

O nascimento do controle de constitucionalidade judicial

Andreо Aleksandro Nobre Marques

Sumário

1. A fiscalização judicial da constitucionalidade: uma contribuição dos Estados Unidos para o mundo. 2. O controle de constitucionalidade. 2.1. Controle de constitucionalidade formal e material. 2.2. Controle de constitucionalidade por via de exceção e por via de ação. 3. A experiência inglesa e sua influência sobre o incipiente constitucionalismo dos Estados Unidos. 4. O nascimento do controle de constitucionalidade exercitado pelo Poder Judiciário. 5. Considerações finais.

1. A fiscalização judicial da constitucionalidade: uma contribuição dos Estados Unidos para o mundo

Este artigo tem por objeto apontar as razões pelas quais o controle de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais, exercitado pelos órgãos do Poder Judiciário, originou-se nos Estados Unidos, e como se deu, historicamente, esse surgimento.

A abordagem justifica-se, pois, como se sabe, o constitucionalismo dos Estados Unidos exerceu forte influência na instauração do modelo republicano no Brasil, inclusive no que diz respeito à aceitação entre nós do princípio da *judicial review*.

Em que pese a afirmação de que foi nos Estados Unidos que nasceu a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis, ver-se-á que o gérmen desse poder é en-

Andreо Aleksandro Nobre Marques é Juiz de Direito Titular na Comarca de Natal/RN. Especialista em Direito Processual Penal e Processual Civil pela Universidade Potiguar – UNP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Professor Assistente de Direito Penal da UFRN.

contrado no direito inglês, que, em certo período de sua história, admitia o poder dos órgãos judiciários de revisar os atos legislativos e governamentais que colidissem com a *Common Law* ou com o direito natural (CAVALCANTI, 1966, p. 48).

Coube, então, ao gênio norte-americano, a partir do estabelecimento inovador de uma Constituição escrita, apenas desenvolver e formular, em termos definitivos, o exercício do controle de constitucionalidade.

É de se ter em conta, ainda, que, apesar de o constitucionalismo dos Estados Unidos ter seguido um rumo diverso daquele do Reino Unido, a *Common Law* continuou sendo a fonte primordial de inspiração do direito norte-americano.

Assim, a abordagem terá início com uma breve exposição do tema controle de constitucionalidade, enfocando seus principais aspectos teóricos.

Em seguida, será examinada a influência exercida pelo direito inglês sobre o direito dos Estados Unidos, uma vez que o sistema jurídico norte-americano é considerado um misto entre o da *Common Law* e o da *Civil Law*, explicitando com precisão a distinção entre essas duas famílias de direitos e as acepções que pode tomar a expressão *Common Law*.

Por fim, mostrará como se estabeleceu o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

2. O controle de constitucionalidade

O constitucionalismo moderno surge com a aceitação da ideia de existência de uma lei fundamental do Estado ou Nação, superior a todas as demais.

A distinção entre lei constitucional e lei infraconstitucional resulta do fato de que a lei constitucional é produto de um poder constituinte, a princípio absoluto e ilimitado, enquanto a lei infraconstitucional é produto de um dos poderes constituídos pela lei constitucional, razão pela qual não pode desrespeitá-la.

Foi o que teorizou Sieyès na famosa obra “*Qu'est-ce que le tiers État?*”. Mais tarde, teria Sieyès, agora preocupado com a estabilidade e ordem que a Constituição deveria proporcionar, transigido com a possibilidade de alteração da Constituição pelo poder instituído, desde que se atuasse com prudência (Cf. BONAVIDES, 2004, p. 141).

Para Machado Horta (1999, p. 124), é o poder constituinte, originário ou derivado, que confere “superioridade e permanência formais a determinada categoria de regras, imprimindo na superfície jurídica estatal dupla categoria de normas: a constitucional e a ordinária.”

Assim, não podendo a lei constitucional, de categoria superior, ser revogada por uma lei ordinária, de categoria inferior, justamente por decorrer daquela, resta estabelecido o princípio da supremacia constitucional (Cf. BITTENCOURT, 1997, p. 68), pressuposto doutrinário incontroverso da técnica do controle de constitucionalidade (LOUREIRO JÚNIOR, 1957, p. 61-62).

2.1. Controle de constitucionalidade formal e material

Para que seja possível a reforma ou revisão das Constituições rígidas, exige-se a submissão do órgão competente a um procedimento mais difícil, daí porque a lei infraconstitucional, por não se submeter aos mesmos requisitos, não pode revogá-la.

Busca-se proteger, então, com o aspecto da rigidez, as opções políticas da sociedade, sufragadas no texto constitucional, quer em relação à organização estatal, quer aos direitos que foram conferidos em favor dos membros dessa sociedade, daí por que se obsta também a alteração das próprias normas constitucionais que tratam da elaboração de normas pelo legislador constituído.

