tal direito. Marshall raciocinou nos termos de que todo direito deve ter à sua disposição um instrumento processual para protegê-lo. Assim, defendeu que tal problemática não teria ocorrido se a questão tivesse cunho político ou fosse submetida à discricionariedade do Poder Executivo. Portanto, na análise do *writ of mandamus*, restou consignado que o ato processual constitui ordem para uma autoridade praticar ação específica.

Nesse sentido, Marshall ainda indagou se ele poderia ser utilizado contra autoridades que fizessem parte do Executivo. Assim, foi constatado que existem dois atos do Poder Executivo que não são passíveis da *judicial review*: aqueles que, em sua essência, têm natureza política e os que a Constituição ou as leis colocam sob completa discricionariedade do Poder Executivo. Todavia, situação diversa existiria na hipótese em que a Constituição ou a lei lhe impõe determinado dever. Nesse caso, afigurando-se legítima a atuação do Judiciário em face de ilegalidade específica, não haveria intromissão no Poder (NOVAK, 2010, pp. 2-3).

A despeito de toda essa argumentação, ao analisar o “poder”, isto é a competência da Suprema Corte para apreciar o caso concreto, pronunciar-se e conceder o *mandamus*, Marbury, observou a inerência de um conflito entre o

parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o artigo 3º da Constituição. Dessa forma, o parágrafo 13 da Lei de 1789 alterou a competência originária da Suprema Corte, atribuindo-lhe o poder para apreciar e julgar outras ações originárias, como a proposta por William Marbury. Com efeito, John Marshall interpretou o artigo 3º da Constituição como norma que fixou e limitou a competência originária da Suprema Corte, concluindo que o Congresso poderia alterar apenas a competência recursal (SARLET, 2013, p. 811).

Diante do latente conflito entre o parágrafo 13 da Lei de 1789 e o artigo 3º da Constituição, Marshall, de forma sagaz, construiu a solução da questão nos seguintes termos: o problema passou a ser se a lei que conflitava com a Constituição seria válida e a Suprema Corte teria o poder para invalidá-la ou, ao menos, deixar de aplicá-la. Nessa vereda, destacamos que:

A opinião concluiu que o Congresso pode possuir o poder para alterar a competência da Suprema Corte, porém o artigo 3º possui o intuito de consertar a competência original. Dessa forma, existiu um claro conflito entre a competência original do Estatuto e a da Constituição, levando Marshall a questão essencial: se o direito que estava em conflito com a Constituição é válido e se a Suprema Corte possui a competência para invalidar, ou, ao menos, deixar de aplicá-la.⁵ (NOVAK, 2010, p. 4)

Por conseguinte, Marshall encontrou-se diante de uma problemática que possuía duas alternativas: ou a Constituição seria a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante meios ordinário, ou a Constituição estaria no mesmo nível das leis ordinárias, e, sendo assim, poderia ser livremente modificada pelo implemento de atos emanados pelo legislador ordinário. Caso Marshall optasse pela segunda posição, poderia se imputar que as Constituições escritas não passariam de uma simples forma de tentar limitar o Poder Legislativo (SARLET, 2013, p. 812).

Optou Marshall pelo entendimento de que a Constituição era na realidade a lei suprema. Por conseguinte, tal diploma é incapaz de ser modificado mediante meios ordinários de produção legislativa, e, dessa forma, a lei que lhe é contrária não é um ato legislativo válido – posto que se encontra eivado de uma real inconstitucionalidade. Logo, ao se fixar que a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, a conclusão só pode ser que o ato legislativo que contraria a Constituição é nulo (SARLET, 2013, p. 812).

⁵ Tradução livre.

