

# Jurisdição constitucional: O leading case *Marbury v. Madison*

**Roberto Bueno**

Minas Gerais, Brasil  
rbueno\_@hotmail.com

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (1992), Especialista em Ciência Política e Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Constitucionais de Madrid (1994). Mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2006). Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2011.

*Recebido em 30/10/2011  
Aprovado em 02/09/2011*

## **Resumo**

Neste artigo pretendemos abordar as raízes do constitucionalismo norte-americano, através de seu processo de desenvolvimento e argumentação filosófico-jurídica e política. Procuraremos focar algumas das principais referências bibliográficas de Jefferson e Madison, no sentido de retomar alguns dos conceitos fundamentais que inspiraram ambos *Founding Fathers*, no debate e criação da América pré-Constituição, e o período

mesmo de sua elaboração, e posta em vigor desta sua primeira Constituição. O artigo irá ocupar-se fundamentalmente da atenção ao caso *Marbury v. Madison*, a partir da ótica de seus argumentos de sustentação de ordem filosófico-jurídicos e políticos.

## **Palavras-chave**

Jurisdição constitucional. *Marbury v. Madison*. Jefferson. *Founding Fathers*. Direito. Política.

## Judicial Review: The leading case Marbury v. Madison

*Roberto Bueno*

### *Abstract*

*This article wishes to emphasize the rise of the North American constitutionalism through its process of development and reasoning in matter of law philosophy and political philosophy. We tried to focus on some of the main Jefferson's and Madison's bibliographical references in the way to retake some of the fundamental concepts which inspired both Founding Fathers in the debate and creation of preconstitutional America as well as the period*

*which the Constitution was enforced. This article will pay specially attention at the case Marbury v. Madison since the point of view of the reasoning and support offered by law philosophy and political philosophy.*

### *Key Words*

*Judicial Review. Marbury v. Madison. Jefferson. Founding Fathers. Law. Politics.*

## Sumário

- 1 Apontamentos sobre a filosofia jurídica, política e moral jeffersoniana.
- 2 A constituição e a longa espera pela (afirmação da) *bill of rights*.
- 3 O jurídico e o político na constituição da teoria legal norte-americana através de *marbury v. Madison*.
- 4 A visão jeffersoniana de *marbury v. Madison* através da ótica das *notes on the state of virginia*.  
Considerações finais.  
Referências bibliográficas.

## 1 Apontamentos sobre a filosofia jurídica, política e moral jeffersoniana

Thomas Jefferson<sup>1</sup> (1743-1826) emerge no debate com os demais *Founding Fathers*, opondo-se a algumas das visões e perspectivas de sociedade e de Estado que até então experimentaram fácil triunfo. Sua interferência neste sentido deu-se a ponto de que, não raro, alguns estudiosos lhe atribuem grau de originalidade à sua construção teórico-política<sup>2</sup>, muito embora esta seja uma posição contestada por não poucos que nele enxergam como maior virtude uma grande capacidade de diálogo com diversas fontes, áreas, e de sintetizá-las em um pensamento próprio.

No que concerne a esta suposta originalidade, o assunto deve merecer, ao menos, certa matização quanto às suas enormes dívidas com intelectuais de diversas origens.<sup>3</sup> Paralelamente, há quem afirme<sup>4</sup> que acaso não tenha ele sido a figura-chave para entender todo o processo revolucionário, seguramente foi um daqueles três ou quatro líderes intelectuais que determinou o início e desenvolvimento de todo o processo revolucionário, bem como do seu desfecho a uma situação de maior normalidade institucional.

Pareceu-me apropriado começar estas linhas por fazer referência a este tema que, em princípio, poderia parecer meramente secundário ou residual, devido ao fato de que, no que segue de trabalho, algumas ideias que emergirão parecerão bastante mezinhas e, em certa medida, comuns a outros tantos filósofos políticos tanto do período clássico como contemporâneos de Jefferson.

No que concerne a sua compreensão e, não raro, oposição à aristocracia (ainda quando fosse um membro proeminente dela), Jefferson nutre posição contradi-

<sup>1</sup> A leitura de Jefferson e a mais acurada interpretação de seus escritos, extensa e prolificamente apresentada sob a forma de correspondência, normalmente vêm acompanhada de uma paralela leitura crítica de sua biografia e, logo, de suas contradições, tal como ser um dos grandes proprietários à época e, ao mesmo tempo, teórico libertário. A propósito desta possível abordagem, obra composta de forma sucinta mas valiosa é a de APPLEBY, Joyce; SCHLESINGER, Arthur Meier. **Thomas Jefferson**. New York: Times Books, 2003. Com o mesmo escopo, ver a bem mais recente obra de ONUF, Peter. **Mind of Thomas Jefferson**. Virginia: Virginia University, 2007. Sobre Jefferson há, contudo, frondosa bibliografia, sobremaneira no que concerne à sua biografia.

<sup>2</sup> SHELDON, Garret Ward. **The Political Philosophy of Thomas Jefferson**. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press, 1993, p. 71.

<sup>3</sup> É fato que a formação e desenvolvimento do pensamento filosófico e teórico-político de Jefferson possui uma amplíssima gama de influências, não obstante a vasta bibliografia produzida ao seu redor. Não é razoável supor que encontre-se bem ponderado o assunto do peso de todas as suas fontes.

<sup>4</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 27.

tória. Por um lado, na qualidade de membro e escravocrata, por outro, defensor dos direitos humanos e muitas vezes denunciando para tanto a condição do negro como da mulher. Contraditória também sua posição no que concerne à busca pela difusão da educação e para que o Estado cumprisse seus fins e, ao mesmo tempo, se desocupasse de que esta era uma arma eficiente para atacar as instituições aristocráticas da sociedade norte-americana que, por sua vez, corroíam as possibilidades de desenvolvimento da nascente república.

Contudo, cumpre dizer que o processo constitucional na América não teve outra origem senão a afirmação de princípios de ordem filosófico-política em torno da liberdade, aspiração em parte originária da imigração britânica. Dentre eles sobressaiu um, notadamente de verniz religioso cujas origens remontavam à própria colonização da América. A liberdade religiosa viria a ocupar lugar privilegiado no conjunto das liberdades constitucionais em fase de positivação. Por este motivo acabou considerada por muitos, e não sem razão, como a mãe das liberdades constitucionais norte-americanas e de sua importante área de influência. Pode subsistir um equívoco em interpretar que Jefferson, e toda a posterior cultura jurídica norte-americana inclinou-se pela defesa da liberdade religiosa por apoiar uma especial vertente religiosa. Ao contrário, em Jefferson tal apoio se dá por sua crença no nuclear papel que a liberdade crença, de debate e de opiniões poderia exercer para a dinamização da vida republicana.

