



Brasília | ano 53 | nº 209
janeiro/março – 2016

História do *judicial review*

O mito de *Marbury*

MARCELO CASSEB CONTINENTINO

Resumo: O presente artigo analisa o surgimento do controle judicial das leis nos Estados Unidos. Especificamente, pretende-se adotar uma perspectiva crítica com o objetivo de desconstruir o “mito de *Marbury*”, segundo o qual a origem do controle judicial nos Estados Unidos é quase que exclusivamente explicada pela decisão proferida pelo *chief justice* John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803. A abordagem histórica assumida, por sua vez, permite entrever que a prática judicial norte-americana surgiu como resposta a problemas políticos e concretos vivenciados por aquela sociedade, configurando uma estrutura constitucional e institucional contingente. Em conclusão, o texto sugere que essa metodologia histórica pode ser aplicada para melhor compreensão das instituições políticas brasileiras e dos problemas hoje enfrentados, a exemplo do ativismo judicial e da legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: História constitucional. Controle judicial. *Marbury v. Madison*.

1. Introdução

Ainda hoje, é rica e intensa a produção historiográfica relativa ao caso *Marbury v. Madison*. A história das “origens” do *judicial review* está longe de ser escrita em termos definitivos ou de atingir foros consensuais¹. Menos ainda as diferentes pretensões que se escondem sob tais narrativas.

Recebido em 29/5/15
Aprovado em 18/6/15

¹Sugere-se, a propósito, a leitura de dois textos sobre a dimensão historiográfica de *Marbury v. Madison*, escritos por Robert Nagel (2003, p. 613-633) e por Mary Bilder (2008, p. 6-25).

No entanto, é possível desde logo partir da premissa de que, do ponto de vista histórico, não parece razoável aceitar a versão segundo a qual o caso *Marbury* é estabelecido como o marco da origem do *judicial review* nos Estados Unidos, já que a complexidade da história não se deixa explicar, em toda sua amplitude, por meio de fatos únicos e isolados.

O historiador William Nelson (2000, p. 3 e ss) insiste na necessidade de entender-se *Marbury* mais propriamente como um caso “nascido da amarga batalha política do seu tempo”, e não como se Marshall fosse um oráculo com o poder de ver o futuro e assim decidir, definindo parâmetros institucionais inequívocos para as gerações futuras. Compreender, portanto, as denominadas “origens” do controle da constitucionalidade exige um exame que vai muito além de um único julgado proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803.

Tal perspectiva, estimulada por uma visão crítica da história², reconhece a dificuldade de crer-se no poder de grandes homens para realizar grandes feitos; ou, mais precisamente, de atribuir-se ao *chief justice* John Marshall a responsabilidade exclusiva de haver criado o *judicial review* com a decisão proferida em *Marbury*. É bem verdade que essa linha de argumentação pode gerar algum estranhamento, porquanto é lugar-comum na teoria constitucional que essa decisão, talvez a mais famosa de todas as já noticiadas pelo direito público, teria fundado a prática do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Diante desse contexto, o propósito específico deste artigo não consiste em abrir um novo flanco de discussão ou em propor um revisionismo da história constitucional norte-americana, renegando o significativo papel exercido por John Marshall e pela decisão do caso *Marbury v. Madison* na formação da tradição jurídica americana. Não. Contudo, é forçoso notar, como se argumentará, que a prática do *judicial review* não deve ser atribuída à ação exclusiva de uma única pessoa ou de uma decisão isolada, de modo que se constatará que existiram importantes precedentes a *Marbury*, que lhe criaram um ambiente institucional favorável.

A desconstrução do mito de *Marbury* e sua relativização possibilitam observar com mais riqueza o complexo processo da formação constitucional dos Estados Unidos e do *judicial review*, que depois se

²O historiador Jack Rakove (1997, p. 1036-1041) cria sua hipótese: caso *Marbury* se houvesse embriagado em uma noite qualquer, do ano de 1802, e, acidentalmente, tombado e afogado às margens do Rio Potomac, sumindo em definitivo da cena política, alguém seriamente acreditaria que a teoria e a prática constitucionais americanas seriam bem diferentes das de hoje? É notório, pois, que o projeto de Rakove é radicalizar a noção trivial de *Marbury* como momento fundacional do *judicial review*. Sua afirmação é categórica: “a conclusão a que a análise conduz é que o *judicial review* das leis do Congresso, embora inequivocamente o mais gravoso exercício de aplicação teórica, historicamente foi menos importante e problemático”.

expandiu para o resto do mundo, inclusive para o Brasil³.

Analisar, ainda que brevemente, a história do *judicial review* nos Estados Unidos dá ensejo a compreender algumas características presentes na afirmação do controle judicial de constitucionalidade, que auxiliarão, inclusive, no estudo da história do controle de constitucionalidade no Brasil, tema que, ainda hoje, infelizmente não recebeu a atenção devida por parte dos estudiosos da Constituição e da história⁴.

Desse modo, o que se pretende com esta reflexão, em verdade, é lançar premissas para a primeira etapa de uma perspectiva de “história comparada do direito” (GRAZIADEI, 2015), por meio da qual se acredita que a experiência histórico-constitucional norte-americana oferece preciosas ferramentas de análise crítica da história constitucional brasileira, caso se consiga estabelecer o diálogo interdisciplinar entre o direito comparado e a história do direito. E, ao desconstruir o mito de *Marbury*, fixa-se importante hipótese de estudo para descortinar alguns mitos que se formaram na história constitucional brasileira, a exemplo de que o controle de constitucionalidade no Brasil foi criado na Constituição de 1891 pelo “Marshall Brasileiro”, Rui Barbosa (PIRES, 1932, p. I-XL), que teria se limitado

a transplantar o modelo norte-americano do controle judicial.

2. O contexto histórico de *Marbury v. Madison*

São acirrados os embates historiográficos em torno da história do *judicial review*. O que teria levado a sociedade a consentir numa prática judicial por meio da qual os juízes se recusam a aplicar a lei editada pelo legislador com o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, quando os próprios *founding fathers* não a expressamente instituíram no texto constitucional⁵? Como admitir que um país herdeiro da cultura jurídica inglesa (DIPPEL, 2007, p. 181-233), que primava pelo princípio da supremacia parlamentar, veio a sediar uma prática institucional na qual juízes não democraticamente eleitos deixavam de aplicar leis editadas pelos representantes do povo?

O aspecto crucial, nessa discussão, consiste em não se restringir à narrativa de conceber *Marbury* como marco histórico do início do *judicial review*, tampouco regozijar-se com o gênio de John Marshall pela suposta autoria dessa prática.

