

pessoas honestas e desinteressadas. Pessoas sensatas de qualquer classe devem contribuir para fortalecer esta postura das Cortes, eis que ninguém pode ter certeza de que não será amanhã vítima do espírito de injustiça que hoje o favorece. Todos devem sentir que a inevitável tendência de tal espírito é destruir os fundamentos da confiança pública e privada e criar um sentimento de desconfiança e desamparo geral.

A inflexível e uniforme adesão aos direitos da Constituição e dos indivíduos que parece ser necessária para os Tribunais, não pode ser aguardada de juizes que exercem seu ofício com mandato temporário. As nomeações periódicas, mesmo sendo regulamentadas, e independentemente do procedimento adotado, serão, de uma maneira ou outra, fatais para a necessária independência dos juizes. Se o poder de nomeá-los for confiado ao Executivo ou ao Legislativo, surge o risco de indevida condescendência com o poder que os nomeou. Se forem nomeados por ambos, não terão a disposição de desagradar nenhum dos dois. Se forem nomeados pelo povo ou por pessoas designadas para esse propósito, será muito grande a tentação de se preocupar com a popularidade, impedindo que só sejam fiéis à Constituição e às leis.

Há outra e poderosa razão para a estabilidade nos cargos judiciais que é resultante da natureza das qualificações necessárias. Foi observado com propriedade que um dos inconvenientes associados a um governo livre é o excessivo número de suas leis. Para evitar a conduta arbitrária das cortes é indispensável que elas sejam refreadas por normas rigorosas e pelos precedentes da jurisprudência que permitem definir e indicar claramente seu dever em cada caso particular que possa surgir. Será necessário, ante a variedade dos conflitos causados pela insensatez e maldade dos homens, que os registros desses precedentes devam formar um extenso volume, exigindo longos e laboriosos estudos para conhecê-los. Isso significa que há poucas pessoas na sociedade que terão as habilidades necessárias para desempenhar as tarefas do juiz. Se ainda considerarmos os defeitos de caráter dos seres humanos, torna-se bem menor o número das pessoas que reúnem a necessária integridade e o necessário conhecimento. Essas considerações mostram que o governo não dispõe de muitas opções para o recrutamento de juizes capazes e como a nomeação por prazo determinado naturalmente desencorajará os que deverão deixar um lucrativo escritório de advocacia para aceitar o cargo, resultaria em entregar a administração da justiça nas mãos de pessoas menos qualificadas para exercê-la com competência e dignidade. Nas atuais circunstâncias do país, que provavelmente se estenderão por muito tempo ainda, as desvantagens dessa situação devem ser maiores do que parece à primeira vista, mas devemos confessar que são menos graves que as que se apresentam quando analisamos o problema a partir de outros possíveis pontos de vista.

Em resumo, não pode haver dúvida de que a Convenção constituinte atuou com sabedoria seguindo o exemplo das Constituições que estabeleceram que os juizes devem permanecer em seu ofício enquanto tiverem BOM PROCEDIMENTO (*GOOD BEHAVIOR*); e que essa escolha não só não é criticável, mas que o plano constitucional teria um lamentável defeito se tivesse ignorado esse importante aspecto do bom governo. A experiência da Grã-Bretanha é uma eloquente prova da qualidade dessa instituição.

PUBLIUS”

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE DOS EUA

3.1 Situação constitucional

A Constituição Federal dos Estados Unidos previa a criação de uma Suprema Corte (art. III, 1), que foi regulamentada pela lei federal *Judiciary Act*, de 24-9-1789.⁴⁷ A Corte iniciou seus trabalhos em 1790, em Nova Iorque.⁴⁸ Ao estabelecer as competências dessa Corte, a Constituição Federal não se referiu à possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos federais. O art. 6, II, da Constituição Federal dispõe que os juizes estaduais se submetem à legislação federal (cláusula da supremacia do direito federal). Disso poderia ser deduzido, por meio de uma interpretação extensiva, que eles devem afastar com base em vício de inconstitucionalidade normas estaduais que contrariem o direito federal:

“Art. 6, II: Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas na sua sequência e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição contrária da Constituição ou das leis de qualquer Estado.”

Da mesma maneira poderíamos entender que a frase “Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas *na sua sequência*” (*in pursuance thereof*) tem significado axiológico, indicando que as leis só vinculam se estiverem de acordo com a Constituição.

Além disso, o art. 3, II, 1 prevê a competência universal do Judiciário:

“Art. 3, II, 1: O Poder Judiciário deve julgar todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade regulamentados pela presente Constituição, pelas leis dos Estados Unidos, e pelos tratados concluídos ou que se concluírem sob a sua autoridade.”

Finalmente o art. 6, III estabelece que os magistrados, tal como as demais autoridades estatais, devem se comprometer a defender a Constituição Federal (e não as leis ou outros textos normativos).