Assim, é possível expormos que:

Marshall afirmou que a questão de saber se uma lei federal contrária a um dispositivo constitucional poderia ser considerada a lei nacional "não era de uma complexidade proporcional ao seu interesse". Marshall acreditava que o povo da nação tinha o direito de estabelecer princípios vinculantes e executáveis para o governo da sociedade. Enquanto as pessoas poderiam ter ratificado a Constituição que criaria um governo de poderes gerais, optaram por uma constituição que criou governo com poderes definidos e limitados. Não poderia haver, na visão de Marshall, um meio termo entre esses tipos de governo. Isso deixou à Corte a escolha entre declarar a Constituição como a lei superior e de ligação, ou permitir que o Poder Legislativo possa ser uma entidade de poderes ilimitados. O fato de que as pessoas escolheram uma constituição escrita com princípios fundamentais para vincular o governo no futuro foi uma evidência de que a Constituição deve ser a lei de ligação superior. Se a constituição é a lei superior, em seguida, um ato conflitante deve ser inválido.⁶ (NOVAK, 2010, p. 4)

E, como já havia sido determinado que a lei que contraria a Constituição é nula, restava saber se o Poder Judiciário possuiria competência para tanto. Dessa forma, como a Constituição é a lei fundamental e suprema, incumbiria ao Poder Judiciário interpretar as leis para julgar os casos, cabendo-lhe, quando a lei afronta a Constituição, deixar de aplicar o caso concreto. Assim, admitiu-se que o Judiciário é o intérprete último da Constituição.

Nesse sentido, para corroborar o entendimento acima exposto, é possível destacarmos que:

Restava a questão inerente à necessidade de os tribunais serem obrigados a seguir os atos emanados do Poder Legislativo, apesar da posição do juiz quanto à incompatibilidade da lei com a Constituição. Marshall, com sua declaração, expõe que é de competência do Poder Judiciário a interpretação final de questões de cunho constitucional. Este conceito de que a Constituição é lei máxima e de que o Poder Judiciário é a instituição com a responsabilidade final para interpretar tal diploma é o norte do *Judicial Review* moderno.⁷ (NOVAK, 2010, p. 4)

Assim, no caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte afirmou o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, por meio do controle difuso, embora essa não tivesse sido a primeira vez em que tal entendimento tivesse sido formulado.

⁶ Tradução livre.

⁷ Tradução livre.

9 A DECISÃO DA SUPREMA CORTE NO CASO *MARBURY V. MADISON* E A *JUDICIAL REVIEW*

A revisão das leis pelo Poder Judiciário era um instituto utilizado e bem conhecido nas colônias norte-americanas no período anterior à Revolução de 1776, sob o fundamento da supremacia do parlamento, inglês, é claro.

Com a independência das colônias e a seguinte formação de novos Estados, tais entes passaram a ser regidos por Constituições Estaduais. E, por força das inevitáveis influências do direito inglês, a revisão das leis continuou a ser realizada judicialmente durante o período pós-revolucionário americano. Contudo, essa revisão passou a ser feita tendo como parâmetros as Constituições Estaduais, e não mais as Cartas da coroa inglesa e a *commonlaw* igualmente inglesa.

Com o advento da Constituição Federal, as tradições inerentes ao exercício da revisão das leis pelo Judiciário permaneceram incrustadas nos efetivos aplicadores do direito, unindo-se ao perfil rígido da referida Constituição. No entanto, não se havia firmado uma certeza teórica de que o controle das leis em face da Constituição seria de fato possível, e se o Poder Judiciário efetivamente poderia realizá-lo.

Na verdade, não existia razoável tentativa de teorizar sobre a revisão das leis ou o controle de constitucionalidade em face das Constituições e, especialmente, da Constituição Federal. Nos debates que antecederam a elaboração da Constituição Federal as propostas sobre a *judicial review* tinham sido rechaçadas, e o que se tinha era praticamente o que Hamilton, Madison e Jay (2003) escreveram de forma panfletária.

A despeito disso, antes do caso *Marbury v. Madison*, como foi relatado por TREATOR (2005, p. 457), em 31 (trinta e uma) oportunidades, foram realizados julgamentos que enfrentaram a questão da inconstitucionalidade de leis, as quais foram declaradas inconstitucionais na América.