Em um contexto como este de debates em prol das liberdades por parte de indivíduos ciosos de que ela lhes fôra restringida, teve início o processo de desenvolvimento da América em assuntos constitucionais. Isto se deu em profundo diálogo com as circunstâncias de um tempo cujos atores, em maior ou menor medida, apreciavam a aristocracia a que pertenciam, não raro apoiando o vil instituto da escravidão.

Jefferson e Madison emergem neste contexto como filósofos e políticos, embora não necessariamente nesta ordem, cuja maior preocupação era de cunho humanista e, por conseguinte, com as liberdades e os direitos do homem. Esta preocupação em um período histórico tão conturbado, os tornava mais próximos, em que pese as divergências entre ambos. Contudo, os conceitos sobre a organização republicana do Estado que haviam herdado da Antiguidade bem como de seus estudos acerca do Renascimento italiano tornavam certos ideais que os habitavam categorias que lhes aproximava.

Neste sentido Koch acrescenta que “these two philosophical statesmen brought their generous and humanistic political theories to the test of action, and action,

as ever, necessitated compromise”<sup>5</sup>. No que tange à filosofia política de Jefferson e Madison esta citação da leitura feita por Koch poder ser sintetizada por outro de seus trechos da seguinte forma: “Jefferson and Madison were trying to safeguard the people’s liberty and expected the state help the rights of citizens”<sup>6</sup>. Ambos estiveram no mesmo lado quando o que temos em vista é a perspectiva conservadora do partido de Hamilton mas, entretanto, enquanto Jefferson poderia ser aproximado com maior facilidade dos radicais democratas do período, bem como de homens como Tom Paine, dificilmente algo similar poderia ser afirmado relativamente ao pensamento de Madison.

Em verdade, pode dizer-se que a Constituição norte-americana não alterou significativamente o panorama filosófico-político que lhe emprestou as condições de possibilidade para ser erigida. Antes, seu conteúdo veio reforçar as perspectivas libertárias dos colonizadores, congruentemente com algumas de suas práticas antagônicas, como foi o caso da escravidão, algo que apenas viria a ser resolvido muito tempo depois, com grande colaboração da interpretação judicial.<sup>7</sup> Não obstante, em seus primórdios, a Constituição veio, portanto, no sentido de aumentar a proteção daquelas liberdades que os levaram a imigrar da Inglaterra e, por fim, lutar pela independência até a afirmação de claros e fundacionais princípios postos na *Declaração da Independência*<sup>8</sup> por Thomas Jefferson. Tal empenho teórico teria seus desdobramentos mais profundos à raiz da publicação do *Federalista*, que começara em outubro de 1787 (portanto, logo após o término da Convenção Constitucional) veio a ser concluída em maio de 1788,<sup>9</sup> data que contextualiza a partir de quando

<sup>5</sup> KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison**. The Great Collaboration. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964, p. 1-5.

<sup>6</sup> KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison**. The Great Collaboration. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964, p.123.

<sup>7</sup> Este foi um processo tortuoso cujas idas e vindas não nos cabe, por restrição de espaço e foco do trabalho, abordar no momento. Isto sim, é interessante sublinhar que a própria Suprema Corte Norte-Americana não possuiu uma visão única sobre o assunto. A prova disto está na tristemente célebre decisão em *Dred Scott v. Sandford*, escrita pelo Chief Justice Roger B. Taney. Interessante referências bibliográfica é MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004. Com alguma riqueza de detalhamentos podem ser consultados na rede os seguintes sites: a) <http://library.wustl.edu/vlib/dredscott/index.html>; b) <http://www2.maxwell.syr.edu/plegal/scales/dred.html>.

<sup>8</sup> A quem queira introduzir-se sobre a Declaração da Independência é aconselhável a leitura da **Summary View of the Rights of British America**, datada do ano de 1774, na qual Jefferson adiantava a defesa do direito dos estados à independência quanto à elaboração de sua legislação. Interessa ponderar o papel deste documento, uma vez que apenas dois anos após observa-se a realização do Congresso Continental na Filadélfia que resulta na declaração de independência das então colônias norte-americanas relativamente à pátria-mãe.

<sup>9</sup> Coincidiu com este período preparatório da publicação conjunta do **Federalista** que Jefferson e Madison intensificaram a troca de cartas (cf. KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison. The Great Collaboration**. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964, p. 49).

o documento teria maior publicidade e permitiria uma leitura mais ampla de seu conjunto.

Estes são alguns dos tópicos que este artigo procurará trazer à tona sem, no entanto, vislumbrar projetar demasiadas luzes mas, antes, focar alguns aspectos que nos possam resultar estimulantes para suscitar novos debates e combater a anemia cívica que, em certos momentos, parecem fazer padecer o espírito político pátrio. Nestes termos o ideal de autogoverno, e liberdade, prezados e pregados por Jefferson e, de longe, ideais republicanos perenes, parecem dificilmente alcançáveis.

Por outro lado, é também digna de anotação a influência do radicalismo político na órbita do jurídico. Um exemplo desta situação foi o caso da Constituição da Pennsylvania. A primeira das fases do pensamento jeffersoniano, sugiro possa ser denominada de radical, enquanto que a segunda, proponho que a chamemos ponderada ou moderada. A primeira delas caracteriza-se pela preponderância dos valores triunfantes na Constituição da Pennsylvania (1776), precisamente no momento histórico e político de maior inflexão do pensamento de Jefferson: basta observar que deste ano data o seu primeiro rascunho daquilo que viria a ser a Declaração da Independência. Neste período tornaram-se vigorosos os ideais de homens como Jefferson e Paine, expressos pela defesa de ideais como a massiva participação política nas *wards*, bem como uma forte concepção da aplicação do princípio da maioria.