“Art. 6, III: Os referidos Senadores e Deputados, os membros das Assembleias Legislativas estaduais e todos os funcionários do Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição.”

Essas normas também poderiam ser interpretadas extensivamente, fundamentando a competência dos juízes para fiscalizar a constitucionalidade das leis, não somente estaduais, mas também federais, tal como sugeria Alexandre Hamilton.

A Suprema Corte encontrou nos referidos dispositivos fundamento para realizar tal controle. A finais do século XVIII houve casos de afirmação do controle judicial de constitucionalidade de normas federais em tribunais estadunidenses.⁴⁹ Mas a decisão mais clara é a *Marbury vs. Madison*, redigida em 1803 pelo Presidente da Suprema Corte, John Marshall.

3.2 Histórico do caso *Marbury vs. Madison*

O caso era politicamente delicado.⁵⁰ Em 1800, o Presidente dos EUA, John Adams, chefe do Partido Federalista, perdeu as eleições para o seu adversário Thomas Jefferson, chefe do Partido Republicano. Adams tentou controlar o Judiciário, nomeando aliados políticos para cargos importantes. Em 13-2-1801, pouco antes do fim de seu mandato, foi aprovada uma lei para a reorganização do Judiciário federal que, entre outras coisas, reduzia o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir que o seu sucessor, Jefferson, nomeasse novos ministros após a aposentadoria dos atuais. A mesma lei criou 16 cargos de juiz de circuito para os quais o (já derrotado) Presidente Adams nomeou amigos políticos. Finalmente, Adams determinou que o seu secretário de Estado, John Marshall, se tornaria presidente da Suprema Corte.

Em 27-2-1801, uma nova lei criou dezenas de cargos de juízes, entre os quais 42 juízes de paz. Os nomes indicados foram confirmados pelo Senado em 3-3-1801, e John Adams assinou os atos de investidura no mesmo dia, que era o último de seu governo. O Secretário de Estado de Adams, John Marshall, deveria providenciar a entrega dos diplomas de investidura aos juízes de paz.

Em razão da extrema pressão de tempo, muitos interessados não receberam os diplomas de investidura. Tendo assumido a presidência, Jefferson não reconheceu as nomeações. O novo secretário de Estado, James Madison, recusou-se a entregar os diplomas de investidura aos que não os haviam recebido, entre eles o juiz de paz William Marbury. Marbury pediu que fosse confirmada sua nomeação, propondo um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, que era presidida pelo antigo Secretário de Estado do governo Adams, John Marshall.

3.3 Texto da decisão *Marbury vs. Madison*⁵¹

“Suprema Corte dos Estados Unidos

5 U. S. 137, 1803

Marbury v. Madison

Arguição:

Decisão:

O Sr. Presidente MARSHALL formula a opinião da Corte.

No último ano judicial, conforme relatórios lidos e arquivados pelo oficial da Corte, foi concedida uma ordem nesse caso pedindo que o Secretário de Estado justifique por que não deve ser expedido um mandado (*mandamus*), obrigando-o a entregar a William Marbury seu diploma de investidura como juiz de paz do condado de Washington, no distrito de Columbia.

Não foi apresentada justificativa e há pedido de mandado. A peculiar sutileza do caso, a novidade de algumas de suas circunstâncias e a real dificuldade em analisar todos os pontos impõem uma exposição completa dos princípios nos quais se fundamenta a opinião da Corte. [...]

Na ordem de análise do tema pela Corte foram examinadas e decididas as seguintes questões.

1. O requerente tem direito ao diploma de investidura que pede?
2. Se possui esse direito e foi violado, as leis do país lhe oferecem um remédio?
3. Se lhe oferecem um remédio, esse é o *mandamus* expedido por essa Corte?

O primeiro tema de exame é:

1. O requerente tem direito ao diploma de investidura que pede? [...]

É claramente opinião da Corte que quando o Presidente assinou um diploma de investidura, a nomeação foi realizada e o diploma está completo quando o Secretário de Estado afixa o selo dos Estados Unidos. [...]

O Sr. Marbury foi nomeado, pois o diploma foi assinado pelo Presidente e selado pelo Secretário de Estado. Como a lei que criou esse ofício deu ao oficial o direito de atuar por cinco anos com independência perante o Executivo, sua nomeação não é revogável e atribui ao oficial direitos legais tutelados pelas leis do país.

Não entregar o diploma de investidura constitui, conseqüentemente, um ato que a Corte considera não amparado pelo direito, violando um direito legal líquido e certo.

Isso nos leva à segunda indagação que é:

2. Se possui esse direito e foi violado, as leis do país lhe oferecem um remédio?

A verdadeira essência da liberdade civil consiste certamente no direito de todos os indivíduos de pedir a proteção da lei cada vez que forem lesados. Uma das primeiras obrigações do governo é garantir tal proteção. Na Grã-Bretanha, o próprio Rei é processado pela respeitosa forma da petição e sempre respeita o julgamento de sua Corte. [...].