É que um pressuposto aqui definido reside justamente em que o *judicial review* acarretou uma mudança no conceito de Constituição, que deixou de ser tão somente uma *fundamental law* para se tornar uma *paramount law*; então, não se pode ignorar que o surgimento do conceito na linguagem política do período pós-revolução seja necessariamente precedido

³ A crítica de Gordon Wood (1999, p. 788) a tal narrativa histórico-constitucional é implacável: “Mesmo um constitucionalista sofisticado como Alexander M. Bickel pensou que Marshall fez tudo isso”. O “tudo isso”, diz Gordon Wood, corresponde à criação da prática do *judicial review* e ao estabelecimento dos fundamentos da independência da Suprema Corte e da supremacia constitucional do governo federal sobre os Estados. Logo após, Gordon Wood (1999, p. 789) sentencia: “Embora Marshall, por si próprio, não teria podido criar o *judicial review*, ele obviamente teve algo a ver com seu começo”.

⁴ Em texto recentemente publicado (CONTINENTI-NO, 2014, p. 61-85), tentou-se refletir sobre elementos da formação histórica do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, explorando-se as próprias fontes jurídicas nacionais.

⁵ Ressalta-se que essa premissa, isto é, a não previsão expressa do *judicial review* no texto da Constituição americana significa que os *Fathers* a rejeitaram, é questionável. A propósito, ver opinião de Saylor (1953, p. 88-96), para quem sua não instituição no texto constitucional decorreu da desnecessidade de sua elaboração normativa, em face de constituir uma prática já integrada à prática judicial.

de uma prática institucional que lhe deu suporte⁶. Logo, é mais adequado analisar as práticas e as razões que a *Marbury* se ligam do que propriamente buscar sua hegemonia ou a de outro caso que venha eventualmente a ocupar-lhe o lugar, pois a origem do *judicial review* relaciona-se, ainda, com dois outros fatores: primeiro, a prática judicial anterior a *Marbury* e à própria Constituição americana; segundo, a necessidade de limitar a autoridade do Poder Legislativo (BILDER, 2008, p. 6).

Essas duas dimensões é que acarretarão uma profunda alteração do conceito de Constituição até então em circulação na cultura anglo-americana, o que permitiu que o *judicial review* fosse compreendido pela comunidade sob novos olhares e perspectivas entusiastas.

Daí que Gordon Wood (1999, p. 793) tenha destilado de *Marbury* não sua essência no que diz respeito à significação histórica do julgado em especial nos dias de hoje, mas sim aquela magia normalmente ao caso atribuída, isto é, uma versão quase mítica⁷ ou “teológica” de que foi revestido: “as fontes de algo tão significante e proibitivo como o *judicial review* nunca poderiam residir na acumulação de alguns precedentes judiciais esporádicos, ou mesmo na decisão de *Marbury v. Madison*”.

Isso quer dizer que outros fatores também contribuíram para a consolidação do controle judicial. Conforme reconheceu Gordon Wood (1999, p. 793-794), esses julgados, inclusive *Marbury*, não conseguem exaurir todo o po-

tencial explicativo do surgimento do *judicial review*, porque eles ocorreram inseridos num contexto de profunda mudança ideológica, política e institucional, que deu ensejo à alteração da própria concepção do funcionamento estrutural do governo e do direito. Esse novo paradigma criou condições para a ressignificação do princípio da separação dos poderes, justificando, do ponto de vista político e de uma teoria de legitimidade, o *judicial review*. Contudo, esses aspectos fundamentais da história constitucional não serão detidamente analisados neste artigo.

Portanto, se é verdade que, por um lado, o estudo dos precedentes do *judicial review* por si só não tem o condão de explicar plenamente a prática e a origem do controle judicial – porquanto isolados do contexto histórico-político não passam de simples decisões sem maior implicação no campo político e constitucional –, por outro lado, torna-se imprescindível sua análise cuidadosa para compreender a dimensão das mudanças conceituais e sociais em curso, que conformaram as práticas institucionais e por elas foram conformadas.

3. Antes de *Marbury*

Antes do famoso caso *Marbury v. Madison*, foram proferidas decisões que já configuravam o ambiente de transição para uma cultura jurídica que viria a dar sustentabilidade à decisão do *chief justice* John Marshall e consagrar-se no conceito de *judicial review*⁸. É importante destacar mais uma vez que essa discussão não tem por finalidade comprovar, com base

⁶Tanto que, como mostra Gordon Wood (1999, p. 788-789), durante todo o Século XIX, *Marbury* não foi citado em qualquer decisão judicial americana e, somente em 1910, é que o termo “*judicial review*” foi cunhado por Edward Corwin.

⁷Michael Paulsen (2003, p. 2706-2743) critica os excessos e os desvios do uso mítico de *Marbury* voltados à legitimação de uma suposta supremacia judicial (*judicial supremacy*), quando, em verdade, a única conclusão possível que se poderia extrair da decisão de Marshall seria a supremacia constitucional (*constitutional supremacy*).

⁸Gordon Wood (1999, p. 788-789) anota que o conceito *judicial review* somente surgiu em 1910 e foi cunhado por Edward Corwin, no artigo “The supreme court and the fourteenth amendment”, publicado em 1909, na *Michigan Law Review*, e depois integrante da obra “The growth of *judicial review*”.

na simples enumeração dos casos judiciais⁹, a existência do *judicial review*, mas identificar fragmentos e indícios de um dado momento histórico, considerando decisões que revelaram elementos comuns, os quais ajudam a compreender o percurso institucional expansivo do Judiciário e da modificação conceitual da Constituição.

As decisões de recusa de aplicação de leis surgem de diversas cortes estaduais. É como se houvesse a formação de uma comunidade linguística pelas cortes, que passaram a desempenhar o papel de guardiães da Constituição de modo mais ou menos consensual. São práticas que foram manifestando-se aqui e acolá, cujo grande significado é mostrar que havia algo de novo no horizonte, algo por acontecer, sobretudo porque ocorreram em período (década de 1780) no qual as concepções políticas sustentadas após 1776, inclusive sobre a forma de estruturação do poder com acentuada ênfase à soberania popular, estavam em revisão conforme os debates sobre as Constituições revolucionárias estaduais deixaram revelar (WOOD, c1998, p. 438-463; p. 549 e s).

Em outras palavras, a noção inglesa da supremacia do Parlamento tinha sofrido alguma alteração ao longo de todo o processo revolucionário norte-americano, e as práticas judiciais de controle das leis já integravam uma fase do processo de ruptura que se notabilizava pela linguagem da Constituição, sua supremacia e sua intangibilidade, ainda que elementos do paradigma anterior não fossem inteiramente descartados.