Nesse sentido, assevera Hans Kelsen (1998, p. 182):

“(...) a constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a

observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos. A constituição, o documento solene chamado ‘constituição’, geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material. *Mas é a fim de salvaguardar as normas que determinam os órgãos e os procedimentos de legislação que se projeta um documento solene e especial e se torna especialmente difícil a modificação das suas regras. Por causa da constituição material existe uma forma especial para as leis constitucionais ou uma forma constitucional. Se existe uma forma constitucional, então as leis constitucionais devem ser distinguidas das leis ordinárias.*” (grifo nosso).

A inaplicabilidade da lei que contrarie a Constituição advém, portanto, da hierarquia existente entre as leis. Sendo a Constituição a lei suprema, e tendo os poderes constituídos existência derivada da Constituição, se houver um entrechoque entre duas normas jurídicas, estando uma contida na Constituição e outra não, deve prevalecer a lei constitucional, por ser norma de hierarquia superior (Cf. BITTENCOURT, 1997, p. 63).

Barthélémy e Duez¹ (apud BITTENCOURT, 1997, p. 64) asseveram que a Constituição não estabeleceu poderes constituídos para ser desrespeitada por eles. Assim, todo ato que, emanando dos poderes constituídos, for contrário à Constituição, também o é privado de valor jurídico.

Em sentido equivalente, Gomes Canotilho (2003, p. 888) aduz que, sendo a Constituição a norma das normas, a de hierarquia

¹ Dizem Joseph Barthélémy e Paul Duez: “Les organes constitutionnels ne peuvent pas juridiquement faire d’actes en contradiction avec les dispositions de la constitution, parce qu’ils excéderaient leur compétence: la constitution nés les a pas créées pou être violée par eux. La constitution est la loi supreme du pays: tout acte qui lui serait contraire serait illégal.”

superior de um ordenamento jurídico, disso advém uma pretensão de validade e de observância da Constituição a que estão jungidos todos os poderes constituídos.

Ocorre que apenas a ideia de superioridade da Constituição, em razão de esta decorrer do poder constituinte, não basta para essa tutela. Necessário, como acentua Machado Horta (1999, p. 124, 125), que se faça acompanhar a Constituição de um mecanismo adequado de salvaguarda de seu conteúdo, tanto para que não haja a interferência de um poder constituído no domínio de outro, quanto, principalmente, para que os poderes constituídos respeitem os direitos individuais que a lei constitucional houve por bem reconhecer.

Esse instrumento de defesa da Constituição, derivado da ideia de constituições rígidas, somente veio a surgir com o constitucionalismo do século XVIII, dando origem ao que é conhecido modernamente por controle de constitucionalidade das leis (Cf. HORTA, 1999, p. 128).

Entretanto, logo surge uma primeira dificuldade, qual seja a de determinar qual órgão do Estado é o mais indicado para exercer esse poder, a fim de que não ocupe uma posição de superioridade em relação aos demais poderes constituídos, com afronta ao princípio da separação dos poderes, base do Estado de Direito.

Como se sabe, o controle de constitucionalidade pode ser formal ou material. O controle formal é aquele que se realiza para se averiguar se a elaboração da lei obedeceu ao procedimento previsto pela Constituição.

O controle formal é estritamente jurídico, uma vez que cuida apenas de analisar se o procedimento de feitura das leis atendeu aos comandos normativos constitucionais, e se foram obedecidas as competências estabelecidas na Constituição, não sendo um controle de conteúdo, isto é, material (BONAVIDES, 2004, p. 297, 298).

Em razão disso, por ser um controle jurídico, eminentemente técnico e despido

de referências ao conteúdo da lei, não há nenhum problema em ser exercido por um órgão jurisdicional, que desempenha, conforme assinala Rui Barbosa (apud BONAVIDES, 2004, p. 298), “(...) um poder de hermenêutica e não um poder de legislação”.

Acontece que o controle formal é insuficiente para a salvaguarda dos direitos reconhecidos na Constituição em favor dos cidadãos, já que a Constituição também deve ser entendida em seu sentido material², isto é, como instrumento político, de eleição dos valores mais caros de uma sociedade ou nação, o que deu origem ao denominado controle material.

O controle material tem elevado teor político. Para seu exercício, é necessário perscrutar o conteúdo da norma jurídica, a fim de torná-la compatível com a Constituição. A atividade desenvolvida é criativa, atenta aos valores da norma, que devem estar em conformidade com os valores da Constituição.

Aqui é que resulta problemática a escolha do órgão destinado a exercitar esse controle, pois, sendo atribuída a um órgão do Poder Judiciário a incumbência de verificar se os atos dos outros poderes se conformam à Constituição, disso resultaria que o Poder Judiciário poderia ficar em nível superior aos demais poderes estatais, em prejuízo da independência e harmonia derivada do princípio da separação dos poderes.

Ademais, no que se refere à atividade legislativa, isso seria ainda mais inadmissível, pois na Inglaterra e na França, países que, adotando o regime parlamentar, exerceram forte influência sobre inúmeros outros países, é o Poder Legislativo, e não o Poder Judiciário, o porta-voz da soberania do Povo ou da Nação (Cf. HORTA, 1999, p. 143).

² Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 80), a Constituição material diz respeito ao conteúdo das determinações mais importantes de um Estado. É o conjunto de regras destinado a regular o poder, a distribuição de competências, a forma de governo, os direitos individuais e sociais da pessoa humana.

Em consequência disso é que, nos países da Europa continental, ao tempo das primeiras Constituições, ou o problema foi desconsiderado, pela não criação de um mecanismo de controle, entendendo suficiente o estabelecimento da rigidez constitucional³, ou, originariamente, foi atribuído o controle de constitucionalidade a um órgão político, não vinculado ao Poder Judiciário.

Mas que poder é estritamente político ou jurídico? Nem os Poderes Legislativo e Executivo são estritamente políticos, nem o Poder Judiciário pode e deve ser estritamente jurídico. Realmente, quando se analisa o surgimento do modelo norte-americano do controle de constitucionalidade, fruto de uma realidade histórica diversa da vivida especialmente na França, ver-se-á que não é incompatível com o Poder Judiciário o exercício político de sua função. Aliás, no que se refere à interpretação constitucional, não há como se pensar nessa prática afastada do ponto de vista político⁴.

³ Como assinala Machado Horta (1999, p. 128-129), procurava-se proteger a supremacia constitucional apenas mediante “o acatamento solene e reverencial”, como foi o caso da Constituição Francesa de 1791, que em seu art. 8º do Título VII confiava a guarda da Constituição “(...) à fidelidade do corpo legislativo, do Soberano e dos Juízes, à vigilância dos pais de família, esposas e mães, à estima dos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses”. A história, porém, mostrou que o controle parlamentar, o direito de resistência e o direito de petição, apontados como formas de proteção dominantes no século XIX, não eram suficientes para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, destacando a pouca eficácia prática desse expediente, diz Michele Petrucci (apud HORTA, 1999, p. 129): “(...) Poiché non era accompagnato da garanzie giuridiche che proteggessero i diritti dei cittadini contra l'ingerenza dello Stato in genere e, malgrado gli appellativi di naturali e imprescrittibili a volte loro attribuiti, del potere legislativo in ispecie”.

⁴ Cf., a esse respeito, as seguintes ponderações de Otto Bachof (1986, p. 843): “(...) Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación

Sustenta Bittencourt (1997, p. 68), que os tribunais não entram em conflito com o Poder Legislativo quando deixam de aplicar uma lei ordinária tida por inconstitucional, já que, na verdade, o conflito se estabelece entre as duas categorias de leis, a constitucional, derivada do poder constituinte originário, e a ordinária, de um poder criado pela Constituição, limitando-se os tribunais a aplicar a lei de hierarquia superior, por sua autoridade patente.

Gomes Canotilho (2003, p. 889) considera mesmo que a fiscalização judicial da constitucionalidade contribuiu para o desenvolvimento profícuo da própria constituição, dizendo que é possível se afirmar que a constituição foi “reinventada pela jurisdição constitucional”, caracterizando uma das formas mais importantes de controle já estatuídas para a proteção das normas constitucionais.

Isso não significa, parafraseando Hamilton⁵, trazido à colação por Bittencourt (1997, p. 69), que o Poder Judiciário seja superior ao Poder Legislativo. Quem é superior é a Constituição, e o é em relação a todos os poderes por ela constituídos, devendo os juízes, em caso de lei ordinária inconstitucional, atuar a vontade soberana e aplicar a Constituição, rejeitando a lei inconstitucional.

Ademais, importa ter em mente que, na verdade, é o Poder Judiciário o mais fraco dos poderes⁶ e que sua função precípua, de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley (...”).

⁵ Sustenta Hamilton, em “The Federalist”, que: “Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental”.

⁶ A esse respeito, é célebre a seguinte passagem de Hamilton, em “The Federalist”: “The Judiciary has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the

segundo Neumann e Miller, referidos por Bittencourt (Idem, p. 22), é justamente a de defender e proteger os direitos assegurados constitucionalmente em favor dos cidadãos.

É cediço que há duas formas fundamentais de controle de constitucionalidade, que a seguir serão divisadas: o controle de constitucionalidade por via de exceção e o controle por via de ação.

2.2. Controle de constitucionalidade por via de exceção e por via de ação

O controle de constitucionalidade por via de exceção, também chamado de controle concreto, ou incidental, somente é exercitável perante órgão do Poder Judiciário, diante de caso concreto submetido a julgamento, quando uma das partes em conflito levanta, em sua defesa, incidentalmente, a tese da inconstitucionalidade de uma lei que seria aplicada em seu prejuízo.

Como diz Gomes Canotilho (2003, p. 899, grifo nosso):

“A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja *relevante* para a solução do caso concreto.”

Diversamente do que ocorre com o controle por via de ação, na via de exceção a decisão judicial não anula a lei inconstitucional, isto é, não a ataca em abstrato, mas somente declara sua nulidade, deixando de aplicá-la ao caso concreto.