O governo dos Estados Unidos foi enfaticamente apresentado como governo de leis e não de homens. Certamente deixaria de merecer essa nobre denominação, caso as leis não oferecessem remédio da violação de um direito legal líquido e certo. Se tal impropério for proferido pelo Judiciário de nosso país, deve se basear nas peculiaridades do caso. Devemos então verificar se nesse caso há algum elemento que impeça a análise legal ou exclua a indenização legal da parte lesada. Nessa verificação, a

primeira pergunta obrigatória é se o caso pertence à categoria conhecida como *damnum absque injuria* – dano sem ilícito.

Essa categoria de casos nunca foi considerada e, acreditamos, nunca será considerada como incluindo a nomeação em cargos de confiança, honorários ou lucrativos. O cargo do juiz de paz no Distrito de Columbia faz parte deles. Consequentemente merece a atenção e a tutela das leis e efetivamente recebeu tal atenção e tutela. Foi criado por ato especial do Congresso e está assegurado, na medida em que as leis podem oferecer segurança, que a pessoa nomeada permanecerá no cargo por cinco anos. Isso significa que a falta de valor econômico da reclamação não permite alegar que a parte lesada não possui remédio.

O impedimento pode ser encontrado na natureza da relação? O ato de entregar ou negar o diploma de nomeação pode ser considerado ato meramente político que depende exclusivamente do Poder Executivo, sendo que a nossa Constituição confiou plenamente sua realização à cúpula do Executivo, não havendo remédio para o indivíduo lesado por eventual abuso de poder?

Não há dúvida de que tais casos existam. Mas não podemos admitir que todos os atos vinculados que devem ser realizados por qualquer um dos grandes ramos de poder constituem tal caso. [...]

Um ato promulgado em 1796 autoriza a venda de terras além da foz do rio Kentucky e o comprador, após o pagamento, possui pleno título na propriedade comprada. Se apresentar ao Secretário de Estado o recibo do Tesouro na forma de certificado legalmente exigido, o Presidente dos Estados Unidos é autorizado a entregar-lhe uma certidão. Está também previsto que todas as certidões devem ser contra-assinadas pelo Secretário de Estado e anotadas em seu cartório. Se o Secretário de Estado optar por não entregar essa certidão ou se a certidão se perder e ele não entregar uma segunda via, é possível pensar que o direito não oferece remédio à pessoa que sofreu o dano? Não acreditamos que alguém em algum momento possa sustentar tal opinião.

Isso significa que o problema de saber se a legalidade de um ato do chefe de certo ramo de poder deve ou não ser examinada por um tribunal depende da natureza desse ato. Se alguns atos são examináveis e outros não, deve existir uma norma jurídica guiando a Corte no exercício de sua jurisdição.

Pode haver dificuldades na aplicação da regra em casos singulares. Mas acreditamos que não há muita dificuldade em formular essa regra.

Segundo a Constituição dos Estados Unidos, o Presidente exerce alguns poderes políticos importantes, cujo exercício depende de sua discricionariedade, sendo responsável somente perante o país no sentido político e perante sua consciência. É autorizado a nomear como auxiliares no cumprimento de seus deveres oficiais que atuam sob a sua autoridade, cumprindo suas ordens.

Em tais casos os atos dos oficiais são atos do Presidente. Seja qual for a opinião sobre a forma de exercício do poder discricionário do executivo, não existe nem pode existir poder que controle essa discricionariedade. Os assuntos são políticos, dizem respeito à nação e não a direitos individuais. Foram confiados ao executivo e sua decisão é definitiva. O significado dessa observação fica evidente pensando no ato do Congresso que cria o Departamento de Relações Exteriores. Conforme as previsões sobre o ato, o titular deve atuar de acordo com a vontade do Presidente. Ele é tão somente o órgão que expressa essa vontade. Os atos funcionais desse oficial nunca podem ser examinados pelos tribunais.

Quando, porém, o Legislativo impõe a esse oficial outras tarefas, quando ele é obrigado pela lei a realizar determinados atos, quando os direitos dos indivíduos dependem da realização de tais atos, ele é oficial da lei, responsável por sua conduta perante a lei sem o poder discricionário de ignorar os direitos líquidos e certos de outras pessoas.

Esse raciocínio permite concluir que quando os chefes dos departamentos do governo são agentes políticos ou exercem cargos de confiança do Executivo só para executar a vontade do Presidente ou para atuar em casos nos quais o Executivo possui poder discricionário dado pela Constituição ou pela lei, é absolutamente claro que seus atos só podem ser analisados politicamente. Mas quando a lei atribui certa tarefa, de cujo exercício dependem direitos individuais, é igualmente claro que o indivíduo que se considerar lesado tem o direito de procurar um remédio nas leis de seu país. Se essa é a regra, analisemos como se aplica no caso que examina a Corte [...].

