

AS ORIGENS DO JUDICIAL REVIEW: PORQUE MARBURY VS. MADISON É APENAS UM ELO EM UMA LONGA CADEIA

THE ORIGINS OF THE JUDICIAL REVIEW: WHY MARBURY VS. MADISON IS JUST A LINK IN A LONG CHAIN

Marcus Firmino Santiago¹

Professor do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional.

RESUMO: Há dois séculos, o caso *Marbury vs. Madison* é apresentado como a gênese do controle judicial de constitucionalidade das leis e o ponto de virada a partir do qual o Judiciário assumiu definitivamente a defesa da Constituição. A pesquisa ora apresentada analisa a tradição judicial que conduz à decisão e os seus desdobramentos nos séculos seguintes, a fim de trazer um significado diferente ao caso, especialmente diante de sua reiterada invocação como justificativa não apenas para o *judicial review*, mas também nos momentos de maior ativismo da Suprema Corte norte-americana.

ABSTRACT: *In the last two centuries, Marbury vs. Madison's case has been understood as the genesis of the judicial review of constitutionality of laws and the turning point, from which the Judiciary branch definitively assumes the defense of the Constitution. This research analyses the judicial tradition leading to the decision and its consequences over the following centuries. The objective is to bring a new meaning to the case, especially ahead of its repeated invocation as justification not only for judicial review, but also in moments of increased activism of the U.S. Supreme Court.*

PALAVRAS-CHAVE: *Marbury vs. Madison; Jurisdição constitucional; Suprema Corte Norte-americana.*

¹ Doutor em Direito. Professor do Curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogado. E-mail: marcusfsantiago@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8405313313388657>>.

KEYWORDS: *Marbury vs. Madison*; *judicial review*; *U.S. Supreme Court*.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antes de *Marbury vs. Madison*; 2 A decisão no caso *Marbury vs. Madison* e suas consequências; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction*; 1 *Before Marbury vs. Madison*; 2 *The decision of the Marbury vs. Madison case and its consequences*; *Conclusion*; *References*.

INTRODUÇÃO

O estudo da jurisdição constitucional e os seus fundamentos conceituais legitimadores, tão necessário em tempos de aguçado ativismo judicial, sempre conduz para a análise do sistema norte-americano, fonte primeira de inspiração para todos os seus congêneres, que, com o correr dos anos, foram desenvolvidos no mundo ocidental.

Com uma tímida base constitucional normativa e sustentado fundamentalmente na tradição e na força dos precedentes, o *judicial review of constitutionality of legislation* – ou o controle jurisdicional de constitucionalidade – compõe um dos elementos estruturantes do modelo estatal norte-americano, sendo considerado essencial à manutenção da integridade constitucional. E seu estudo inevitavelmente envolve a análise do caso *Marbury vs. Madison*, apontado com frequência como o ponto de partida para a formação de todo sistema erigido naquele país. Essa ideia, embora não possa ser vista como equivocada, certamente não expressa, de maneira precisa, o significado desse precedente.

Não se pretende, aqui, destruir mitos, mas entende-se relevante elucidar que somente foi possível chegar a essa decisão graças a um conjunto de circunstâncias e precedentes que a antecederam e, após sua elaboração pela Suprema Corte, diversos outros fatores precisaram se fazer presentes, para, enfim, o modelo norte-americano se consolidar.

A tradição inglesa foi marcante para a construção do sistema judiciário norte-americano. Não se trata, naturalmente, de uma influência no plano estruturante, tendo em vista que a Grã-Bretanha do século XVIII não reconhecia qualquer autonomia ou institucionalidade à sua magistratura. O elo entre os dois lados do Atlântico reside na forma como os habitantes da América do Norte compreendiam o papel dos juízes diante das leis.

De fato, ainda ao longo do século XVII, os primeiros magistrados que começaram a atuar no Novo Mundo trouxeram consigo a compreensão acerca

de seu papel construtivo. Nesse sentido, suas decisões deveriam funcionar como o momento para atribuição de sentidos concretos às leis, conectando fatos, costumes e tradições, a base para a formação do *Common Law*, o direito natural inglês.