Nesse sentido, pontifica Rui Barbosa (apud BITTENCOURT, 1997, p. 99, grifo nosso):

“Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, *anular*. Declarar nula uma

society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force or Will but merely judgement... It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power.”

lei é simplesmente consignar a sua incompossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Hão de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese alguma, como conclusão da sentença e objeto do julgado.”

O controle por via de exceção é produto da experiência constitucional norte-americana, estando vinculado ao sistema de controle de constitucionalidade denominado difuso. Caracteriza-se basicamente por ser conferido a qualquer órgão jurisdicional, nos casos concretos sujeitos à sua apreciação (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade por via de ação é também denominado controle direto ou abstrato. Diz-se abstrato porque é feito por meio de uma ação diretamente proposta com o intuito de atacar a inconstitucionalidade da norma em abstrato, isto é, independentemente da existência de qualquer conflito concreto entre sujeitos de direito.

Está relacionado com o sistema concentrado⁷ de controle de constitucionalidade, originário do modelo austríaco estampado na Constituição de 1920, no qual a competência para julgar a inconstitucionalidade é reservada a um único órgão, excluindo-se todos os demais (Idem, p. 900).

Dando o órgão competente provimento ao requerimento da parte legitimada a arguir a inconstitucionalidade, cassa o ato tido por inconstitucional, expurga-o do ordenamento jurídico e retira-lhe, total ou parcialmente, seus efeitos, valendo a decisão *erga omnes*.

De acordo com os sistemas constitucionais que adotaram essa forma de controle de constitucionalidade, o julgamento da

ação de inconstitucionalidade poderá caber tanto a um órgão do Poder Judiciário, quanto a um órgão especialmente criado para essa finalidade.

Assim, tem-se, hodiernamente, como exemplo da adoção do controle de constitucionalidade por via de ação, o modelo pátrio, disposto na Constituição da República Federativa de 1988, confiado a um órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, e, sendo confiado a um órgão diverso do Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional do modelo espanhol (Constituição de 1978), apesar de que, em ambos países, é possível também o controle de constitucionalidade por via de exceção.

3. A experiência inglesa e sua influência sobre o incipiente constitucionalismo dos Estados Unidos

Diz-se que a *Common Law* foi criada na Inglaterra, mas o que caracteriza esse sistema ou família de direito? Respondendo à indagação, pode ser dito que a principal característica do direito dos países que se filiam à *Common Law* é que nesta a criação do direito se dá, principalmente, por obra dos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, *judge-made law*.

Assim, verdadeiramente, conforme ressalta Guido Soares (2000, p. 51), não é que a *Common Law* seja essencialmente baseada no costume e, como tal, se trate de um direito não escrito, como se costuma propagar, porém, que o Poder Judiciário dos países filiados à *Common Law* exerce efetiva atividade criadora do direito, o que, ordinariamente, não é aceito nos países que integram o sistema da *Civil Law*.

Afasta-se, então, desde logo, a falsa afirmativa de que o direito inglês, do qual surgiu o sistema da *Common Law*, é um direito não escrito, posto que a criação do direito ocorre predominantemente com o trabalho dos tribunais, havendo, efetivamente, redução a escrito das decisões proferidas pelas cortes (GALINDO, 2003, p. 100, 101).

⁷ Esclarece Gomes Canotilho (2003, p. 899) que esse sistema encontrou grande acolhida no constitucionalismo europeu superveniente ao segundo grande conflito mundial, “(...) estando consagrado na Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal”.

Característica importante da *Common Law* a ser realçada diz respeito à denominada regra do precedente ou *doctrine of stare decisis*⁸. Segundo tal regra, basta uma única decisão de um tribunal para que a mesma tenha força obrigatória para casos futuros, espalhando seus efeitos para além das partes, vinculando não só os órgãos judiciais subalternos, mas também o próprio tribunal que fixou o precedente, sendo imperativo conhecer as razões ou motivos da decisão, já que a regra jurídica é criada pelo tribunal de acordo com os fatos do caso concreto (SOARES, 2000, p. 40-42).

Note-se que não é correto denominar o sistema da *Common Law* sistema inglês ou mesmo sistema britânico, uma vez que vários outros países de língua inglesa, não só a Inglaterra, onde surgiu, filiam-se a esse sistema, entre os quais Nova Zelândia, Austrália, República da Irlanda (Eire), e também porque a Escócia, apesar de compor a Grã-Bretanha, com a Inglaterra e o País de Gales, e sofrer grande influência da *Common Law*, filia-se ao sistema romano-germânico (Idem, p. 51-52).

Por outro lado, não obstante se reconhecer força criadora do direito às decisões judiciais, convivem estas com os *statutes*, que seria a criação do direito por obra do legislador não integrante do Poder Judiciário, daí por que se costuma falar em *Common Law* para se referir ao direito criado pelas cortes e *Statutory Law* ou *Statute Law* para denotar o direito instituído pelos órgãos não judiciais (Ibidem, p. 37-38).

Como os Estados Unidos, advindo do sistema da *Common Law*, em que prevalecia o princípio da supremacia do Parlamento, poderia criar um sistema constitucional em que o Poder Judiciário controlasse os atos dos outros poderes?