A pergunta se existe direito adquirido ou não é por natureza judicial e deve ser examinada por uma autoridade judicial. Se, por exemplo, o Sr. Marbury prestou o juramento de um magistrado e começou a atuar como tal, sendo que, em seguida, foi processado e sua defesa depende de sua qualidade de magistrado, a validade da investidura deve ser decidida pela autoridade judicial.

Se ele considera que sua investidura lhe oferece o direito a receber o diploma de investidura que foi confeccionado para ele ou uma cópia desse diploma, temos igualmente um problema que deve ser examinado por um tribunal e a decisão do tribunal depende do posicionamento sobre a sua investidura.

A questão foi discutida e a opinião da Corte é que a investidura é completa e comprovada a partir do momento em que, após a assinatura do presidente, é afixado no diploma o selo dos Estados Unidos.

Assim é opinião da Corte:

1. que, assinando o diploma de investidura do Sr. Marbury, o Presidente dos Estados Unidos, investiu-o como juiz de paz para o condado de Washington no distrito de Columbia. O selo dos Estados Unidos afixado em seguida pelo Secretário de Estado é a prova conclusiva da autenticidade da assinatura e do encerramento do processo de investidura, sendo que a investidura confere-lhe o direito legal a exercer o ofício por cinco anos;
2. que, do título legal para exercer o ofício, decorre o direito ao diploma de investidura, sendo a negação de entregá-lo clara violação de seu direito, caso para o qual as leis de seu país lhe garantem um remédio.

Resta examinar se ele

3. possui o remédio que pleiteia. Isso depende: 1. da natureza do remédio apresentado; 2. dos poderes dessa corte.

1. A natureza do remédio. No terceiro volume de seus *Commentaries*, página 110, Blackstone define o *mandamus* como ‘mandado, emitido em nome do Rei pela *Court of King’s Bench*,⁵² e endereçado a qualquer pessoa, corporação ou Corte de Justiça inferior no domínio do Rei e ordenando a fazer algo especificado no *mandamus* e pertencendo às competências e aos deveres do destinatário e que a *Court of King’s Bench* determinou previamente – ou, pelo menos, supõe consoante o direito e a justiça’.

O lorde Mansfield, em 3 Burrows, 1266, no caso *The King v. Baker et al.*, constata com muita precisão e explicitamente os casos nos quais pode ser usado esse remédio.

‘Cada vez’, diz esse brilhante juiz, ‘que há direito a executar uma obrigação, a oferecer um serviço, a exercer um privilégio (especificamente quando se trata de assunto de interesse público ou há fim lucrativo), e uma pessoa fica impedida de exercer seu direito ou o direito lhe é retirado e não há outro remédio legal específico, essa Corte deve socorrê-lo com *mandamus*, por razões de justiça, como indica o próprio remédio e por razões de interesse público, para preservar a paz, a ordem e o bom governo’.

No mesmo processo, diz que ‘esse remédio deve ser utilizado em todos os casos nos quais a lei não estabeleceu remédio específico e a justiça e o bom governo impõem um remédio’. Além das autoridades expressamente indicadas, muitas outras receberam ordens através de *mandamus*, mostrando que a prática conforma-se amplamente às doutrinas gerais que acabamos de citar.

Se for concedido, o *mandamus* deve estar endereçado a um oficial do governo, ordenando, nas palavras de Blackstone, a fazer algo, especificado no *mandamus*, pertencendo às competências e deveres do destinatário e que a Corte determinou previamente ou, pelo menos, supõe consoante o direito e a justiça. Ou, nas palavras do lorde Mansfield, o requerente, nesse caso, tem o direito de pedir a execução de uma obrigação de interesse público e de permanecer no exercício do seu direito.

Essas circunstâncias certamente se verificam nesse caso [...]. Só resta examinar se o *mandamus* pode ser expedido por essa Corte.

O ato que institui os tribunais dos Estados Unidos autoriza a Suprema Corte a ‘emitir ordens de *mandamus* em casos regulamentados por princípios ou costumes de direito endereçados a qualquer corte constituída ou a pessoas que exercem funções oficiais em nome dos Estados Unidos’.

O Secretário de Estado exerce um ofício em nome dos Estados Unidos, sendo abrangido pela descrição legal. Essa Corte só não será autorizada a endereçar um *mandamus* a esse oficial se a lei for inconstitucional e por isso totalmente incapaz de conferir a autoridade e atribuir as tarefas que seus dispositivos pretendem conferir e atribuir.