Nesta Constituição estadual havia verdadeira ode à vitalização dos encontros públicos (assembléias), fortalecimento do princípio majoritário e a rejeição da teoria dos freios e contrapesos<sup>10</sup>. As matizações destes conceitos tidos como radicais dos quais, por certo, Jefferson não se encontrava distante, viria em uma segunda fase. Nesta pontuavam certas exigências políticas advindas da estruturação de um Estado Federal, em que os princípios e conceitos triunfantes na Constituição da Pennsylvania iriam se mostrar não apenas inoperantes como, em si, verdadeiros empecilhos para a tomada e implementação de decisões na órbita federal, por mais restritos que fossem os poderes a esta outorgados.

## 2 A constituição e a longa espera pela (afirmação da) *bill of rights*

Jefferson parece ter sido um filósofo no qual poderíamos encontrar ao menos duas fases. Uma delas revolucionária e a outra, institucional. A primeira delas coincide com momento de efervescência na todavia colônia britânica, em torno da dé-

<sup>10</sup> GARGARELLA, Roberto. **The Scepter of Reason**. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 2000, p. xix.

cada de 1770. Era aquele o momento em que recorrer à fonte lockiana era mais do que necessário, era promissor. Contudo, Jefferson soube intelectualmente transitar deste momento para um outro pós-independentista, em que as responsabilidades seriam já de outra ordem. Contudo, tal ideia de trânsito não deve ser entendida como uma completa ruptura com alguns dos valores caros ao pensamento jeffersoniano, feitos derivar de Locke.

Ao contrário desta ideia, como sugere Koch, o espírito primordial presente na *Declaração da Independência* ressurge e frutifica na *Bill of Rights*<sup>11</sup> e, pode ser dito, repercute e reforça a tradução filosofia do Iluminismo francês (principalmente de Montesquieu) a ponto de na Constituição francesa de 1791, em seu artigo 16, encontrar-se previsto que “toda sociedade em que não é assegurada a garantia dos direitos [...] é desprovida de uma Constituição”. Jefferson em seu momento lutara e se empenhara pelo acréscimo de uma *Bill of Rights* à Constituição norte-americana, mas nem sequer em sua primeira e carbonária fase defendera o princípio constitucionalizado na França, de que a não previsão e garantia de direitos desqualificaria a Constituição enquanto tal.

Neste momento institucionalizador do Estado havia de afirmar-se algo que havia de realizar-se através de um momento positivador de uma Constituição.<sup>12</sup> Nela se transformou aquilo que em Locke se apresentava como um direito natural opo-nível ao governo opressor, em um direito do indivíduo baseado no senso comum e, como diz Patterson, uma expressão que viria encontrar-se desenhada no espírito americano<sup>13</sup>. É também nesta fase que sua correspondência com Madison ganha maior vigor, bem como vieram se traduz com maior nitidez, a teoria política de cada um deles aplicável à nascente experiência constitucional norte-americana.

Embora presentes as referências aos direitos, uma das referências históricas básicas da emergente Carta de Direitos (*Bill of Rights*) norte-americana, é de que ela não nasceu no momento da carta constitucional. Mostravam-se já aí as resistências, e seria necessário esperar alguns anos por ela, uma vez que inicialmente triunfara posição de Hamilton que sustentava não ser necessária uma carta de direitos, uma

<sup>11</sup> KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison**. The Great Collaboration. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964, p. 41.

<sup>12</sup> Não obstante esta perspectiva, bem recorda Patterson que houve quem vira em Jefferson e, principalmente em sua teoria do direito natural, um elemento reacionário. Ao contrário é o que parece a Patterson e, sobremaneira, ao que defendemos nestas linhas, uma vez que o direito natural é utilizado não apenas por Jefferson como forma de antepor-se à legislação do Império britânico.

<sup>13</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 30.

vez que a própria Constituição já representava tal proteção<sup>14,15</sup>

A crença fundamental no valor da *Bill of Rights* se enlaçam com o princípio político republicano de que, como diz Koch, os homens podem ser governados pela razão<sup>16</sup>. Em suma, os republicanos apresentavam-se como amigos dos direitos e, como tais, era imperiosa a defesa com a garantia de documentos jurídicos. Contudo, a experiência revolucionária francesa, no que tange ao seu sanguinário desdobramento, haveria de inspirar certo abrandamento da teoria republicana dos primeiros tempos. Não faltou iniciativa a Jefferson para que no início de 1793 viesse recriminar a violência e o radicalismo dos rumos que a revolução tomava no outro lado do Atlântico. Neste momento não recorda o filósofo que a defesa da árvore que simboliza a liberdade, eventualmente requer ser regada com sangue. Esta já é uma década em que a paixão do revolucionário Jefferson da primeira fase parece ter sido posta em segundo plano. Mas ainda no ano seguinte, em 1794, quando da *Whiskey Rebellion*, na Pensilvânia, Jefferson demonstrou que seu pensamento da segunda fase não sofrera uma ruptura com o da primeira, como acertadamente sugeriu Koch. Isto fica evidente porque Jefferson não procede a condenação da rebelião. Suas palavras contemporizam, no que acompanhava Madison<sup>17</sup>.

Ela tem em sua origem toda uma tríade de direitos que fora, em seu momento, enunciada por John Locke. Desta clássica tríade constavam o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Jefferson encontra em sua *Declaração da Independência*<sup>18</sup> o momento inicial de maior amplitude de sua defesa de valores liberais e revolucionários que lhe consagrariam. Neste documento repercutia a valiosa tríade de direito, elaborada por Locke, mas com uma substancial alteração, a saber, substituiu o direito de propriedade pelo de busca à felicidade. Isto, ao nosso ver, amplia horizontes.

<sup>14</sup> Cf. HAMILTON, A.; JAY, J. e MADISON, J. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, LXXXIV, p. 366. Fica claro no decorrer da história quão amplos (e fortes em suas ações) eram os setores que se opuseram à prática da *Bill of Rights*. Mesmo após sua validação, correntes hermenêuticas como a originalista (ver ao final deste texto na seção 7) defenderam (ao menos entre alguns de seus mais radicais propositores) que ela não seria constitucional (ver SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 122).

<sup>15</sup> Hamilton, já nas primeiras linhas do artigo LXXXIV do *Federalista*, expressa que se dedicará a responder à questão de que o plano da Convenção não continha o de realizar uma Declaração de Direitos. Em sua argumentação realiza levantamento histórico de outras constituições e exemplifica como a Constituição proposta pela Convenção continha os direitos reclamados, que deveriam aparecer em Carta de Direitos.

<sup>16</sup> KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison**. The Great Collaboration. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964, p. 140.