Ao que parece, portanto, o caso *Marbury v. Madison* foi tomado como paradigma mais em razão das questões em que estava envolto do que por qualquer outro motivo, pois, se o resultado do julgamento fosse diferente do que decidiu Marshall, poderia haver um conflito seríssimo nos Estados Unidos entre poderes, e,

provavelmente, uma crise sem precedentes abater-se-ia sobre o Judiciário, do que propriamente pela questão de direito material discutida e pelo tido como inusitado exercício do controle de constitucionalidade, que, inusitado, efetivamente, sabemos que não foi.

Não fosse o bastante, pairava sobre o referido caso a questão do grave interesse de Marshall no julgamento, que na verdade deveria tê-lo feito não participar do julgamento, haja vista que era do Partido Federalista, e que foi personagem central dos fatos narrados por Marbury.

Soma-se a isso o fato de que durante bom tempo após o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, foram poucos os casos em que foi exercida a *judicial review*, sendo que uma semana após tal julgamento, foi julgado caso bem mais consistente e que poderia ter consequências nefastas para o Judiciário americano, que foi o caso *Stuart v. Lair*, no qual, se fosse seguida a lógica do julgamento de Marshall no caso *Marbury v. Madison*, a Lei que revogou o *Judiciary Act* de 1801, datada de 1802, teria sido declarada inconstitucional. Nesse caso, inclusive, o que estava em jogo não era um cargo temporário de juiz de paz, pois o que se discutia era um cargo vitalício de juiz.

No citado julgamento, a Suprema Corte, não contando com o voto de Marshall, e sem seguir a lógica do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, o qual sequer foi mencionando, optou por não declarar a inconstitucionalidade da Lei que revogou o *Judiciary Act* questionado, em 1802, o que evidentemente foi uma decisão que levou em conta fatores políticos e a segunda ameaça de crise grave seguida entre o Judiciário e o Executivo.

Nesse sentido, Streck (2013, p. 362) assegura que a *judicial review* não nasce com o caso *Marbury v. Madison*, sendo que seu processo histórico está vinculado à limitação de poder – ao dever de resistência em frente à tirania – que tem ligação com as lutas religiosas no território inglês anteriores a 1803. E ainda acrescenta o autor que a ideia de direito fundamental, superior ao direito ordinário, de origem parlamentar, tem origem no início do século XVII, e que o constitucionalismo moderno nasce, quando Jaime I pretendeu exercer poder absoluto.

10 CONCLUSÃO

De tudo quanto se falou, podemos aquilatar que, embora a *judicial review* tenha algumas raízes na história inglesa, até porque não poderia ser muito diferente, considerando que os Estados Unidos foram colônia da Coroa Britânica, ela deita raízes firmes e se desenvolve efetivamente nos Estados Unidos da América, de onde foi transportada para muitos países, inclusive para países do velho continente, tendo, ademais, exercido forte influência em países das Américas, especialmente o Brasil.

Nesse caso, o subjugo imposto pela Inglaterra às Colônias Americanas, especialmente ao final da Guerra dos Sete Anos, e o controle que exercia das leis americanas foram fatores determinantes para que o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos fosse o que efetivamente é, e, principalmente, para que fosse realizado com naturalidade após a independência americana. Ademais, é impossível não identificar a *judicial review* às ideias de rigidez e de supremacia da constituição e, também, aos conflitos internos que ocorreram nas colônias inglesas na América, inclusive, após a independência, onde, mesmo não havendo monarquia nem aristocracia nos moldes da Europa, houve debates e enfrentamentos entre as classes dominantes e as classes indignadas com os privilégios dessas.

Não fosse o bastante, mesmo sem expressa previsão na Constituição dos Estados Unidos, a *judicial review* já esteve presente em alguns debates que antecederam a independência das Treze Colônias Americanas, embora nenhuma das propostas referentes ao tema tenham sido aceitas. Assim, a sua realização ao longo do tempo ocorreu sem que se possa atribuí-la a um fato ou momento específico, como algo natural e sem prévia teorização consistente ao seu respeito.