Para responder essa indagação é preciso que se esclareça, desde o início, que,

⁸ *Stare decisis* é a forma abreviada da sentença latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que quer dizer, em tradução livre, mantém o que foi decidido e não altere o que foi estabelecido.

enquanto em França o Poder Judiciário era símbolo de opressão, posto que os juízes eram submissos à vontade do Monarca, o que fez com que os revolucionários se empenhassem em reduzir ao máximo o poder exercido pelo ramo judiciário, nas Treze Colônias a situação era bem diferente.

O que representava opressão para o incipiente povo americano era o Parlamento inglês, que costumeiramente desautorizava as leis locais, sempre que fossem contrárias aos interesses da Coroa. Explica-se, assim, o desejo do povo americano de constituir e tolerar um Poder Judiciário altivo e soberano, a fim de combater os eventuais abusos que pudessem ser praticados pelos demais poderes.

Nesse ponto, apesar de o sistema jurídico norte-americano estar vinculado ao sistema da *Common Law*, diferencia-se do sistema constitucional do Reino Unido, já que neste não existe, tradicionalmente⁹, a fiscalização da constitucionalidade, em decorrência da ideia de soberania ou supremacia parlamentar e da não distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias (Cf. CLÈVE, 2000, p. 57; POLETTI, 2001, p. 6).

É justamente o fato de possuir uma Constituição escrita e rígida que permite

⁹ Com o ingresso do Reino Unido na Comunidade Comum Europeia, já se tem exercitado pelo Poder Judiciário (*judicial review*) a análise da conformidade das leis do Reino Unido com as regras do direito da comunidade, por entender que estas estão em um nível superior em relação às leis internas, razão pela qual devem ser respeitadas. Nas palavras de Cappelletti (2003, p. 141-142): “Nos últimos anos, porém, significativas brechas foram abertas nos sólidos princípios das tricentenárias muralhas. Mencionarei apenas duas que se aplicam ao Reino Unido, e ao mesmo tempo a várias das demais nações da Europa Continental. Elas nos revelam uma nova e única dimensão do extraordinário desenvolvimento e crescimento da revisão judicial na Europa, vale dizer, sua *dimensão transnacional* [...] Na verdade, não se trata de um controle de *constitucionalidade* da legislação, embora seja pelo menos um primeiro passo para o reconhecimento, mesmo na Inglaterra, de que o princípio histórico da absoluta supremacia da lei parlamentar não mais prevalece inteiramente.”

o enquadramento do direito dos Estados Unidos como pertencente ao que se pode chamar de sistema da *Common Law* misto, por ter algumas características encontradas nos direitos filiados ao sistema da *Civil Law* (SOARES, 2000, p. 26).

Na Inglaterra, até a Revolução gloriosa, os Poderes Legislativo e Judiciário queriam, disputando não só com a Coroa, mas também entre si, deter a força e o poder do Estado. Chegou mesmo a ser aplicada, durante o século XVII, a teoria de Edward Coke¹⁰, que dizia que os juízes podiam declarar a nulidade insanável da lei do parlamento quando fosse contrária ao direito comum e à reta razão (HORTA, 1999, p. 144, 145), justamente pela força tradicional da *Common Law*, que admitia ser completada pela lei do parlamento (*Statutory Law*), mas nunca desrespeitada (CLÈVE, 2000, p. 59).

No entanto, essa supremacia do Poder Judiciário foi esquecida após a Revolução de 1688, tendo sido a supremacia parlamentar prevista no *Bill of Rights* de 1689.

Mas é falso afirmar que não há uma Constituição na Inglaterra. Desde a Carta Magna de 1215, há leis escritas, materialmente constitucionais, que organizam o poder estatal e reconhecem direitos fundamentais em favor dos cidadãos, como são o *Petition of Rights*, o *Bill of Rights*, entre outras (Cf. GALINDO, 2003, p. 94-96). Assim, o certo é dizer que a Constituição inglesa apenas não é codificada, além do que não há distinção entre lei constitucional e lei ordinária (WOLF-PHILLIPS, 1987, p. 19-22).

Em síntese, na Inglaterra qualquer lei pode ser modificada, mesmo quando materialmente constitucional, sem maiores problemas, justamente porque todas as leis estão situadas em um mesmo patamar de importância.

¹⁰ Informa Ronaldo Poletti (2001, p. 18) que Sir Edward Coke, que foi advogado, procurador público, membro do Parlamento, *Chief Justice of Common Pleas*, *Lord Chief Justice of England* e *Chief Justice of The King's Bench*, não aceitava o poder ilimitado do Parlamento, tendo assentado o princípio do controle judicial.

Em que pese a inexistência de uma Constituição formalmente rígida na Inglaterra, como sustenta Ronaldo Poletti (2001, p. 7), é “justo ponderar a dificuldade em se alterar aqueles documentos de natureza constitucional, por força de circunstâncias político-culturais e não técnico-jurídicas”.