<sup>17</sup> MADISON, James. **Carta para Monroe**. Philadelphia, December 4, 1794, VI, p. 220-221.

<sup>18</sup> É interessante recordar que a Declaração da Independência tem, ao menos, dois antecedentes quando consideradas do ponto de vista teórico. O primeiro é a *English Bill of Rights* de 1689. O segundo é a *Bill of Rights of Virginia and Pennsylvania*, de 1776.

Emerge ali o conceito de direito à felicidade. Sua maior amplitude, parece evidente se ponderarmos, que o conceito de propriedade presente em Locke parece necessário em certa medida aprioristicamente não mensurável para a felicidade, não sendo possível, entretanto, inverter a equação.

A luta pelos direitos na América veio apoiada pelo direito natural de origem, próxima na filosofia política de John Locke, muito embora não fossem desconsideradas pelos *Founding Fathers*, as suas origens mais remotas na Grécia clássica como mencionado. Retomado de Locke, contudo, ganhou um verniz revolucionário na medida em que suas demandas eram por liberdades até então negadas pelo Império Britânico. A fusão da teoria lockiana com os princípios republicanos alcançaram em Jefferson a defesa simultânea da liberdade perante a opressão do Estado, a participação política como forma de evitá-la, bem como a intervenção cidadã como necessária.

De qualquer sorte, naquele contexto de afirmação de suas ideias, era necessário argumentar contra o direito britânico, o qual era posto com recursos retóricos, em cuja base, como se sabe, como propunha Locke, a existência de direitos (naturais) que não cabiam a qualquer homem, ou governante, restringir ou, ainda, eliminar.

Se Locke exercia importante influência na teoria jeffersoniana, quando este apontava, juntamente com Madison, para a necessidade de que o povo permanecesse soberano politicamente, ainda quando outorgasse poderes políticos, por outro lado, Hamilton se oporia a tal ideia. A partir de um estratagema retórico, Hamilton consente que o povo é o soberano político, e que, por isto, não chega a abrir mão de nada, mas que, por outro lado (e isto é o que realmente importa), ele não necessitaria lançar mão da faculdade (soberano que é) de reservar-se quaisquer direitos em particular perante os representantes e governantes<sup>19</sup>.

Um dos direitos reclamados pelos colonos e que logo viria a ganhar destaque em toda a sustentação teórica do novo Estado era o de auto-regulamentar as vidas de novas sociedades, como as nascentes colônias na América. Ao que se somava o clamor de que fossem eliminados do direito, as previsões de aumentos de impostos sem que tal apoio fosse dado diretamente ou através de representantes eleitos presentes no Parlamento. Assim, era mister que houvesse representantes daqueles sobre quem recaíssem tais ônus, algo ao que Jefferson fez menção expressa e que encontra nas raízes do processo revolucionário norte-americano todo um apoio histórico.

<sup>19</sup> HAMILTON, A.; JAY, J. e MADISON, J. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, LXXXIV, p. 368.

A *Bill of Rights* vem no sentido de outorgar maior proteção contra o exercício abusivo do poder pelo Legislativo assim como do Executivo e não menos intencionalmente, como nos diz Patterson, para assegurar as liberdades, desde sua órbita religiosa à de imprensa<sup>20</sup>. Em missiva a Madison, Jefferson expressava que a legitimidade, não apenas do governo dos EUA como de qualquer outro, estaria dada pela aceitação de uma *Carta de Direitos*, em suma, que ela é “what the people are entitled to against every government should refuse [...]”<sup>21</sup>.

Neste sentido, uma das ideias presentes em Jefferson sobre os direitos do homem em buscar a satisfação de seus desejos (membro componente da felicidade), que podemos fazê-lo

[...] by those means without violating the similar rights of other sensible beings;<sup>22</sup> that no one has a right to obstruct another, exercising his faculties innocently for the relief of sensibilities made a part of his nature; that justice is the fundamental law of society; [...].<sup>23</sup>

Mas se há necessidades a serem satisfeitas, se lhes era dado buscar a felicidade, haveríamos de compreender que, como dizia Jefferson, também deveriam os homens poder, a cada geração, recriar suas instituições. Tal direito implicaria a possibilidade de profundos processos de revisão mesmo na esfera constitucional. Este foi também um legado de Jefferson que poderíamos supor encontra ressonância todavia nos dias de hoje, quando percebemos a atuação do poder constituinte derivado, competente para reformar a Constituição perante a formação de consensos políticos aptos e capazes de dar suporte para tanto.

Sem embargo, mesmo para tais procedimentos revisórios, Jefferson encontraria alguns limites, e estes, em síntese, estariam dados por aqueles direitos naturais (e aqui a recordação de Locke é direta) que não poderiam ser restringidos. A rigor, o direito constitucional norte-americano estruturou-se em boa parte em torno dos argumentos de direito natural que formaram o caldo cultural da filosofia política anglo-saxônica. Isto ocorre muito especialmente em Locke e, no que concerne ao seu aspecto jurídico, aos *Commentaries* de William Blackstone (cuja obra faz sentir impacto no *leading case Marbury v. Madison*), paradigmática obra jurídica do mundo

<sup>20</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967,

<sup>21</sup> JEFFERSON, Thomas. Letter to Madison. Paris, December 20, 1787. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984

<sup>22</sup> Uma derivação não explorada deste trecho, ao menos não que o saiba, é a possibilidade de interpretá-lo (e embora possamos estar cientes de que, naquele contexto, Jefferson não houvera sequer pensado nisto) como sendo uma expressa vedação a que ofendamos seres sensíveis em sentido amplo, a saber, mesmo animais e aquilo ao que possamos dimensionar sentir alguma dor.

<sup>23</sup> JEFFERSON, Thomas. . Letter to Isaac Tiffany. August 26, 1816f. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 1387.

britânico e de grande influência na formação do pensamento jurídico norte-americano.