A Constituição confia todo o poder judiciário dos Estados Unidos a uma Suprema Corte e nas cortes inferiores que o Congresso poderá em determinados momentos criar e constituir. Esse Poder pode atuar em todos os casos que são regulamentados pelas leis dos Estados Unidos. Consequentemente, de alguma forma, deve ser exercido no presente caso porque o direito pleiteado é conferido por uma lei dos Estados Unidos.

Na distribuição desse poder é estipulado que

‘A Suprema Corte deverá exercer jurisdição originária em todos os casos que afetam embaixadores, outros oficiais públicos e cônsules, ou nos quais um Estado-membro seja parte. Em todos os demais casos, a Suprema Corte deverá ter jurisdição

recursal.’

Foi sustentado na audiência que a atribuição de jurisdição originária à Suprema Corte e às demais é genérica e a cláusula que atribui jurisdição originária à Suprema Corte não inclui termos negativos ou restritivos, de maneira que o Legislativo mantém o poder de atribuir jurisdição originária a essa Corte em casos além dos especificados no artigo que citamos – desde que esses casos sejam de competência do Poder Judiciário dos Estados Unidos.

Se havia a intenção de deixar à discricionariedade do Legislativo a distribuição do Poder Judiciário entre a Suprema Corte e as Cortes inferiores, segundo a vontade de tal corpo, seria claramente inútil a Constituição ter se ocupado do assunto, definindo o Poder Judiciário e os tribunais que devem exercê-lo. A continuação dessa Seção do texto constitucional seria totalmente supérflua – sem nenhum sentido – se fosse dada essa interpretação. Se o Congresso tem a liberdade de atribuir a essa Corte jurisdição recursal, onde a Constituição diz que sua jurisdição deve ser originária, e jurisdição originária, onde a Constituição diz que deve ser recursal, então a distribuição da jurisdição feita pela Constituição é uma forma sem substância.

Muitas vezes as palavras afirmativas têm o sentido de negar os objetos que não afirmam. Nesse caso deve ser dado a essas palavras um sentido negativo ou exclusivo, sob pena de se tornarem inoperantes.

Não podemos presumir que alguma cláusula da Constituição foi destinada a permanecer sem efeito. Por isso essa interpretação é inadmissível a não ser que os termos da Constituição a imponham.

Se a preocupação da Convenção em manter a paz com potências estrangeiras levou à previsão de que a Suprema Corte deve ter jurisdição originária em casos que possam afetá-las, a cláusula será incapaz de regulamentar tais casos se não procurar limitar ulteriormente os poderes do Congresso. Se a Suprema Corte deve ter jurisdição recursal em todos os demais casos com as exceções que o Congresso estipular, não há restrição se as palavras não forem interpretadas como impeditivas da jurisdição originária.

Quando um instrumento organiza as bases de um sistema judicial, dividindo-o entre a Suprema e as demais Cortes que o Legislativo poderá criar e instituir, e, em seguida, enumera seus poderes e realiza a repartição, definindo a jurisdição da Suprema Corte especificando os casos de sua jurisdição ordinária e prevendo que nos demais deverá ter jurisdição recursal, o significado literal das palavras parece ser que em uma categoria de casos a jurisdição é originária e não recursal; na outra, recursal e não originária. Ora, se qualquer outra interpretação torna a cláusula inoperante, isso é uma razão a mais para rejeitar tais interpretações e admitir o significado evidente.

Para que essa Corte possa emitir um *mandamus*, deve ser mostrado que se trata de exercício de jurisdição recursal ou que é necessário reconhecer-lhe o poder de exercer jurisdição recursal. Foi sustentado na audiência que a jurisdição recursal pode ser exercida de várias formas e que se o Legislativo quis que um *mandamus* fosse usado para tal propósito, essa vontade deve ser obedecida. Isso é verdade, mas a jurisdição deve ser recursal e não originária.

Traço distintivo da jurisdição recursal é a revisão e correção de providências em uma causa já pendente e não a criação de uma nova causa. O fato de que um *mandamus* pode ser pleiteado diante um tribunal pedindo que seja ordenado a um oficial a entrega de um documento significa que se apresenta uma ação originária em relação a esse documento. Por isso parece fazer parte da jurisdição originária e não recursal. Tampouco é necessário nesse caso pedir que uma Corte exerça sua jurisdição recursal.

Assim sendo, a competência de expedir ordens de *mandamus* para oficiais públicos que atribui à Suprema Corte o Ato que institui as Cortes judiciais dos Estados Unidos não está prevista na Constituição. Isso torna necessário examinar se pode ser exercida uma competência jurisdicional conferida dessa forma.

A questão de saber se um ato contrário à Constituição pode se tornar lei do país é de grande interesse para os Estados Unidos, mas felizmente sua dificuldade não é proporcional ao seu interesse. Para decidir parece ser suficiente reconhecer alguns princípios firmemente estabelecidos há muito tempo.