Em verdade, o controle de constitucionalidade realizado em processo concreto forjado nos Estados Unidos da América tem como fundamento a ideia de supremacia e de rigidez da constituição e o papel do magistrado de interpretar a lei, tendo sido inspirado teoricamente pela teoria dos Federalistas, a partir do Federalista n.º 78, ao passo que a doutrina Coke serviu mais como fundamento de justificação de algumas decisões do que propriamente como precedente histórico forte e relevante da *judicial review*, de mesma forma que o caso *Marbury v. Madison* é menos importante do que pretende a doutrina dominante.

Streck (2013, p. 317), aliás, diz-nos que a experiência americana é extremamente importante, porquanto foi o primeiro grande Estado de modelo europeu que não se situa no velho continente a ter uma revolução que se sagrou vitoriosa e anticolonial, embora tivesse em seu bojo um conflito de raças, tendo sido a primeira e mais duradoura constituição escrita de acordo com a concepção moderna de constituição, a qual foi moderada pela jurisprudência, conforme o controle de constitucionalidade, sendo também o primeiro estado federal, laico, além de república democrática com sistema de governo presidencial por aplicação imediata da teoria da separação dos poderes, no qual a constituição passou a ter valor superior às demais leis e os tribunais tiveram a atribuição de interpretá-la e concretizá-la.

Assim, nem a doutrina Coke, que não objetivava impor a supremacia da *common law*, e que apenas combateu a supremacia do legislativo enquanto esse era a boca do monarca, foi um forte precedente da *judicial review*, nem o caso *Marbury v. Madison* foi originalmente o paradigma da *judicial review*, porque, exceto pela habilidade do *chief Marshall*, em contornar uma crise que poderia ser avassaladora, na qual inclusive estava envolvido pessoalmente, o caso *Marbury v. Madison* nem mesmo foi o primeiro caso de controle de constitucionalidade efetivamente ocorrido, haja vista que, no período entre a promulgação da Constituição de 1787 e o ano de 1803, foram declaradas inconstitucionais 31 (trinta e uma) leis nos Estados Unidos da América, sendo que em mais 7 (sete) casos apreciados ao menos um juiz afirmou estar presente a inconstitucionalidade da lei discutida.

É plausível concluirmos, portanto, que a América é efetivamente o berço da *judicial review*, e que foram os acontecimentos históricos nela ocorridos, inclusive antes da independência, os quais estavam relacionados ao subjugo inglês, além dos conflitos sociais internos que ocorriam nos Estados Unidos, sobretudo depois da declaração de independência, os quais influenciaram o surgimento do constitucionalismo, que fortemente geraram o modelo de controle difuso de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, num ambiente constitucional em que prevaleciam as ideias de separação de poderes e de uma constituição rígida e suprema.

11 REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Carmem Luiza de. **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. Curitiba: 2007, **Rev. Sociol. Polit.** n.º. 28. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782007000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 05 abr. 2015.
- GROTE, Rainer. **Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat** – the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: <www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- HALL, Kermit. **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. Oxford Press University, 1999. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 06 abr. 2015.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- KALT, Brian. “Three levels of stare decisis: distinguishing common-law, constitutional, and statutory cases”. **Texas Review of Law and Politics** (2004). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=facpubs>>. Acesso em: 22 mar. 2015.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Vozes, 2006.
- MIRANDA, Eduardo Toledo; MENDONÇA, Paula. **Inglaterra: Governo Misto e Constituição**, 2015.
- NOWAK, John. **Principles of constitutional law**. 4. ed. Concise Hornbook, 2010.
- SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. Reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- TREANOR, William Michael. **Judicial Review before Marbury**. Georgetown: Georgetown Law Library, 2005. Disponível em <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=facpub>>. Acesso em: 26 abr. 2015.