Nesse contexto, o caso *Holmes v. Walton*, julgado pela Suprema Corte de Nova Jérsei em 1780, é bem representativo do novo cenário de transição do paradigma conceitual constitucional. A própria ementa do julgado apresenta traços dessa indefinição conceitual, ao atestar que a lei é nula e inválida por violar a Constituição e as leis do país (*law of the land*):

“Uma lei da legislatura de New Jersey, de 8 de outubro de 1778, determinando um júri especial de seis homens, em vez do júri de doze homens, conforme previsão do *common law*, é nula e inválida, sendo inconsistente com a Seção XXII da Constituição de New Jersey, adotada em 2 de julho de 1776, que determina “que o direito inestimável ao julgamento pelo júri deve ser assegurado como parte do direito desta Colônia, sem qualquer revogação” (New Jersey, 1918, p.99-101).

A Assembleia de Nova Jérsei editou lei sobre o júri com o objetivo de cortar relações (comerciais, de cooperação etc.) entre colonos americanos e integrantes das tropas inglesas (os inimigos), ocupantes das

⁹ É sempre oportuna a advertência de Matthew Harrington (2003, p. 52), segundo a qual aquela corrente de autores que defende a existência do controle judicial antes de *Marbury* tende a ingressar numa enumeração infundável (e desnecessária) de casos judiciais para comprovar seu argumento.

possessões de Staten Island. Assim, legalizou o confisco, por qualquer pessoa, de mercadorias destinadas ou procedentes de tais localidades. Tal lei determinou, ainda, que as pessoas e os bens encontrados na situação descrita seriam trazidos perante um juiz de paz e julgados por um júri composto de seis pessoas, sem direito à apelação.

O major de milícia, Elisha Walton, confiscou bens de John Holmes e Solomon Ketcham, com base nessa nova lei. O caso chegou ao juiz de paz do Condado de Monmouth, e o júri de seis membros, em 24 de maio de 1779, proferiu o veredicto em favor de Walton. Antes mesmo do fim do julgamento, os réus impetraram *writ of certiorari* perante a Suprema Corte do Estado e sustentaram, em particular, que a condenação deveria ser revista, pois um julgamento realizado por um júri composto de apenas seis membros era contrário ao direito e à Constituição de New Jersey. Alegaram, outrossim, que a própria condenação seria contrária aos direitos, à prática e à Constituição de Nova Jérsei.

Após diversas prorrogações e o decurso de quase dez meses, demora provavelmente relacionada à dúvida quanto à conveniência de a Suprema Corte declarar uma lei inconstitucional, chegou-se à decisão que reverteu o julgado e restaurou aos então autores a posse dos bens antes confiscados por Elisha Walton. A decisão provocou imediata reação de parcela da comunidade de Monmouth, a ponto de uma comitiva de sessenta pessoas protocolar perante a *House of Assembly* petição que oficializava o protesto de reclamação contra os *justices*, que deixaram de aplicar a lei por suposta inconstitucionalidade, e de reparação¹⁰.

Não obstante os protestos ocorridos, a Assembleia Legislativa não se opôs à decisão da Suprema Corte de Nova Jérsei. Ao contrário, pareceu aprová-la ao ratificar a decisão judicial e editar a Lei, de 22 de dezembro de 1780, exigindo que, nos processos de confisco de bens, fosse assegurado o júri composto por doze membros.

Outro caso digno de nota é *Rutgers v. Waddington*, julgado pela *Mayor's Court* de Nova Iorque, em agosto de 1784 (THAYER, 1895, p. 63-72). *Elizabeth Rutgers* promoveu ação de indenização (*action of trespass*) contra Joshua Waddington, alegando ocupação indevida de sua propriedade desde 1778.

Foi um julgamento de grande significação nos Estados Unidos. Nomes importantes, como o de Hamilton, advogado do réu, e autoridades de destaque, a exemplo do procurador geral de Nova Iorque, participaram do processo. O juiz responsável pela decisão foi James Duane, grande advogado e líder político (COXE, 1893, p. 223), que tinha inte-

¹⁰ Austin Scott (1899, p. 459-460) registra que outras petições foram dirigidas à Assembleia, todas manifestando contrariedade à decisão.

grado a delegação nova-iorquina no Congresso Continental. Estava-se por firmar um relevante precedente na matéria já que duas delicadas questões intricavam-se: a configuração do federalismo americano em face da possibilidade de uma lei estadual (*Trespass Act*, de 1783) de sautorizar o teor do tratado de paz entre a Inglaterra e as ex-Colônias, celebrado no ano anterior, em Paris; e a probabilidade de se suscitar grave crise institucional entre o Legislativo e o Judiciário (COXE, 1893, p. 229), que deveria decidir sobre a suposta contradição entre tratado que fora recepcionado pela Constituição de 1777 do Estado de Nova Iorque e a lei estadual cuja disposição com ele não se harmonizava, mas que contava com enorme aprovação popular¹¹.

Sobre o caso, relata Brinton Coxe (1893, p. 224-229) que a Corte de Nova Iorque “estava marchando entre os lobos e o precipício” e logo percebeu, com lucidez, o que estava em jogo: no fundo, a própria continuidade da Confederação. Por isso mesmo, houve um esforço tremendo para evitar o reconhecimento de qualquer conflito entre a legislação estadual e o tratado de paz recém-celebrado (*law of nation*). O caminho da interpretação foi o mais prudente para evitar eventual crise federal e conciliar ambos os atos normativos.

Não parece, contudo, que *Rutgers* seja um caso típico de *judicial review*, pois a discussão entre a natureza das leis estaduais e da Constituição do Estado foi evitada a todo custo além de se ter preferido afirmar o princípio da supremacia do Legislativo com a consequente sujeição do Judiciário. Ou seja, a linguagem constitucional utilizada na decisão, intencionalmente ou não, ainda refletia a semântica da cultura jurídica inglesa (a semântica da Constituição mista) do século XVII, e não propriamente a cultura norte-americana que já se vinha configurando nesse momento, mas que ainda não se fizera hegemônica nesse caso (WOOD, 1998, p. 457-459).

Nesse contexto, *Rutgers* foi diferenciado dos demais precedentes, tendo em vista que a fundamentação da decisão se apoiou nos princípios da razão natural e da justiça, assemelhando-se muito mais à linguagem dos julgados ingleses do que à dos norte-americanos, na qual a noção de supremacia da Constituição já se anunciava¹².

A leitura da decisão evidencia como a discussão de fundo constitucional, na qual se pressupõe a supremacia normativa e se admite a práti-

¹¹ Para Forrest McDonald (1985, p. 155-157), o *Trespass Act* bem ilustrava a tensão inerente entre o governo das leis e o governo (descontrolado) do povo, já que se tratava de lei extremamente popular, mas violadora dos princípios fundamentais do direito, da lei das nações, e do *common law*.

¹² Por essa razão, na opinião de William Meigs (1885, p. 180), *Rutgers* não figuraria entre os precedentes da nova doutrina constitucional americana (*judicial review*).

ca do *judicial review*, foi tangenciada e praticamente não se revestiu de qualquer relevância. A questão central era preservar a intangibilidade do Tratado de Paris não porque ele fosse uma norma dotada de hierarquia normativa, mas porque era essencial para a sobrevivência da unidade política da Confederação.