Mas, ao contrário da França pré-revolucionária, de acordo com Mauro Cappelletti (2003, p. 140), não existiu na Inglaterra “nenhum profundo sentimento popular contra o Judiciário, cujo histórico papel de proteção das liberdades individuais geralmente gozou de largo espectro”, o que justificaria o fato de na Inglaterra ser admissível a revisão dos atos administrativos pelo Judiciário, ao contrário do que ocorre na França.

Apesar do rumo tomado pelo constitucionalismo inglês, impende destacar que é inegável que as ideias de limitação legal do poder, de Constituição escrita, de hierarquia entre normas, assim como da competência judicial para declaração da nulidade da norma, tiveram raízes na Inglaterra, e que as mesmas voltaram a ecoar e ser desenvolvidas com toda força nas colônias americanas.

Acrescente-se que a própria afirmação de não haver revisão dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário no Reino Unido é questionável. É o que sustenta Galindo (2003, p. 107, 108), com base em René David, ao dizer que o uso dos processos interpretativos pelas cortes judiciais inglesas redundava na criação de novas normas, específicas para o caso concreto, sem que seja necessária a anulação das leis baixadas pelo Parlamento por constitucionais.

Verificadas as razões históricas que levaram à supremacia parlamentar na França e na Inglaterra, bem assim os motivos que conduziram a rejeitar a dita supremacia nos Estados Unidos, ver-se-á em seguida como se estabeleceu neste país o controle de constitucionalidade por meio do Poder Judiciário.

4. O nascimento do controle de constitucionalidade exercitado pelo Poder Judiciário

A Constituição americana não previu, ao menos expressamente, o controle de constitucionalidade de leis.

Diz-se que, apesar disso, era desejo dos autores da Constituição que o controle da constitucionalidade das leis fosse exercitado pelo Poder Judiciário. Segundo Machado Horta (1999, p. 139), quem sustenta isso é Charles Beard, que teria examinado os debates da Convenção de Filadélfia e verificado que, dos cinquenta e cinco delegados, apenas vinte e cinco constituíram o elemento ativo da Assembleia, dentre os quais dezessete teriam se manifestado a favor do controle judiciário da constitucionalidade das leis.

Não obstante, adverte Lúcio Bittencourt (1997, p. 19, 20) que a observação de Charles Beard “não altera o fato de jamais ter sido o assunto objeto de discussão ou resolução por parte dos convencionais”.

Aponta-se a origem do controle de constitucionalidade norte-americano na famosa decisão tomada pela Suprema Corte, em 1803, no caso *William Marbury v. James Madison*, haja vista que o referido controle constava apenas implicitamente na Constituição norte-americana.

Na demanda citada, o *Chief Justice* Marshall desenvolveu raciocínio lógico-jurídico digno de apreciação¹¹, tendo destacado a supremacia da Constituição diante dos poderes constituídos, inclusive do Poder Legislativo, esclarecendo ser função precí-

pua do Poder Judiciário, ao analisar os casos concretos que lhe fossem submetidos, interpretar se os atos dos poderes constituídos estão de acordo ou não com a Constituição e, em caso negativo, declará-los nulos, não os considerando para a resolução do litígio, sistematizando a doutrina do controle de constitucionalidade por via de exceção, a ser realizado por toda e qualquer corte judicial (judicial review ou judicial control).

Pontificou Marshall (apud BITTENCOURT, 1997, p. 13, 14) que:

“[...] Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do

¹¹ Não obstante, destaca Ronaldo Poletti (2001, p. 25): “Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência, conforme os precedentes lembrados e outros que lhe foram segundo. A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.”

nosso Governo, e, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz [SIC]."

Interessa ressaltar o momento histórico vivido pelos Estados Unidos e a situação específica do *Chief Justice* Marshall, que precederam à famosa decisão. John Marshall fazia, juntamente com Adams, Presidente dos Estados Unidos à época, parte do Partido Federalista, tendo sido nomeado por Adams para ser seu Secretário de Estado. Os federalistas, prevendo a derrota na sucessão presidencial, o que realmente veio a se concretizar e de forma estrondosa, fizeram, com Adams à frente, inúmeras nomeações de copartidários para cargos do Poder Judiciário, a fim de se preparam para o período em que iriam ficar afastados do poder, já que os juízes eram cercados das garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos. O próprio Marshall, ainda como Secretário de Estado, foi nomeado e exerceu cumulativamente aquela função com a de Presidente da Suprema Corte norte-americana, até o final do mandato de Adams (Cf. POLETTI, 2001, p. 31, 32).

O certo é que os republicanos, que estavam ascendendo ao poder com a eleição de Jefferson para presidente (quarto presidente norte-americano), representavam, pelo menos no entender dos federalistas, uma ameaça ao postulado da supremacia do governo federal, diante da grande quantidade de votos recebidos não só pelo Presidente Jefferson, como pelos candidatos republicanos que foram eleitos em maioria para o Congresso, postulado que seria substituído pelo da soberania dos Estados, já que essa bandeira havia sido agitada durante a campanha presidencial (HORTA, 1999, p. 138).