Retomando o argumento, bastante concreto exemplo acerca da posta em prática de limites ao Poder Legislativo, ainda que de forma indireta, em carta a MacPherson. Nela escrevia o virginiano que “every man should be protected in his lawful acts, and be certain that no *ex post facto* law shall punish endamage him for them”<sup>24,25</sup>. Temos aqui um dos limites apontados por Jefferson ao abuso do poder. Neste sentido, em certo trecho de *Schenck v. United States*, fica exposto que o direito não deve ser estático mas, por outro lado, não pode entregar-se à instabilidade de sucessivas alterações. O que nos diz a Suprema Corte neste caso é que “[...] the character of every acts depends upon the circumstances in which it is done”<sup>26</sup>. Enfim, se temos em vista normas jurídicas cujo escopo reside na proteção dos direitos naturais dos indivíduos, é aqui que eles ressurgem, mas sob o signo de (e foi mencionado acima estarem presentes na órbita da elaboração da Constituição) que estas normas jurídicas também devem encontrar-se com limitações no que concerne ao seu processo de elaboração<sup>27</sup>.

Acaso na órbita do Poder Judiciário, esta resposta possa ter surtido um mínimo de eficácia há ainda uma questão que ficou em aberto desde aqueles dias. Trata-se das limitações e da melhor forma de adequar os interesses daqueles que, por ofício, tratam na órbita do Poder Legislativo acerca dos interesses públicos. Em suma, a questão que não cala desde então é sobre como impedir que os legisladores atuem em nome próprio e não conforme os interesses que lhe foram delegados para que legislem no sentido de proteger.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> JEFFERSON, Thomas. Letter to Isaac MacPherson. Monticello, August 13, 1813b. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 1287.

<sup>25</sup> Entre nós trata-se do princípio do *nullum crimen sine praevia legem*, preceito erigido ao patamar de proteção constitucional.

<sup>26</sup> US Supreme Court. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U.S., 194, 205, 206.

<sup>27</sup> JEFFERSON, Thomas. Letter to Isaac MacPherson. Monticello, August 13, 1813b. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 1287.

<sup>28</sup> Um dos aspectos que historicamente sobressai nesta discussão é mencionado desde as hostes conservadoras por Burke, que nos recoloca a questão da titularidade do mandato, se do outorgante (povo) ou do outorgado (representante) que dele poderia dispor livremente. Para uma sumária revisão de seu pensamento ver KRAMNICK, Isaac. (Org.). **Edmund Burke**. New York: Penguin Books, 1999. Para uma mais atenta leitura de sua filosofia em língua espanhola ver ALFIN, Demetrio Castro. **Burke: circunstancia política y pensamiento**. Madrid: Tecnos, 2006. Para um estudo comparado do pensamento burkeano ver BUTLER, Marilyn. **Burke, Paine, Godwin and the Revolution Controversy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

A síntese jeffersoniana que não apenas marcaria época, como condicionaria todo o desenvolvimento dos direitos humanos ganhou a posteridade nos seguintes termos: Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Como é possível observar, encontram-se latentes nestas poucas linhas uma série de ideias poderosas (quando não ideais), enquanto princípios reitores do estabelecimento de uma nova organização social. Esta proposição de princípios, embora dialogue claramente com alguns de seus antecessores teóricos – e até aqui, genericamente, incluíamos o Iluminismo francês tanto quanto suas versões britânica e escocesa – projetaram valores que logo se expandiram e não menos intensa e influentemente a outras formulações legais, especificamente a constituições democráticas mundo afora, e também organizações internacionais, procurariam dar guarida.

### 3 O jurídico e o político na constituição da teoria legal norte-americana através de *marbury v. Madison*

São dois os principais debates constitucionais que foram travados nas origens do federalismo norte-americano e, em ambos, Jefferson esteve presente. Um deles é o caso *Marbury x Madison*, que veremos a seguir. O outro debate diz respeito à amplitude das competências dos poderes na estrutura federativa norte-americana.

Sobre este debate acerca das competências, nos deparamos com a teoria dos poderes implícitos<sup>29</sup> que encontra boa performance retórica e teórica em manifestação expressiva de Jefferson na Resolução de Kentucky:

[...] Que os diversos Estados que compõem os Estados Unidos da América não estão unidos pelo princípio da submissão limitado ao seu governo geral. Apenas por convenção, debaixo do estilo e título de uma Constituição para os Estados Unidos e as suas Emendas à mesma, fixou-se um governo geral com propósitos especiais, delegando a esse governo certos poderes determinados, reservando a cada Estado para si mesmo o resíduo dos direitos para seu próprio governo. Quando o governo central assume poderes não delegados, suas leis carecem de autoridade, são nulas e sem força legal. Cada Estado surge como Estado e como parte integrante.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> A teoria ou doutrina dos poderes implícitos encontra-se fixada na Constituição norte-americana, precisamente em seu artigo 1º, seção VIII.

<sup>30</sup> JEFFERSON, Thomas. Kentucky Resolutions. In: PETERSON, Merrill D. (Org). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 128.

O segundo dos grandes debates travados naquela quadra histórica diz respeito à oposição entre o fruto do trabalho do Poder Legislativo e a competência do Poder Judiciário encontrou seu termo final, e projeção para séculos na cultura jurídica ocidental, através de decisão de 1803 do Chief Justice Marshall em *Madison x Marbury*. Naquele momento Madison era Secretário de Estado dos EUA. Esta é uma situação cujo dilema apresentado guarda similar com um dos problemas centrais do momento de elaboração da Constituição pelos *Framers*. Naquele momento, a questão que se punha era sobre como estruturar uma Constituição sobre toda uma estrutura anterior pensada para o funcionamento de Estados soberanos. A similaridade desta situação com a questão central enfrentada em *Marbury v. Madison* é que neste *leading case* igualmente residia a pergunta sobre como proteger o caráter democrático das normas, quando o Poder Legislativo as infringisse. Ou ainda mais, como conectar adequadamente um sistema em que o poder se baseava no povo, com um sistema judicial de proteção contra os abusos legislativos cometidos em nome do poder popular mas, em síntese, a ele atentatório.