Como foi possível observar, a discussão, que selaria a paz entre a Inglaterra e os Estados Unidos, cingia-se ao conflito entre uma lei do Estado de Nova Iorque (*Trespass Act of 1783*) e o *Treaty of Peace* (Tratado de Paris, de 1783). A incompatibilidade entre esses dois atos normativos decorreu dos termos genéricos da lei que teriam criado dúvida razoável de interpretação, razão pela qual o juiz tangenciou a discussão do princípio da *supremacy of parliament*. Isso não estava em causa.

Insistiu-se que, no caso, a interpretação que se levava adiante não representava qualquer forma de controle do Judiciário sobre o Legislativo; antes, havia um esforço enorme para fazer prevalecer a intenção do legislador¹³. Cuidar-se-ia mais de uma interpretação corretiva com base na equidade em face da não razoabilidade dos efeitos da lei, do que propriamente um exercício deliberado de censura ao legislador.

Por fim, deve-se notar que o art. 3º da Constituição do Estado de Nova Iorque, de 1777, instituiu um interessante sistema *checks and balances* entre as instituições. Uma lei cuja constitucionalidade fosse duvidosa, desse modo, seria submetida ao Conselho de Revisão, composto pelo Governador e pelo pre-

sidente da Corte, além de outras autoridades representativas do Judiciário e do Executivo. Na hipótese de uma decisão negativa do Conselho, a lei censurada precisaria ser reafirmada por uma maioria de 2/3 de cada uma das duas casas do Parlamento.

A lei objeto de *Rutgers*, aponta Brinton Croxe, fora aprovada pelo Conselho de Revisão, o que, na prática, retirou da Corte a possibilidade de exercer qualquer *judicial review*¹⁴. Embora, a rigor, não se esteja diante de um caso típico de *judicial review*, *Rutgers* mostra o protagonismo do Judiciário bem como os termos e os paradoxos de uma atividade, que aos poucos se ia disseminando na realidade americana e naturalizando-se como atribuição típica do Judiciário.

Na sequência, mencione-se que um dos antecedentes à prática do *judicial review* mais comentados ocorreu em Rhode Island, quando a Superior Court of Judicature of Rhode Island se deparou com o caso *Trevett v. Weeden*, no qual se discutiu a aplicabilidade de uma lei estadual (*Forcing Act*) que suprimia o julgamento pelo júri bem como o direito à apelação nas situações em que se descumprisse a lei de 1786 (*Emitting Act*), que criara e determinara a vigência obrigatória de um novo papel-moeda. (RHODE ISLAND, 1918, P. 101-103)

John Weeden, açougueiro, recusou-se a receber o pagamento de John Trevett, que seria realizado com o novo papel-moeda, motivo por que Weeden foi chamado a juízo. A defesa de Weeden – que se sagrou vitoriosa no julgamento –, dentre outras razões, alegou que o direito ao julgamento pelo júri estava previsto na Constituição e não poderia ser suprimido por

¹³Na questão, percebe-se o esforço por realizar-se uma espécie de interpretação, que no Brasil de hoje seria denominada 'interpretação conforme a Constituição'. Em comentário sobre o episódio, Brinton Coxe (1893, p. 229), com base em um precedente do *chief justice* John Marshall, afirmou: "Uma lei do Congresso não deve ser interpretada [*construed*] nunca para violar a lei das nações se uma outra interpretação [*construction*] qualquer for possível".

¹⁴E, assim, concluiu Coxe (1893, p. 233): "Sobre toda a matéria do caso *Rutgers v. Waddington*, é, portanto, correto dizer que, de acordo com o direito da decisão, nenhuma corte poderia decidir que uma lei questionada era inconstitucional e, portanto, afirmá-la inválida".

lei da Assembleia Geral, cujo poder normativo se subordinava à própria Constituição. Logo, uma lei que afastasse o direito ao júri deveria ser afastada pelo Judiciário em face de sua inconstitucionalidade.

Essa decisão é apontada como um importante precedente da doutrina do controle judicial e, talvez, como o primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade de lei em face de sua incompatibilidade com a norma fundamental. Sobre *Trevett v. Weeden*, William Meigs (1885, p. 175-203) afirmou que ele “parece ser o primeiro caso autêntico em que uma corte diretamente decidiu que um ato legislativo era inconstitucional e nulo, por estar em conflito com a lei fundamental escrita”.

Outro caso bastante emblemático aconteceu no Estado da Carolina do Norte, julgado no ano de 1787. Trata-se da decisão de *Bayard v. Singleton*, da *Court of Conference* da Carolina do Norte (1918, p. 104-106). Também nele se reivindica a primogenitura da prática do *judicial review*¹⁵, isto é, que teria sido o primeiro caso no qual uma corte se recusou a aplicar ao caso concreto uma lei editada pela Assembleia por ofensa à Constituição¹⁶.

Eis a situação: Samuel Cornell era um comerciante inglês que fizera fortuna na cidade de New Bern, futuro Estado da Carolina do Norte. Com a Guerra de Independência, manteve-se fiel às forças inglesas e, em 1775, retornou à Inglaterra. Em 1777, volta à Carolina do Norte, mas se nega a jurar lealdade ao novo e independente governo norte-americano. Algo também verificado em outros Estados, o da Carolina do Norte procedeu ao confisco de bens dos ingleses que não aderiram à causa do governo e editou, em 1785, o *Land Titles Act*, que impunha aos juízes estaduais rejeitarem processos judiciais cujo objeto fosse questionar o confisco das propriedades, cujos titulares eram ingleses dissidentes. Tentando evitar o confisco de sua casa e outros bens, Samuel Cornell transferiu-os para sua filha, Elizabeth Bayard, o que, todavia, não impediu o governo de confiscá-los e, após, revendê-los.

Elizabeth Bayard promoveu ação contra o comerciante Spyers Singleton, que comprou sua ex-casa do Governo, e, em maio de 1787, a

¹⁵ John Orth (1991, p. 1363): “Depois de pensar sobre esses aspectos, por um ano inteiro, até maio de 1787, os juízes finalmente decidiram que a lei dispensando o julgamento do júri era contrária à Constituição e, então, nula; uma decisão que antecipou em dezesseis anos a decisão mais famosa do *Chief Justice* Marshall sobre a Constituição Federal, em *Marbury v. Madison*”. Sobre o tema, veja-se ainda Scott Gerber (2009, p. 1771-1818).