Até o último dia do governo, Marshall, na qualidade de Secretário de Estado, e

Adams preparam diversos atos de nomeação para cargos judiciais a serem ocupados por seus correligionários. No entanto, Marshall não conseguiu entregar a tempo todos os atos, isto é, antes da posse de Jefferson, tendo este substituído Marshall por Madison no mesmo cargo de Secretário.

Não obstante os atos não entregues estarem prontos e acabados (inclusive assinados pelo Presidente Adams e selados com o selo oficial dos Estados Unidos), Jefferson, tendo sido informado por Madison, e entendendo que a comissão só se tornava perfeita com a entrega, determinou ao seu Secretário de Estado que não passasse os referidos atos às mãos dos beneficiários da comissão. Entre os prejudicados com a medida adotada por Jefferson estava William Marbury, nomeado por Adams para exercer o cargo de Juiz de Paz do condado de Washington, Distrito de Columbia (POLLETTI, 2001, p. 32).

Impedido de tomar posse no cargo, Marbury, juntamente com três outros prejudicados, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper, recorreu à Suprema Corte, em 1801, pleiteando que fosse deferido um *writ* que obrigasse o Secretário de Estado Madison a empossá-lo no cargo (HORTA, 1999, p. 137).

Somente em 1803, quando o assunto já interessava sobremaneira à opinião pública norte-americana, e depois de o Presidente Jefferson ter-se pronunciado sobre a possível crise que se instalaria entre os poderes caso o julgamento fosse favorável a Marbury, quando também a maioria das pessoas acreditava que o Executivo não a cumpriria, e após a Suprema Corte ser acusada pela imprensa de omissão, cogitando-se inclusive a possibilidade de *impeachment* dos membros daquele tribunal, veio a ser decidida a causa (Cf. POLLETTI, 2001, p. 32).

Marshall, então, com muita astúcia, manifestando-se no sentido da ilegalidade das condutas de Jefferson e Madison, que não queriam empossar Marbury, como

se estivesse enfrentando o mérito da controvérsia, deixou de conceder a ordem pleiteada por Marbury, evitando o risco de descumprimento da decisão, acolhendo uma preliminar de incompetência da Suprema Corte, após declarar a inconstitucionalidade da lei que conferia fundamento ao *writ* impetrado por Marbury, uma vez que a referida lei ampliava a competência originária da Suprema Corte fixada na Constituição, o que não era possível em virtude de a Constituição ser uma lei hierarquicamente superior.

Sobre a manobra política de Marshall, verdadeiro golpe de mestre, que fez com que o Executivo respeitasse o julgamento, e, por consequência, que se estabelecesse a doutrina do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, Robert H. Jackson (apud BITTENCOURT, 1997, p. 14, 15) tece os seguintes comentários:

"The strategy of giving the Jeffersonians a victory by invoking a doctrine of which they were the bitter opponents was masterly. Marshall knew his politics as well as his law. The Jeffersonians could not well arouse the people against the doctrine by which they had won their case, and he had fixed it in a most sheltered position. Had he declared the doctrine in a case where the decision went against Mr. Jefferson, there is little doubt that the president would have defied the Court and at that time the people would probably have sustained him. But Jefferson could not defy a decision in his favor; he could make no issue over a legal theory. Judicial supremacy in constitutional interpretation was so snugly anchored in a Jeffersonian victory that it could not well be attacked. Meanwhile, the profession took it to be the law, and it became a part of the tradition of the Court and of our constitutional habit of thought [SIC]."

Do relato, poder-se-ia concluir que, ao menos hodiernamente, não poderia Marshall ter participado do julgamento, ainda mais por ter sido o condutor do

célebre arresto, de acordo com as regras processuais contemporâneas, quando teria que se declarar suspeito, ou possivelmente veria sua suspeição arguida, já que tinha interesse direto no julgamento da causa em favor de uma das partes (BITTENCOURT, 1997, p. 17).

Como afirma Ronaldo Poletti (2001, p. 32), a "questão envolvia dificuldades técnico-jurídicas, para não falar do problema ético-político".

No entanto, não é bem assim. Como relata Barbosa Moreira (2003, p. 2, 4), não existe meio, ainda hoje, para arguição da suspeição de um membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, ficando ao talante de cada magistrado, de acordo com seu sentimento ético, decidir por participar ou não de qualquer julgamento.

Estabelecido o controle de constitucionalidade por via de exceção e difuso, surge a dificuldade de, na prática, sobejarem decisões contraditórias acerca da constitucionalidade de leis, em prejuízo ao princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, Hans Kelsen (2003, p. 303), ao discorrer sobre o sistema austríaco adotado na Constituição de 1920, aponta que:

"A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição."

Em resposta a esse tipo de objeção, e considerando que as vias recursais se extinguem na decisão da Suprema Corte

norte-americana, Paulo Bonavides (2004, p. 311) ressalta que:

“A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em consequência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento e suas leis em termos absolutos.”