A base sobre a qual foi edificado o empreendimento americano foi que o povo possui um direito originário de estabelecer para seu futuro governo os princípios que, em sua opinião, são os mais propícios para sua felicidade. O exercício desse direito originário demanda grandes esforços e não pode nem deve repetir-se frequentemente. Os princípios estabelecidos dessa forma são considerados fundamentais. E como procedem de uma autoridade que é suprema e atua raramente são destinados a ser permanentes.

Essa vontade originária e suprema organiza o governo e atribui a cada ramo de poder seus respectivos poderes. Pode parar aqui

ou estabelecer certos limites que esses ramos não podem ultrapassar.

O governo dos Estados Unidos segue o segundo caminho. Os poderes do Legislativo são definidos e limitados; para que esses limites não sejam mal compreendidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. Por que limitar os poderes e fixar por escrito a limitação se os limites podem a qualquer instante ser ignorados por aqueles que deveriam sofrer a restrição? A distinção entre governos com poderes limitados e ilimitados seria abolida se tais limites não vinculassem as pessoas às quais se endereçam e se fossem igualmente permitidos os atos proibidos e os permitidos. É óbvio e incontestável que a Constituição censura qualquer ato legislativo contrário a ela. Se não, o Legislativo pode alterar a Constituição mediante lei ordinária.

Não há meio caminho entre essas alternativas. Ou a Constituição é uma lei superior, direito supremo, imodificável com os meios ordinários, ou se situa no nível dos atos legislativos ordinários e, tal como os demais atos, pode ser modificada se o Legislativo assim o desejar.

Se for correta a primeira resposta, então um ato legislativo que contraria a Constituição não é direito; se a segunda for verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas do povo para limitar um poder por natureza ilimitado.

Certamente todos aqueles que elaboraram Constituições escritas consideravam-nas lei fundamental e suprema da nação. Consequentemente a teoria de todos os governos desse tipo deve ser que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo (*void*).

Essa teoria está fundamentalmente relacionada à Constituição escrita. Por isso deve ser considerada por essa Corte um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. Não devemos, portanto, perdê-la de vista na continuação de nossa pesquisa.

Se um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo, podemos considerar que vincula as Cortes que são obrigadas a implementá-lo, apesar de sua invalidade? Em outras palavras, será que, apesar de não ser direito, é uma regra que opera como se fosse direito? Para admitir isso devemos ignorar, na prática, tudo aquilo que foi estabelecido na teoria. Isso parece tão absurdo que não é necessário insistir mais. Devemos, porém, fazer uma análise mais cuidadosa.

Constitui enfaticamente tarefa e dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a norma aos casos concretos devem necessariamente expor e interpretar a norma. Se duas leis entram em conflito entre elas, as Cortes devem decidir sobre a aplicabilidade de cada uma. Se uma lei contraria a Constituição, e tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis no caso concreto, então a Corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei. A Corte deve determinar qual entre as normas conflitantes regula o caso. Essa é a verdadeira essência do ofício do juiz.

Se as Cortes devem respeitar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, é a Constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos se aplicam.

Quem, ao contrário, contesta o princípio de que as Constituições devem ser consideradas pelos tribunais direito supremo é obrigado a admitir que as Cortes devam fechar os olhos diante da Constituição e enxergar apenas a lei.

Essa doutrina subverteria o próprio fundamento de todas as Constituições escritas. Afirmaria que um ato que, conforme os princípios e a teoria de nosso governo é totalmente nulo, torna-se, na prática, plenamente obrigatório. Afirmaria que, se o Legislativo fizer aquilo que é expressamente proibido, tal ato, apesar da proibição expressa, vigora na realidade. Daria ao Legislativo uma onipotência prática e real com o mesmo ímpeto com o qual estabelecia estreitos limites para os seus poderes. Prescreveria limites e declararia que tais limites podem ser livremente ultrapassados.

Dessa forma apaga aquilo que consideramos a maior conquista das instituições políticas – uma Constituição escrita bastaria por si só para rejeitar tal interpretação na América, onde as Constituições escritas são tratadas com tanto respeito. Além disso, formulações específicas da Constituição dos Estados Unidos oferecem argumentos adicionais contra essa doutrina.

O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todos os casos que surgem sob a Constituição. Podemos considerar que aqueles que lhe deram esse poder queriam que o Judiciário não levasse em consideração a Constituição ao exercer tal poder? Um caso que surge sob a Constituição deve ser analisado sem examinar o instrumento sob o qual surge? Tal afirmação seria muito extravagante. Em alguns casos então a Constituição deve ser examinada pelos juízes. Ora, se eles podem consultá-la em geral, há alguma parte dela que não deve ser lida ou obedecida pelos juízes?