¹⁶ Destaca-se, inclusive, a existência de um lugar de memória a registrar o julgado e sua repercussão para a doutrina constitucional, especialmente do Estado da Carolina do Norte. Na cidade de New Bern, no cruzamento das vias US 70 Business (Broad Street) com a Middle Street, foi aposta uma Placa (“Marker C-20”), com a seguinte anotação: “Early American Precedent for judicial review of legislation, was decided nearby, 1787, by judges Samuel Ashe, Samuel Spencer e John Williams”. Registre-se, ainda, que diversas decisões da Suprema Corte da Carolina do Norte, quando afirmam a prerrogativa do Judiciário de declarar leis inconstitucionais, referiram-se prioritariamente a *Bayard*, e não a *Marbury*.

Court of Conference do Estado da Carolina do Norte decidiu o caso. Vale mencionar que, do ponto de vista constitucional, a questão resumiu-se à preliminar de cabimento ou não da ação proposta, já que, com base no *1785 Act*, a defesa de Singleton opôs a preliminar de não conhecimento da ação (*motion for the dismiss*). Foi, porém, justamente esse ponto que suscitou o debate em torno do *judicial review* ou, mais precisamente, da prerrogativa de o Poder Judiciário declarar um ato legislativo desconforme com a Constituição e, portanto, nulo.

Nos registros da decisão (*North Carolina Report*), sente-se ainda o receio dos juizes de censurar o ato do legislador e de causar um mal-estar institucional. Contudo, eles argumentaram que o mandato legislativo não conferia poderes ilimitados ao legislador que, do contrário, poderia determinar a pena de morte sem o devido processo legal ou, ainda, criar uma lei e definir vitalícios seus respectivos mandatos, algo sem dúvida que não se coadunaria com a Constituição, a qual não poderia ser modificada por simples lei ordinária¹⁷.

O que interessa em particular, nesse contexto, é o fato de a decisão reconhecer a supremacia da norma constitucional e a prerrogativa do Judiciário de controlar as leis a fim de salvar a soberania popular e os direitos individuais. A fundamentação do juiz traz em si os elementos que se encontram presentes na linguagem jurídico-política desse paradigma de transição, no qual ocorrerá a reformulação do conceito de Constituição como *paramount law*.

Ainda parece digno de nota que um dos advogados da parte autora foi o notável James Iredell, que teve um papel crucial no desenvolvimento teórico das bases do *judicial review*.

¹⁷ John Orth (1993, p. 1362) destaca que a Constituição da Carolina do Norte não tinha sido aprovada por uma Constituinte específica, o que implicava uma dificuldade ainda maior para os juizes fundamentarem sua decisão.

Não poucos estudiosos veem nele, e não no próprio Marshall, o grande artífice do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (CASTO, 1995, p. 329-369; LEONARD, 2006, p. 867-882). Ainda que não se tenha plena dimensão de sua interferência no caso, foi durante o julgamento de *Bayard* que ele escreveu a famosa “Carta de um Eleitor” (“*Letter of an Elector*”), conhecida pelo título “*To the Public*”, de 17 de agosto de 1786, na qual, embora não se possa afirmar ter influenciado diretamente os juizes do caso, é possível colher ao menos dois fortes indícios de que isso tenha ocorrido.

O primeiro pelo evidente fato de ter havido o reconhecimento da inconstitucionalidade. Algo que, hoje, pode parecer natural e óbvio, mas que àquela época foi uma verdadeira inovação constitucional e política.

O segundo, por sua vez, é sugerido pelo exemplo utilizado por James Iredell (1893, p. 253-258), em sua famosa carta *To the Public*, sobre o risco de se ter um Legislativo investido em autoridade ilimitada, consistente em seus membros editarem lei estendendo o respectivo mandato de um para dois anos. Segundo reportado em *Bayard*, um dos argumentos levados em consideração para declarar-se a inconstitucionalidade da lei da Carolina do Norte foi o de que, caso a Assembleia Geral não tivesse seus poderes limitados, ela poderia editar leis que tornassem os mandatos dos próprios legisladores vitalícios. Não parece que a similaridade dos exemplos utilizados na decisão e no texto de Iredell tenha sido mera coincidência, o que permite concluir que o julgado tenha acolhido seu argumento, o qual estava permeado da linguagem constitucional própria do *judicial review*.

Outro caso de relevância nessa discussão foi *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*, julgado em 1795, pela *Circuit Court* dos Estados Unidos, localizada no Distrito da Pensilvânia. Em dis-

cussão estava a constitucionalidade da lei que autorizava o confisco de propriedade pelo Estado, conforme resumiu o juiz do caso, William Patterson: “A constitucionalidade do *confirming Act*; ou, em outras palavras, se o Legislativo tinha autoridade para editar aquela Lei”.

É interessante notar que sua argumentação envolve elementos conceituais da linguagem do *judicial review*, como a supremacia constitucional, a soberania popular e os limites estabelecidos pela Constituição – embora ainda estejam presentes aspectos da linguagem constitucional inglesa, especialmente ligados à formulação lockeana do pacto social e do direito de propriedade¹⁸.

Inicialmente, o juiz William Patterson fez uma significativa recapitulação do pensamento constitucional inglês e explicou a transcendência da autoridade do Parlamento, o qual não se submetia a qualquer controle ou limite; o poder do Parlamento era absoluto na tradição política inglesa. No segundo momento, indagou sobre a natureza da Constituição (não escrita) inglesa e a contrapôs à Constituição americana, que, diferentemente da primeira, era escrita e sintetizava de modo claro e preciso os princípios fundamentais para a organização social e política, configurando a suprema lei do país (*law of the land*) e, por consequência, o parâmetro de legitimidade para o exercício de poder pelo Legislativo.

Feita essa explanação sobre a natureza da Constituição, Paterson concluiu que o Legislativo, diversamente da Inglaterra, não seria investido de um poder arbitrário que suplantasse ou desse a própria fisionomia de uma Constituição que estava sempre por ser escrita. Nos Estados Unidos, o Legislativo retirava a legitimidade e a autoridade do poder da Constituição; o Legislativo era uma “criatura da Constituição”, sem a qual ele sequer existiria.

Concluiu, então, William Paterson (PENNSYLVANIA, 1895) que “qualquer que seja a situação em outros países, neste não pode haver nenhuma dúvida, que toda lei do Legislativo, repugnante à Constituição, é absolutamente inválida”. E, como ele próprio afirmou, se a lei é contrária à Constituição, é dever da corte declará-la nula e inválida.