É que, como visto, no sistema norte-americano, derivado do sistema da *Common Law*, os precedentes, isto é, as decisões dos tribunais são extremamente valorizadas e respeitadas. Assim, quando a Suprema Corte decide acerca da constitucionalidade ou não de uma lei, todos os órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos não podem e não fazem outra coisa, por tradição e por estarem subordinados hierarquicamente àquele tribunal, que não acatar o aresto exarado, conforme a regra do precedente ou regra do *stare decisis*.

5. Considerações finais

O controle de constitucionalidade norte-americano é, assim, resultado do trabalho da jurisprudência daquele país, do raciocínio hermenêutico, tendo o princípio florescido nos Estados Unidos a partir de simples dedução interpretativa, sem que estivesse redigido na Constituição, ao menos expressamente.

Como ressalta Lúcio Bittencourt (1997, p. 18):

“Em verdade, a Constituição não enuncia o princípio em nenhum de seus preceitos. O que ela prescreve é que ‘o Poder Judicial se estenderá a todos os casos... que surgirem sob esta Constituição’ e que ‘a Constituição, e as leis dos Estados Unidos feitas em obediência a ela... constituirão a suprema lei do país’”.

O papel da Suprema Corte é considerado tão importante que Paulo Bonavides

(2004, p. 132) sustenta mesmo que a “história constitucional dos Estados Unidos há mais de um século tem sido em larga parte a história da Suprema Corte e de seus arestos em matéria de constitucionalidade”, não sendo outro o pensamento de Ronaldo Polletti (2001, p. 43).

Tal afirmação é consentânea com a célebre sentença do *Justice Charles Evan Hugues* (apud BITTENCOURT, 1997, p. 13), exarada nos seguintes termos: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”.

Finalmente, aponta Paulo Bonavides (2004, p. 316, 317) três causas que contribuíram deveras para a criação, nos Estados Unidos, do controle de constitucionalidade das leis. Uma delas já foi referida neste trabalho, qual seja, a repulsa a um Poder Legislativo ilimitado, em virtude da lembrança dos seus antecedentes coloniais. As outras duas são: a dualidade de ordenamentos estatais e jurídicos, decorrente da forma federativa de governo, que produz, frequentemente, graves conflitos de competência, havendo a necessidade de um órgão supremo para resolver as controvérsias constitucionais advindas das relações federativas; e o caráter extremamente liberal do povo americano, aliado ao espírito de suas instituições, e ainda à enraizada consciência da necessidade de defesa dos direitos fundamentais.

Quanto à dualidade de ordenamentos estatais e jurídicos, natural é o surgimento de conflitos entre o governo federal e os governos estaduais, de sorte que a sobrevivência da forma federativa de governo dependia, nos Estados Unidos, da existência de uma corte independente e imparcial destinada a limitar os poderes da Nação e dos Estados membros, com base na Constituição.

Nas palavras de Bernard Schwartz ([1984], p. 21), constitui o traço mais característico do sistema norte-americano a “(...) imposição dos princípios do federalismo pelo Judiciário”.

Coube, então, à Suprema Corte dos Estados Unidos a missão de tornar efetiva a cláusula da supremacia nacional da Constituição¹², não só garantindo a prevalência da autoridade nacional dentro de sua esfera de atribuições, mas, ao mesmo tempo, impedindo que a autoridade nacional absorvesse os poderes residuais dos Estados-membros.

Por fim, diga-se que, em mais de duzentos anos de história da Suprema Corte, pouquíssimas vezes aquele tribunal declarou a nulidade de leis em razão de afronta à Constituição dos Estados Unidos, demonstrando que se deve agir com extrema cautela quando o assunto é o exercício do controle de constitucionalidade.

Referências

- BACHOF, Otto. Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Coyoacán, año 19, n. 57, p. 837-852, sept./ dic. 1986.
- BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos. In: OBRAS completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127-150, mar./ abr. 2003.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do contrôle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 48.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GALINDO, Bruno. Tem o Reino Unido uma constituição? limites e possibilidades de uma teoria da constituição britânica. *Revista da Faculdade de Direito de Caruuru*, ano 34, n. 1, p. 91-110, out. 2003.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3 ed. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austriaca e americana*. In: _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 299-319.
- LOUREIRO JÚNIOR. *O contrôle da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Max Limonad, 1957.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? *Informativo Incijur*, Joinville, ano 4, n. 52, p. 1-5, nov. 2003.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WOLF-PHILLIPS, Leslie. O que é a Constituição Britânica? In: PEIXOTO, João Paulo M.; PORTO, Walter Costa (Orgs.). *Seis Constituições: uma visão comparada*. Brasília: Instituto Tancredo Neves - Fundação Friedrich Naumann, 1987. p. 11-28.

¹² Nos dizeres de Bernard Schwartz ([1984], p. 21): “(...) Tal supremacia é expressamente prevista pelo Artigo VI da Constituição Federal, que estabelece: ‘Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas de conformidade com ela; e todos os Tratados feitos, ou que forem feitos, sob a Autoridades dos Estados Unidos, serão a suprema Lei do País; e os juízes em cada Estado estarão sob obrigação deste modo; apesar de qualquer Coisa em contrário na Constituição ou nas Leis de qualquer Estado [SIC]’”.