No caso, a questão se centrava na decisão de se os tribunais teriam ou não competência para declarar inconstitucional uma lei ordinária votada pelo Poder Legislativo.<sup>31</sup> Neste caso, para Jefferson, se tratava da oposição entre a decisão entre um poder legitimado para criar normas jurídicas e um corpo de cidadãos, os juízes, constituintes de genuína aristocracia que não tinham o suporte político do voto

<sup>31</sup> O caso em questão foi o seguinte. William Marbury foi indicado pelo presidente, que já se encontrava no final de seu mandato (1801) como juiz de paz para um condado do Distrito de Columbia, segundo os termos previstos em lei. A estes juízes era assegurado mandato de 5 anos. Contudo, Adams fora derrotado nas eleições presidenciais de 1800 e James Madison, Secretário de Estado do novo governo, não cumpriu os atos finais do processo de indicação, cuja natureza era estritamente formal. Daí a origem da demanda judicial. A Suprema Corte viria a firmar entendimento que Marbury tinha direito ao cargo para o qual fôra nomeado e, portanto, ilegal a retenção de sua nomeação pelo novo Secretário de Estado que desconhecía a decisão presidencial de Adams. Não obstante tal posição, a Suprema Corte negou-se à emissão de mandato em favor de Marbury sob o argumento de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de 1789 que baseava a solicitação de Marbury. Eis aqui o aspecto central da questão que influenciaria todo o desenvolvimento ulterior do constitucionalismo norte-americano. Trata-se de que este seria o primeiro dispositivo legal declarado nulo pela Suprema Corte norte-americana. Por outro lado, deve igualmente ficar claro que, se este foi o *leading case* da jurisprudência norte-americana em matéria de direito político, em outros países como a França, experiências já eram conhecidas quanto ao objeto em questão. Neste sentido, por exemplo, Cappelletti informa sobre as Cortes de Cassação em 1790. Tratava-se de órgão vinculado ao Poder Legislativo e que tinha por função “garantir que a interpretação das leis não fugisse à alçada do Parlamento, mantendo o juiz na função de passiva e inanimada *bouche de la loi*. Apenas o Código Napoleônico viria a suprimir a proibição de interpretação judicial da lei, atribuindo-se a esta Corte, em 1837, o controle de legalidade, como órgão judiciário supremo”. (MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte / Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ / FAPERJ, 2002, p. 68).

para decidir a este respeito.

Ao analisar a crítica e a posição de Jefferson a respeito de *Marbury v. Madison*, devemos colocar em perspectiva seu ceticismo a respeito do poder estabelecido. Homem de seu tempo, francófilo, Jefferson acusou influência de Montesquieu e neste particular tema não menos. A este respeito, a doutrina precedente de Montesquieu põe as bases reflexivas para a cultura política norte-americana tanto quanto para o constitucionalismo, ao sustentar que

[...] é uma experiência eterna que cada homem dotado de poder tende a abusar dele; com efeito, ele se lança até onde não encontra limites [...]. Para que não se possa abusar do poder é preciso, pois, que devido à própria disposição das coisas, o poder reprima o poder.<sup>32</sup>

No contexto deste debate, o virginiano se apresentava como francamente contrário à tese de que o Poder Judiciário pudesse afirmar sua interpretação contra as opções políticas tomadas e positivadas em lei pelo Poder Legislativo. Sua ideia sobre a primazia do Legislativo era orientada por uma concepção de democracia que parecia querer firmar na vontade popular o seu núcleo duro. Por outro lado, igualmente deitava raízes na experiência inglesa, onde o sistema jurídico não previa uma Constituição escrita que pudesse ser imposta sobre todo um sistema legal.

Neste contexto é que o autor ressaltava a “onipotência do Parlamento”, entendido tal conceito como um princípio dentre eles<sup>33</sup> mas mesmo com esta característica, em carta de 1813 a MacPherson, Jefferson reconhecia a importância da intervenção da Constituição Federal na qualidade de garante de direitos dos indivíduos. Jefferson fez referência expressa às leis *ex post facto* como contrárias ao direito natural. Esta era convicção arraigada nos EUA que alguma ação ou omissão legislativa do(s) Estado(s) neste sentido poderia, e deveria, ser atacada através da Constituição, entendida como garante dos direitos dos indivíduos. Assim, “laws, moreover, abridging the natural rights of the citizen, should be restrained by rigorous constructions within their narrowest limits”.<sup>34</sup>

A tese de Jefferson, portanto, não pode ser bem compreendida senão quando tomada em franca oposição a de John Marshall. Sua desconfiança tinha início no próprio espírito de corpo de magistrados não eleitos pelo povo. Não obstante sua desconfiança com o espírito de corpo detectado no Poder Judiciário, mas se Jefferson era ainda mais cético, e temeroso, quanto à concentração de poderes no

<sup>32</sup> MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. Madrid: Tecnos, 2007, livro I, p. 293.

<sup>33</sup> JEFFERSON, Thomas, In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 958.

<sup>34</sup> JEFFERSON, Thomas. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 1287.

Poder Executivo<sup>35</sup>. Por outro lado, diria o virginiano acerca da Constituição, que

[...] that it shall be unalterable by other legislatures; that it shall be transcendant above the powers of those, who they knew would have equal power with themselves. Not only the silence of the instrument is a proof they thought it would be alterable, but their own practice also [...] I am safe therefore in the position, that the constitution itself is alterable by the ordinary legislature. [...] this opinion is founded on the first element of common sense [...].<sup>36</sup>

Em suma, do que se tratava, era de uma concepção que triunfaria posteriormente, alcançando o sistema nervoso do positivismo através de Adolf Merkl,<sup>37</sup> que compôs a ideia, e que alcançou Kelsen, da estrutura piramidal do ordenamento jurídico que tem na norma constitucional o seu ápice. No caso que aqui examinamos, atribui a uma corte constitucional prevista na Constituição austríaca de 1920 originalmente, a competência para exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis ordinárias. Assim, a Constituição passava a ser entendida como um ato legislativo que deveria imperar sobre todas as demais normas de um dado ordenamento jurídico<sup>38</sup>. Enfim, isto reforçaria, embora em versão extremada, o princípio fixado em *Marbury v. Madison* de que “the government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men [...]”.

Para Jefferson o tema não era encaminhado de forma muito distinta mas, isto sim, com uma diferença fundamental: quem diria aquilo que era ou não contrário à Constituição? Este era o ponto nevrálgico que o afastaria da decisão do Chief Justice John Marshall, bem como de toda a evolução do constitucionalismo posterior.<sup>39</sup> A decisão deveria ficar com o Poder Judiciário, muito embora, até o mo-

<sup>35</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 35.

<sup>36</sup> JEFFERSON, Thomas. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 248.

<sup>37</sup> Esta é uma informação que não transita comumente. Chiappini destaca que a ideia de estrutura piramidal do ordenamento jurídico, que tem na Constituição o seu ápice, foi uma contribuição de Adolf Merkl ao seu mestre Kelsen, que a tornou pública e influente, (CHIAPPINI, Julio. Jefferson que refuta Marshall. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 34, 2006, p. 75).