Outro caso de extrema relevância, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1796, foi *Hylton v. United States*. Daniel Hylton foi

¹⁸ Ademais, conforme observado por Robert Clinton (2002, p. 234-235), às vezes, atribui-se às decisões da Suprema Corte, na Era pré-Marshall, um tipo de abordagem pautada pelo direito natural, que elas não teriam. Clinton afirma que a referência a direitos naturais, tradições ou princípios da razão ou do *common law* denota a compreensão dos juízes da época de que a Constituição não era somente um texto isolado; era também formado por um conjunto de outros elementos integrantes do conceito mais amplo de *rule of law*, o que, no fim, revelava a compreensão da Constituição como uma essência da verdade, que permeava todos os princípios estabelecidos na comunidade política.

acionado pelo representante judicial dos Estados Unidos em face da cobrança de taxa incidente sobre o transporte de pessoas em carruagens, de cujo pagamento se omitira. Em sua defesa, alegou que a lei instituidora da citada exação era inconstitucional e nula.

Ao decidir, o *justice* Chase fixou o ponto controverso da demanda: definir se a Lei, de 5 de junho de 1794, do Congresso Nacional, “que estabelece encargos sobre o transporte de pessoas em carruagens” seria nula e inconstitucional, ou seja, tratou-se abertamente de uma questão de inconstitucionalidade de lei ordinária, em face da disposição da Constituição que autorizava a instituição de taxas. Após detalhado exame sobre o poder do Congresso de instituir taxas em geral, Chase concluiu: “Eu penso que uma taxa anual sobre o transporte de pessoas em carruagens pode ser considerada dentro dos poderes atribuídos ao Congresso para estabelecer encargos” (UNITED STATES, 1796).

Porque a lei lhe pareceu elaborada no exercício da atribuição constitucional do Congresso e, por conseguinte, não estivesse configurada uma manifesta inconstitucionalidade, Chase concluiu ser infrutífero enfrentar o tópico sobre a competência da Suprema Corte para declarar a lei inconstitucional¹⁹.

Mais uma vez, observa-se a presença da linguagem constitucional do *judicial review* mesmo sem haver a declaração de inconstitucionalidade, o que, aliás, não impediu a Corte

de reconhecer sua competência de revisar a constitucionalidade dos atos do Legislativo. É, pois, possível perceber o processo de configuração de uma comunidade política, cuja linguagem se desenvolvia em torno da atribuição de o Poder Judiciário declarar leis inconstitucionais. E, conforme já adiantado, a questão da primogenitura de *Marbury*, nesse caso, é o que menos interessa, não obstante o debate norte-americano seja impregnado por essa dimensão fundacional.

Julga-se ainda oportuno destacar dois aspectos no caso *Hylton*, que favorecem a ideia de que o *judicial review* já angariava algum consenso no discurso político-jurídico da época. O primeiro elemento advém do fato de um dos *justices* presentes ser James Iredell, que atuou como advogado da parte autora no caso *Bayard*, em 1786-1787; ele não só arguiu a inconstitucionalidade da lei da Carolina do Norte, como também publicou o manifesto *To the Public* em explícita defesa do *judicial review*. O segundo indício liga-se ao quarto e último juiz do caso, James Wilson, um dos mais respeitados delegados da Convenção Constitucional, que acompanhou a opinião dos outros três juízes, pois seu voto não teria qualquer influência no resultado final. Porém, fez a ressalva de que, quando juiz na Corte do Circuito de Virgínia, emitira decisão divergente e, ainda, mantinha os mesmos sentimentos a respeito da inconstitucionalidade da lei.

Os casos ora tratados não esgotam o elenco dos precedentes de *Marbury*. Outros poderiam ainda ser analisados. Entretanto, em face dos objetivos aqui traçados, limita-se a citar, entre tantos, o trabalho de Mark Graber (2003, p. 626-627), no qual se apontam diversas referências a casos pré-*Marbury*. Em vários deles, a questão da inconstitucionalidade e da competência do Poder Judiciário foi devidamente discutida e afirmada nos votos dos juízes.

¹⁹ Em seu voto, o *justice* Chase justificou: “[É] desnecessário, neste momento, para mim, determinar se essa corte constitucionalmente possui o poder de declarar uma lei do congresso nula, ao argumento de que ela foi produzida em contrariedade à, e em violação da, Constituição; mas se a Corte tem tamanho poder, eu sou livre para declarar que eu nunca o exercitarei, senão nos casos inequívocos”. Sanford Levinson (2004, p. 591-592) reconheceu que, caso a Suprema Corte vislumbresse uma violação tal qual asseverou o *justice* Chase, certamente teria declarado a inconstitucionalidade da lei. (UNITED STATES, 1796).

William Meigs (1885, p. 182-183), em artigo de grande repercussão publicado no ano de 1885, mostrou um cenário no qual o poder de a Corte recusar-se a aplicar uma lei em razão de sua inconstitucionalidade fixara bases importantes ao longo das décadas de 1780 e 1790, nos Estados de Rhode Island e Nova Iorque, além da Virgínia, Nova Jérsei, Carolina do Norte e Massachusetts.

Em meio à discussão sobre a precedência ou não de *Marbury*, Robert Clinton (2002, p. 224-226) esclareceu que, em ao menos seis casos, leis nacionais foram questionadas, mas não foram invalidadas judicialmente com a ressalva de que a Corte reconheceu seu próprio poder de não aplicar leis incompatíveis com a Constituição. Entre eles, aparece *Hylton v. United States*, linhas atrás examinado, em que a Suprema Corte afirmou sua competência para declarar leis inconstitucionais, não obstante tenha convalidado o ato normativo²⁰.

4. Mudança conceitual da Constituição

Os casos analisados, em maior ou menor medida, sedimentaram bases para a formação

²⁰ Merece destaque, por se tratar de lei federal, o caso *Hayburn*, de 1792, em que cinco juizes da *Circuit Court* se recusaram a aplicar uma lei do Congresso que lhes determinava executarem funções administrativas sob a supervisão do Secretário de Guerra. Nessa mesma linha, em *United States v. Yale Todd*, decidido em 1794, considerou-se inválida a indenização prevista em favor dos prisioneiros da guerra da revolução, se concedida por juizes no exercício de funções administrativas. Segundo as notas do *chief justice* Jay, a conclusão a que chegou a Corte no caso foi: "1. That the power proposed to be conferred on the Circuit Courts of the United States by the act of 1792 was not judicial power within the meaning of the Constitution, and was, therefore, unconstitutional, and could not lawfully be exercised by the courts." (KURLAND; LERNER, 1987). Cita, ainda, Robert Clinton o caso *Calder v. Bull*, de 1798, no qual a Suprema Corte afirmou o próprio poder de desconsiderar as leis inconstitucionais, mesmo opinando pela validade da lei em questão. Em *Cooper v. Telfair*, de 1800, a Suprema Corte também se absteve de declarar inconstitucional a lei da Geórgia.

do paradigma de controle judicial de constitucionalidade com base na compreensão de que a Constituição tinha adquirido um novo *status*, era norma jurídica; deixou de ser apenas a "intocável" e inaplicável *fundamental law* (lei meramente política) para se tornar uma norma vinculante para o caso concreto, que integra o conceito de *law* e, portanto, insere-se no campo semântico de *expound the law*, expressão que traduz a atuação dos juizes, tornando-se em consequência mais do que uma *fundamental law* (uma lei meramente política) para configurar-se como uma *paramount law*. Em outras palavras, além de a Constituição tornar-se parte integrante do ordenamento jurídico, do qual ela tomou o posto nuclear de fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, ela passou a ser ativada na fundamentação das pretensões individuais e concretas da população, diariamente levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

O mais importante de todos esses casos, incluindo *Marbury*, não é definir qual seria o momento fundacional do *judicial review*. Essa disputa permanece vivaz nos círculos acadêmicos americanos com larga vantagem para *Marbury*. Porém, parece desprovida de maior significância histórica, porquanto verdadeiramente relevante é o contexto linguístico-político que se pode reconstruir a partir não só de *Marbury* mas de todos os casos referidos.