Há muitos outros dispositivos da Constituição que permitem ilustrar esse raciocínio. Declara-se que ‘nenhuma taxa ou imposto deve incidir sobre artigos exportados de qualquer Estado-membro’. Suponha-se que foi cobrado imposto na exportação de algodão, tabaco ou farinha e foi impetrada ação para conseguir a restituição. Deve ser feito um julgamento nesse caso? Ou os

juizes devem fechar seus olhos diante da Constituição e só enxergar a lei?

A Constituição declara que ‘não será editada lei para condenação sem processo nem lei retroativa’. Caso seja editada uma lei estipulando a condenação sem processo e uma pessoa for exposta à perseguição com base nessa lei, a Corte deve condenar à morte as vítimas que a Constituição ordena proteger?

A Constituição diz que ‘Ninguém será condenado por alta traição senão com base em dois testemunhos sobre o mesmo ato notório ou com base em confissão em audiência aberta da Corte.’ Aqui as palavras da Constituição se endereçam diretamente aos tribunais. Prescrevem diretamente para eles uma regra probatória que não pode ser ignorada. Se o Legislativo decidir mudar essa regra, prevendo que uma testemunha ou uma confissão extrajudicial são suficientes para a condenação, o princípio constitucional deve ceder ao ato legislativo?

Essas e muitas outras referências que podem ser feitas deixam claro que os constituintes consideravam que o texto constitucional rege a atuação dos tribunais assim como do Legislativo.

Caso contrário por que os juizes devem jurar defendê-la? Esse juramento aplica-se especificamente em sua conduta como oficiais. Quanto imoral seria obrigar-lhes a jurar se eles fossem usados em seguida como instrumentos, instrumentos conscientes da violação do texto que juraram defender!

O juramento antes de assumir o cargo é também previsto para os legisladores, mostrando claramente qual foi a opinião legislativa nesse ponto. O juramento é: ‘Juro solenemente que administrarei a justiça igualmente para todos, com direitos iguais para o pobre e o rico; que cumprirei fielmente e imparcialmente todos os deveres a mim confiados, de acordo com as minhas melhores capacidades e inteligência, de acordo com a Constituição e as leis dos Estados Unidos.’

Por que um juiz jura desempenhar suas tarefas conforme a Constituição dos Estados Unidos se essa Constituição não rege sua atuação? Se ele não tem acesso à Constituição e não pode examiná-la? Se essa fosse realmente a situação, estaríamos diante de uma solene paródia. Prescrever ou prestar esse juramento seria igual a um crime.

Não é totalmente desinteressante dizer que, indicando qual deve ser o direito supremo do país, a própria Constituição é mencionada em primeiro lugar e não são mencionadas as leis dos Estados Unidos em geral? Apenas aquelas que serão feitas em consonância com a Constituição encontram-se nesse patamar. Assim sendo, a formulação específica da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado fundamental em todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula e os tribunais, assim como os demais poderes, são vinculados pela Constituição.

O pedido deve ser indeferido.”

3.4 O cálculo político de Marshall

Marshall equivocou-se? O controle de constitucionalidade baseia-se em uma decisão repleta de erros jurídicos? Para responder a essas perguntas, devemos pensar nas alternativas legais que deixam claro que Marshall elaborou “uma obra-prima de estratégia judiciária”.⁵³ Marshall poderia:⁵⁴

- a) *Aceitar* o pedido de Marbury, ordenando que o secretário de Estado entregasse o diploma de investidura. Nesse caso, enfrentaria a resistência do governo de Jefferson, que nunca aceitaria a ordem emitida por um tribunal presidido por Marshall, seu adversário político, derrotado nas eleições. O resultado seria a perda de prestígio da Suprema Corte, ficando claro que não possuía o poder de contrariar a vontade do Executivo. Nesse caso, Marbury não ganharia nada e a Corte seria vilipendiada.
- b) *Indeferir* o pedido com fundamentação legal, afirmando que o ato administrativo de nomeação do Marbury não tinha sido completado ou que Marbury não tinha direito de exigir judicialmente a entrega do diploma por se tratar de competência discricionária do

Executivo.

- c) *Indeferir* o pedido com fundamentação constitucional, afirmando que o caso era de natureza política, pois cabe ao poder Executivo decidir sobre as nomeações, sem controle do Judiciário. Nesse caso, a Suprema Corte não chegaria a examinar o mérito da questão, mas afirmaria sua falta de competência, que seria um obstáculo processual.

Marshall convenceu a Corte a adotar uma quarta postura. Indeferiu o pedido com fundamentação constitucional, alegando falta de competência em razão da inconstitucionalidade da lei que lhe atribuía essa competência. Essa solução tinha duas vantagens políticas.

Primeiro, a Suprema Corte evitava o conflito com o governo federal, aceitando a decisão de não entregar o diploma de investidura a Marbury.