<sup>38</sup> JEFFERSON, Thomas. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 248.

<sup>39</sup> Após *Marbury v. Madison* em 1803, a Suprema Corte apenas voltaria a declarar a inconstitucionalidade de uma Lei Federal em 1857, em *Dred Scott v. Sandford*. Neste caso, de péssima recordação para o mundo jurídico norte-americano, a Suprema Corte negou a cidadania norte-americana aos descendentes de escravos. O caso encontra-se bem resumido por Melo (2002, p. 71), e permito-me transcrever o seu trabalho: “Dred Scott era um escravo que residiu junto com seu proprietário em Estados não escravistas. Advogados associados aos movimento antiescravista implementavam ações judiciais com o objetivo de libertar escravos pertencentes a proprietários residentes nestes Estados. Na ação, a Suprema Corte nega a condição de cidadão

mento, não ficasse claro se haveria, ou não, um tribunal específico para tratar do assunto<sup>40</sup>. O que decidira o caso *Marbury v. Madison* seria, em parte, o seguinte argumento. Nos termos de Marshall

[...] the powers of the legislature are defined and limited, and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing; if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? [...] It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, than, the legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is a law on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it<sup>41</sup>.

A leitura do caso *Marbury* à luz da interpretação de Chiappini encontra apoio em Patterson. Segundo o norte-americano, Jefferson apoiava a possibilidade de câmbio na ordem constitucional, sempre e quando apoiado na manifestação de apoio popular. De outra forma, portanto, restava tão óbvia como congruente sua intervenção judicial ou, em outras palavras, aquilo que contemporaneamente, e com certas diferenças, denominamos de ativismo judicial<sup>42</sup>. Esta era posição que o distanciava substancialmente da posição de Marshall.

a *Dred Scott* e, portanto, o direito de se fazer representar perante os tribunais federais. Diz o parecer da Corte: A questão é simplesmente essa: pode um negro, cujos ancestrais foram importados para este país e vendidos como escravos, tornar-se um membro da comunidade política criada pela Constituição dos Estados Unidos e, como tal, tornar-se habilitado aos direitos, privilégios e imunidades garantidos ao cidadão por esse instrumento? Um desses direitos é o privilégio de acionar um tribunal dos Estados Unidos nos casos especificados na Constituição. [...] A Constituição dos Estados Unidos age sobre ele assim que seja declarado livre sob as leis de um Estado e, elevado à categoria de cidadão, imediatamente o protege com todos os privilégios de um cidadão nos outros Estados e seus tribunais? A Corte entende que a afirmativa dessas proposições não se mantém. E se assim é, o queixoso não poderia ser um cidadão do Estado do Missouri, no sentido da Constituição dos Estados Unidos, e, conseqüentemente, não estava habilitado a acionar um de seus tribunais”. (cf. MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte / Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ / FAPERJ, 2002, p. 70).

<sup>40</sup> CHIAPPINI, Julio. Jefferson que refuta Marshall. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 34, 2006, p. 77.

<sup>41</sup> U.S. Supreme Court, **Marbury v. Madison**, 5 U.S., 137, 1803.

<sup>42</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 61-62.

#### 4 A visão jeffersoniana de *marbury v. Madison* através da ótica das *notes on the state of virginia*

Por outro lado, em suas bastante conhecidas *Notes on the State of Virginia*, ao analisar trecho do jurista Coke, Jefferson propõe que reflitamos sobre a possibilidade de que o Poder Legislativo, no exercício de suas funções ordinárias, estabeleça a Constituição mas que, também, tal poder inequivocamente fixe leis acima do poder desta legislatura. Esta ideia encontra ressonância do próprio texto constitucional dos EUA, precisamente quando em seu artigo VI, 2º, afirma o caráter supremo da Constituição nos seguintes termos: “[...] essa Constituição será [...] a Lei suprema do país e os juízes em todos os Estados a ela estarão subordinados”.<sup>43</sup>

A conclusão de Jefferson era de que tínhamos alcançado um absurdo<sup>44</sup>, qual seja, a conclusão absurda seria a de que um Poder, como o Legislativo, pudesse, ele mesmo, encontrar-se autorizado para elaborar normas jurídicas. E também para fixar uma que lhe criasse uma autoridade superior (a Constituição) contra a qual ele próprio, autoridade originária, já nada mais poderia fazer. Questionava Jefferson que a Constituição era “ex vi termini means ‘an act above the power of the ordinary legislature’<sup>45</sup>. E daí, portanto, um dos eixos de sua oposição à tese que finalmente triunfou em *Marbury v. Madison*. Esta era a abordagem segundo a qual entendia razoável propor o problema.

Neste momento Jefferson invoca a autoridade de Lord Coke que, recuperando a origem etimológica do termo, desdobra o argumento até concluir que o ato posto pelo Parlamento também poderia ser por ele revogado, no todo ou em parte<sup>46</sup>. Lord Coke também é citado naquilo que Melo qualifica como “paradoxal” herança da experiência inglesa. Diz ele que

[...] por um lado, havia a doutrina de Lord Coke, para quem a *Common Law* impunha limites à autoridade quer do Parlamento quer do Rei, podendo o juiz declarar nula norma a ela contraposta; de outro, a Revolução Gloriosa e a afirmação de doutrina oposta – “the Power of Parliament is absolute and without control”. Contudo, a supremacia do Parlamento inglês se traduziria nas colônias em uma experiência de controle judicial da lei local, a qual deveria estar em conformidade

<sup>43</sup> No texto original: “This Constitution [...] shall be the Supreme Law of the land; and the judges in every States shall be bound thereby [...]”. (Art. VI, 2o).

<sup>44</sup> JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 249-250.

<sup>45</sup> JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 248.

<sup>46</sup> JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 249.

com as leis do Reino”.<sup>47</sup>

A regra para tanto, em Jefferson, não seria outra senão a da maioria, regra e instrumento de ouro em sua teoria da política, está em clara dissonância com a perspectiva hamiltoniana, cuja preocupação com os direitos das minorias, como se sabe, era manifesto.