Um dado interessante é que *Marbury* somente foi citado, na qualidade de precedente do *judicial review*, no caso *Mugler v. Kansas*, julgado em 1887 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Antes disso, aponta-se o julgamento do caso *United States v. The William*, ocorrido em 1808, no qual o *justice* John Davis, atuando na Corte Distrital de Massachusetts, cita dois precedentes da Suprema Corte para a prática do *judicial review*: *Cooper v. Teltair*, de 1800, e *Marbury v. Madison*, de 1803. Só que,

em sua opinião, coube a *Cooper* desempenhar um papel mais relevante, razão pela qual dedicou a *Marbury* apenas uma referência genérica e secundária (GRABER, 2003, p. 627-628).

Muitos autores, não obstante, creem no caráter específico e inovador de *Marbury*, sobretudo por haver tentado estabelecer limites claros de atuação institucional do Judiciário e do Legislativo ao ditar critérios que bem separariam o campo próprio do direito (direitos individuais) daquele próprio da política (relativo à nação e definido pelos poderes políticos) (NELSON, c2000, p. 58; WOOD, 1999, p. 806).

Para além da polêmica, o que parece mais interessante nesse debate é tentar compreender *Marbury* no contexto em que se insere e perceber que a decisão ajudou a disseminar o entendimento de que os juízes americanos poderiam tratar a Constituição como suprema lei ou superestatuto, que deve ser interpretado e integrado com o conjunto de normas do corpo jurídico (WOOD, 1999, p. 801-802). Ou seja, a Constituição passou a ser compreendida como norma jurídica efetível pelo Judiciário (e não apenas uma carta de declaração de princípios políticos destituída de força vinculante) e como objeto do processo hermenêutico de interpretação e de aplicação jurídica (*to expound the law*), conforme ocorria até então com as leis ordinárias. Em certo sentido, pois, deu-se um processo de “legalização” da *fundamental law*.

Ao mesmo tempo, além de direito aplicável, a Constituição tornou-se o parâmetro de validação do direito infraconstitucional (*paramount law*). Começou a funcionar numa ambiguidade indissociável: seria lei aplicável ao caso concreto, mas seria também parâmetro de validação para as demais leis aplicáveis ao caso concreto. A semântica constitucional modificou-se. Ao caráter de *fundamental law* da Constituição, agregou-se o elemento da su-

premacia formal: a Constituição foi concebida na qualidade de norma jurídica que determina a competência dos agentes públicos e dos poderes instituídos.

Deixou-se de lado a semântica da Constituição inglesa, na qual a Constituição era um simples direcionamento moral e político. Ganhou juridicidade e normatividade, estando apta a estabelecer vínculos jurídicos e vinculantes. A mudança do conceito é evidente: de Constituição-ordem, *fundamental law*, para Constituição-norma, *paramount law* (STOURZH, 1988, p. 47-48).

O controle judicial nos Estados Unidos, enfim, marcou a ruptura com a Constituição mista inglesa e o início e a consolidação de um novo paradigma constitucional, o da Constituição americana²¹, que servirá como modelo para muitos países, inclusive o Brasil republicano.

5. Conclusão

Um dos propósitos mais nobres da história do direito é fornecer elementos que abram diferentes perspectivas e olhares para a compreensão das instituições jurídicas e políticas no presente. Considerado tal objetivo, o exercício histórico ora empreendido – desconstruir o mito de *Marbury* –, procurou, em primeiro lugar, argumentar que a história não pode ser o resultado da ação de um homem só.

É verdade que não se pode ignorar o papel e eventualmente a relevância de grandes personalidades. Mas, sem um ambiente institucional propício, suas ideias e seus atos minuariam, tornando-se fora de tempo e de lugar.

²¹ Sobre o conceito e a diferença entre a Constituição inglesa e a inovação conceitual operada na Constituição pelo pensamento jurídico-político americano, o comentário de Gordon Wood (c1998, p. 291) é bastante elucidativo.

Daí, conforme ressaltado ao longo do texto, a importância de não se estudar *Marbury* apenas como um caso isolado ou fundacional, mas dentro de um contexto específico em que se favorecia a tomada de decisões pelo Poder Judiciário em desfavor do Legislativo e de suas leis, mas sempre em nome da Constituição e da soberania do povo.

Em segundo lugar, a desconstrução do mito de *Marbury* faz crer que o *judicial review* não constitui premissa necessária a ser imposta a toda comunidade política que se regule por uma Constituição. Tal prática surge como resposta concreta, embora nem sempre muito bem articulada ou planejada, a questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o *judicial review* configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração. Nos Estados Unidos, conforme se aprofundará em outro texto, o controle se revelou a solução institucional mais adequada ao momento político pós-revolucionário, no qual o Poder Legislativo dos Estados foi compreendido, segundo os próprios atores políticos da época, como fonte de ilegitimidade e de ameaça a garantias fundamentais, pondo em risco a própria independência recém-conquistada pelos Estados Unidos e sua organização federal.

A mesma metodologia de análise histórica, por sinal, serve de premissa para os estudos da formação do controle da constitucionalidade no Brasil, ainda hoje resignados à maestria salvífica de Rui Barbosa, o que prenuncia horizontes promissores para a pesquisa de história comparada do direito, consoante já mencionado. Não se trata de afirmar que os mesmos passos devam ser trilhados por diferentes culturas constitucionais. Não. Cada país, cada sociedade tem sua própria Constituição, sua própria história e seu próprio constitucionalismo. A especificidade de cada experiência histórico-constitucional, no entanto, não afasta a possibilidade de aprendizado mútuo e de identificação de elementos comuns entre duas ou mais comunidades políticas, para iluminar novas leituras e possibilitar melhor compreensão do passado.