Segundo, a Suprema Corte afirmava seu poder perante o Legislativo e o Executivo, formulando a doutrina do controle de constitucionalidade de leis federais.

Dessa maneira, a Suprema Corte, sem entrar em conflito imediato com os outros poderes e sem sofrer uma derrota, criou uma poderosa “arma” para futuros conflitos com os demais poderes. Como observou Beard em 1912, havia caminhos para evitar a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas “a chance de firmar a doutrina era muito boa para ser desperdiçada – e Marshall era suficientemente astuto para aproveitar”.⁵⁵

A observação da estratégia de Marshall permite formular duas conclusões.

- a) *Politicidade do controle de constitucionalidade*. A decisão da Suprema Corte foi resultado de um cálculo político e não da mera aplicação de normas vigentes. Essa é uma característica que sempre se encontra nas importantes decisões relacionadas ao controle de constitucionalidade. Considerações políticas, relacionadas às consequências da decisão, sempre influenciam os juízes.

Afirmar a politicidade do controle de constitucionalidade não significa dizer que os juízes constitucionais sejam parciais ou exerçam suas tarefas de maneira inadequada. Nem indica uma disfunção ou desvio do ofício de julgar. Só se reconhece a falta de precisão das normas jurídicas, que é mais intensa no caso do texto constitucional, repleto de normas de baixa densidade normativa. Essa característica, junto aos fortes interesses a favor ou contra uma declaração de inconstitucionalidade, costumam transformar as decisões das Cortes Constitucionais em objeto de disputa política.

Sabe-se que *todas* as decisões (jurídicas) tomadas pelos Tribunais Constitucionais têm caráter político, por ser política sua origem, motivação e repercussão.⁵⁶ Aqui não afirmamos só a politicidade nesse sentido geral. Sustentamos também que as decisões que envolvem afastamento de lei costumam adquirir visibilidade social e se tornar políticas no sentido do surgimento de controvérsias públicas com a participação das autoridades dos demais poderes, assim como da

opinião pública.

- b) *Natureza polêmica das decisões sobre a constitucionalidade*. Marshall afirma repetidamente que sua decisão se fundamenta de maneira clara e evidente. Mas isso é um artifício retórico, muito comum nas peças jurídicas. Na verdade, a decisão se baseia em opções interpretativas discutíveis, como mostrou o debate posterior, no qual a decisão *Marbury vs. Madison* enfrentou fortes críticas que invocam o mesmo texto constitucional para chegar a conclusões opostas. Isso confirma a regra que as questões constitucionais são sempre controvertidas. Analisaremos as principais polêmicas ao se referir à legitimidade da justiça constitucional (Capítulo VII).

3.5 Leituras de aprofundamento

Barber, 1993, p. 26-65; Bickel, 1962; Fine, 2007; Graber e Perhac (Org.), 2002; Klautau Filho, 2003; Nelson, 2000; Paulsen, 2003; Reinstein, 2004; Sarlet et al. 2012, p. 725-731; Smith, 1996; Treanor, 2005; Tushnet, 2000; Tushnet (Org.), 2005; Waldron, 2000; Zoller, 1999, p. 103-137.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ÁUSTRIA: CORTE CONSTITUCIONAL

4.1 Situação constitucional

A Áustria, como a grande maioria dos países europeus, não seguiu o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade. Georg Jellinek publicou em 1885, no período em que ensinou na Universidade de Viena, um pequeno livro, recomendando a criação de um Tribunal Constitucional.⁵⁷

Jellinek partia do pressuposto que na vigência de uma Constituição rígida há a probabilidade de que o Parlamento viole a Constituição.⁵⁸ A tarefa de guarda da Constituição não pode ser confiada ao próprio Parlamento, pois nesse caso teríamos uma limitação de cunho moral (dever de respeitar a Constituição), e não uma garantia jurídica prevendo sanções em caso de violação da Constituição.⁵⁹

A afirmação da nulidade da lei inconstitucional só pode ser efetiva se houver um mecanismo externo para constatar a inconstitucionalidade e afastar a lei que apresenta esse vício. Até aqui Jellinek concorda plenamente com o raciocínio de Marshall na decisão *Marbury vs. Madison*. Mas se diferencia quando afirma que se o Judiciário realizar tal controle, surge o risco da insegurança em razão das discrepâncias de decisões entre julgadores.⁶⁰ Em razão disso, a melhor solução, para Jellinek, consiste na criação de um Tribunal específico que concentre a competência para fiscalizar as leis (Corte de Justiça Constitucional – *Verfassungsgerichtshof*). Para evitar, mais uma vez, a insegurança sobre a inconstitucionalidade, esse tribunal só poderia fiscalizar a constitucionalidade de maneira *preventiva*, isto é, *antes* da entrada em vigor de uma lei.⁶¹