Ainda como repercussão do central embate em *Marbury v. Madison*, Patterson recorda que, para Jefferson, fora necessária a intervenção de uma Assembleia para proceder às alterações constitucionais<sup>48</sup>. Em outros termos, tratava-se de estabelecer que o mesmo Poder, Legislativo, no caso, competente para estabelecer a norma (constitucional) deve também ser o único competente para alterá-la ou de alguma forma reformá-la. Em bem focada síntese diz Patterson que “these statements of Jefferson are the foundation of American constitutional law”<sup>49</sup>, o que, desde logo, evidencia a dimensão do papel desempenhado pelo virginiano.

O fato, contudo, é que tal norma criada pelo Legislativo teve seu destino outorgado a outro Poder do Estado, a saber, o Judiciário. Este foi o Poder chamado a dirimir a dúvida sobre os limites da competência do Poder Legislativo e, mais precisamente, da validade de seus atos no que concerne à sua tarefa criadora de normas jurídicas. Este problema foi igualmente levantado por Madison. Segundo ele, há mesmo limitações materiais ao Poder Legislativo no sentido de criar normas que restrinjam direitos dos indivíduos<sup>50</sup>.

Este problema passou, então, à competência do Poder Judiciário como instância para proceder ao exame e revisão da constitucionalidade das normas jurídicas criadas pelo Legislativo. E se Jefferson se opôs a isto, não o fez sem que houvesse deixado claro, reconhecer (e o fez em 1810) que havia uma hierarquia entre os entes federativos<sup>51</sup>, passo necessário, mas não suficiente, para aderir à tese de Marshall em *Marbury v. Madison*.

Mas bem, retomando o argumento, se a Constituição é, de fato, uma norma jurídica acima do Poder Legislativo, no que tange à competência para modificações,

<sup>47</sup> MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte / Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ / FAPERJ, 2002, p.66.

<sup>48</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 43.

<sup>49</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 43.

<sup>50</sup> KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison**. The Great Collaboration. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964, p. 153.

<sup>51</sup> JEFFERSON, Thomas. Notes on the State of Virginia. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984., p. 1380.

*contrarii sensu*, haveria segurança quanto à sua não alterabilidade leviana mas, por conseguinte, certa da concentração de poderes em algum dos três poderes<sup>52</sup> que, por outro lado, potencialmente poderia gerar instabilidades sistêmicas. Mas embora Jefferson se opusesse ao que acreditava ser concentração de poderes no Judiciário, resta ainda também bastante claro, em trecho da mesma *Notes on the State of Virginia*, a sua posição de que a Constituição deve ser exposta à alterabilidade por parte do Legislativo ordinário<sup>53</sup>. Em suma, em tempos difíceis e de alta contestação do regime, quando talvez pudesse ser alcançada a fronteira do revolucionário, Jefferson entende que não será possível presumir (e esta é uma presunção jurídica que permeia nossos sistemas jurídicos ocidentais) que as normas jurídicas e os ordenamentos em que estão inseridas são perpétuos e inalteráveis<sup>54</sup>.

## Considerações Finais

Em suma, é clara a dimensão da contribuição de Jefferson às liberdades, muito embora possam existir boas razões para, pelos mesmos motivos libertários que o movem, opor-nos às suas conclusões sobre o tema central de *Marbury v. Madison*. Revela-se expressiva enquanto manifestação de sua intervenção como intelectual e político, mas com toda uma dimensão prática, desde a qual se ocupa da busca de leitura política que disponha mecanismos para manter e aperfeiçoar as liberdades. Neste sentido, como bem aponta Patterson, a relevância da contribuição de Jefferson bem pode ser avaliada pela contínua demanda por liberdade<sup>55</sup>, ali e onde esteja o homem e, por conseguinte, pelas respostas a tais demandas que os sistemas constitucionais haverão de dar.

<sup>52</sup> Curiosamente, Jefferson enfrentou este problema dos dois lados. Em um primeiro momento, foi um teórico e político na defesa do ideal do autogoverno e, portanto, da maior liberdade possível aos governos locais. Eleito presidente, conheceu as dificuldades de levar à prática muito de sua teoria política, e em especial de seu princípio de fazer primar o governo local sobre as esferas superiores de poder. Houve um primeiro momento, em que antípoda seu era o poder centralizado em Londres para, no segundo momento, ter ele próprio de dar conta da oposição dos estados e municípios acerca da concentração de poderes em Washington.

<sup>53</sup> JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984. p. 248.

<sup>54</sup> JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 250.

<sup>55</sup> PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967, p. 62.

## Referências bibliográficas

- ALFIN, Demetrio Castro. **Burke**: circunstancia política y pensamiento. Madrid: Tecnos, 2006.
- APPLEBY, Joyce; SCHLESINGER, Arthur Meier. **Thomas Jefferson**. New York: Times Books, 2003.
- BUTLER, Marilyn. **Burke, Paine, Godwin and the Revolution Controversy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
- CHIAPPINI, Julio. Jefferson que refuta Marshall. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 34, 2006, p. 75-83.
- GARGARELLA, Roberto. **The Scepter of Reason**. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 2000.
- HAMILTON, A.; JAY, J. e MADISON, J. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- JEFFERSON, Thomas. Declaration of Independence. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984.
- \_\_\_\_\_. Letter to Isaac Tiffany. August 26, 1816f. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984.
- \_\_\_\_\_. Letter to Isaac MacPherson. Monticello, August 13, 1813b. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 1286-1294.
- \_\_\_\_\_. Letter to Madison. Paris, December 20, 1787. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 914-918.
- \_\_\_\_\_. Notes on the State of Virginia. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). **Writings of Thomas Jefferson**. New York: The Library of America, 1984, p. 123-325.
- KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison. The Great Collaboration**. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964.
- KRAMNICK, Isaac. (Org.). **Edmund Burke**. New York: Penguin Books, 1999.
- MADISON, James. **Carta para Monroe**. Philadelphia, December 4, 1794.
- MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte / Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ / FAPERJ, 2002, p. 63-89.
- MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. Madrid: Tecnos, 2007.
- MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004.
- ONUF, Peter. **Mind of Thomas Jefferson**. Virginia: Virginia University, 2007.
- PATTERSON, Called Perry. **The Constitutional Principles of Thomas Jefferson**. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967. p. 26-68.
- SHELDON, Garret Ward. **The Political Philosophy of Thomas Jefferson**. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press, 1993.
- SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA. *Aiken v. Wisconsin*, 195 U.S., 194, 205-206.
- \_\_\_\_\_. *Schenck v. United States*, 1919
- \_\_\_\_\_. *Marbury v. Madison*, 1803.