Em terceiro lugar, é preciso ter em mente que a sedimentação de mitos, como *Marbury*, serve política e retoricamente para legitimar certas narrativas históricas, na mesma medida em que se abre mão da análise crítica e da possibilidade de pensar novas oportunidades e respostas institucionais aos problemas enfrentados no presente. Assim como defender a mitologia de *Marbury* ajuda a fundamentar uma agenda política em que o Judiciário sai fortalecido, defender mitos fundacionais na história constitucional brasileira – e um deles inegavelmente é o que ronda Rui Barbosa e o controle judicial brasileiro – serve a uma pauta discursiva específica de fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo.

Sobre o autor

Marcelo Casseb Continentino é doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professor de História do Direito e de Direito Constitucional na Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), Recife, PE, Brasil; procurador do Estado, na Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco (PGE-PE), Recife, PE, Brasil.

E-mail: marcelo_casseb@yahoo.com.br.

Título, resumo e palavras-chave em inglês²²

HISTORY OF JUDICIAL REVIEW: THE MARBURY'S MYTH

ABSTRACT: This article analyses the origins of judicial review of legislation in the United States. Particularly, it aims to adopt a historical critical perspective in order to deconstruct the "Marbury's myth", according to which the origin of American judicial review has been almost thoroughly explained as a simple result of chief justice John Marshall's opinion, in *Marbury v. Madison*, ruled by the American Supreme Court, in 1803. The assumed historical approach, in turn, enables to find out that the practice of American judicial review has come to light as a response to concrete and political problems experienced by that society, configuring a contingent constitutional and institutional structure. In conclusion, the text suggests that this historical methodology can be applied to better understand Brazilian political institutions and problems currently faced, as judicial activism and democratic legitimization of judicial review.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL HISTORY. JUDICIAL REVIEW. MARBURY V. MADISON.

Referências

BILDER, Mary Sarah. Idea or practice: a brief historiography of judicial review. *Journal of Policy History*, v. 20, n. 1, p. 6-26, 2008.

CASTO, William R. James Iredell and the American origins of judicial review. *Connecticut Law Review*, v. 27, p. 329-369, 1995.

CLINTON, Robert. The supreme court before John Marshall. *Journal of Supreme Court History*, v. 27, n. 3, p. 222-239, nov. 2002.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. 200 anos de constitucionalismo: resquícios para uma história constitucional do Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 83, p. 61-85, jan./fev. 2014.

COXE, Brinton. *An essay on judicial power and unconstitutional legislation, being a commentary on parts of the constitution of the United States*. Philadelphia: Kay and Brother, 1893. p. 219-271.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno (Novas Perspectivas)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 181-233.

²²Sem revisão do editor.

GERBER, Scott D. The origins of an independent judiciary in North Carolina, 1663-1787. *North Carolina Law Review*, v. 87, n. 6, p. 1.771-1.818, set. 2009.

GRABER, Mark A. Establishing judicial review: Marbury and the judicial act of 1789. *Tulsa Law Review*, v. 38, n. 4, p. 609-650, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2418&context=tlr>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

GRAZIADEI, Michele. *Comparative law, legal history, and the holistic approach to legal cultures*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Critica/Graziadei.htm>>. Acesso em: 1^a out. 2015.

HARRINGTON, Matthew. Judicial review before John Marshall. *The George Washington Law Review*, v. 72, p. 51-94, 2003.

IREDELL, James. To the public (1786). In: COXE, Brinton. *An essay on judicial power and unconstitutional legislation, being a commentary on parts of the constitution of the United States*. Philadelphia: Kay and Brother, p. 253-258, 1893.

KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. v. 4, 1987. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_2_1s37.html>. Acesso em: 27 ago. 2015.

LEONARD, Gerald. Iredell reclaimed: farewell to Snowiss's history of judicial review. *Chicago-Kent Law Review*, v. 81, n. 3, p. 867-882, 2006. Disponível em: <<http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/cklawreview/wp-content/uploads/sites/3/vol81no3/Leonard.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

LEVINSON, Sanford. Why I still won't teach Marbury (except in a seminar). *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3, p. 588-603, mar. 2004.

MCDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: the intellectual origins of the constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, c1985.

MEIGS, William. The relation of the judiciary to the constitution. *The American Law Review*, v. 19, n. 2, p. 175-203, march-april, 1885.

NAGEL, Robert. Marbury v. Madison and modern judicial review. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 613-633, 2003.

NELSON, William Edward. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, c2000.

NEW JERSEY. Supreme Court. Holmes v. Walton [1 Martin, N. C. 48]. In: SCOTT, James Brown. *Judicial Settlement of Controversies between States the American Union*. New York: Oxford University Press, 1918. v. 1, p. 99-101.

NEW YORK. Mayor's Court. Rutgers v. Waddington. In: THAYER, James Bradley. *Cases on Constitutional Law: with notes*. Cambridge: University Press, 1895. v. 1, p. 63-72.

NORTH CAROLINA. Court of Conference. Bayard v. Singleton [1 Martin, N. C. 48]. In: SCOTT, James B. *Judicial Settlement of Controversies between States the American Union*. New York: Oxford University Press, 1918. v. 1 p. 104-106.

ORTH, John V. "Fundamental Principles" in North Carolina constitutional history. *North Carolina Law Review*, v. 69, p. 1.357-1.364, 1991.

PAULSEN, Michael Stokes. The irrepressible myth of Marbury. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2.706-2.743, ago. 2003.

PENNSYLVANIA. Circuit court of the United States, district. Vanhorne's Lessee v. Dorrance (1795). In: THAYER, James Bradley. *Cases on Constitutional Law: with notes*. Cambridge: University Press, 1895. v. 1, p. 94-105.

PIRES, Homero. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição federal brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva, 1932. v.1, p. I-XL.

POCOCK, John G. A. *Political thought and history: essays on theory and method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 69-74.

RAKOVE, Jack. The origins of judicial review: a plea for new contexts. *Stanford Law Review*, v. 49, n. 5, p. 1.036-1.041, maio 1997.

RHODE ISLAND. Superior Court of Judicature. *Trevett v. Weeden* (1786). In: SCOTT, James Brown. *Judicial settlement of controversies between states of the American union*. New York: Oxford University Press, 1918. v. 1, p. 101-103.

SAYLOR, J. R. Judicial review prior to *Marbury v. Madison*. *Southwestern Law Journal*, v. 7, p. 88-96, 1953.

SCOTT, Austin. *Holmes vs. Walton: the New Jersey precedent*. *The American Historical Review*, v. 4, n. 3, p. 456-469, abr. 1899.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, T; POCOCK. *Conceptual Change and the Constitution*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1988. p. 35-54.

WOOD, Gordon S. *The creation of American republic, 1776-1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, c1998.

_____. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall court made more out of less. *Washington and Lee Law Review*, v. 56, n. 3, p. 787-809, jan. 1999. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlulr>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

UNITED STATES. Supreme Court. *Hylton vs United States*. *Reports of Cases Ruled and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, 1796. p. 171-183.