Quando os norte-americanos adotaram as Constituições escritas, iniciando a era do constitucionalismo, a atividade judicial manteve-se firme em seus referenciais. Em verdade, fora a diferença estrutural, com a concepção de um Poder Judiciário institucionalizado e autônomo, a principal mudança operada foi a passagem do *Common Law* para a Constituição, vista por muitos como a positivação do direito natural.

A hipótese com a qual se trabalha é que a decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison* constitui uma etapa nesse processo de transição para um sistema jurídico estruturado em torno de uma Constituição em sentido formal. Certamente contribuiu para afirmar a força dos Tribunais, mas não representaria a gênese do *judicial review*, sendo melhor compreendida como mais um elo em uma cadeia de tradições e precedentes que se formou desde a época colonial e continuou sendo tecida ao longo dos anos que se seguiram.

Essa, no entanto, não tem sido a leitura adotada por boa parte da teoria constitucional nem pela Suprema Corte norte-americana a respeito desse precedente². De fato, o sentido atribuído a *Marbury vs. Madison* parece ultrapassar em muito o seu real significado, no que reside o problema de pesquisa ora apresentado.

Seja pela leitura de sucessivos julgados da Suprema Corte, seja pela compreensão correntemente atribuída a esse caso, é fácil perceber que *Marbury*

² Na literatura constitucional brasileira, por exemplo, refiram-se as obras de Luís Roberto Barroso, que sustentam ser *Marbury vs. Madison* “o primeiro precedente” do *judicial review*, e de Gilmar Mendes, para quem “o modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803”. Também Mauro Cappelletti, em obra que é referência no estudo da jurisdição constitucional, sustenta semelhante ideia. E ilustrando parcela expressiva do pensamento jurídico norte-americano, William Nelson afirma que a decisão acerca da existência de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, que não fora tomada em 1787, restou resolvida em 1803 com o julgamento de *Marbury vs. Madison* (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1081; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimp. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 45-46; NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 2).

vs. Madison vem sendo invocado para legitimar um largo espectro de decisões, ultrapassando em muito seu sentido originário e embasando momentos de maior ativismo judicial. Essa realidade traz à tona algumas questões relevantes, cumprindo discutir, entre outros aspectos: até que ponto esse precedente pode ser elástico? Qual seu significado originário? Será que ele representa, realmente, um ponto de inflexão no processo formativo do *judicial review*?

Não se pretende aqui debater o ativismo da Suprema Corte, mesmo que os temas tenham uma relação direta e necessária. O objetivo da pesquisa é analisar o processo histórico que conduz à decisão *Marbury vs. Madison*, discutindo até que ponto a ela pode ser atribuído o significado de marco inicial do *judicial review*.

Para tanto, desenvolve-se o trabalho observando um contínuo temporal, tendo por marco inicial o processo de independência das colônias norte-americanas, momento em que são considerados os principais elementos teóricos e as práticas judiciais absorvidas da metrópole. Na sequência, são apresentados os debates que marcaram a construção dos alicerces do novo modelo estatal erigido na América do Norte, nos quais se notam, ao mesmo tempo, a preocupação em assegurar o equilíbrio do sistema federativo e resguardar a Constituição e a certeza quanto ao papel que a magistratura pode desempenhar nesse sentido. O contexto em que o caso *Marbury vs. Madison* foi proposto e os principais elementos inseridos em sua decisão são analisados, abrindo-se caminho para discutir seus desdobramentos, que se estendem pelos séculos seguintes até os tempos atuais.

O marco teórico utilizado reside nas análises críticas de Bruce Ackerman, William Nelson, José Acosta Sanches e Marian Ahumada Ruiz, autores que se debruçam sobre a questão central ora levantada, qual seja, o real significado de *Marbury vs. Madison* para o *judicial review*, os seus antecedentes e o modo como essa decisão foi sendo torcida com o fim de legitimar um processo de apreensão constitucional pela Suprema Corte norte-americana.

1 ANTES DE *MARBURY VS. MADISON*

1.1 A HERANÇA BRITÂNICA: CONTINUIDADE E RUPTURA

É evidente que as raízes do constitucionalismo norte-americano residem na tradição inglesa. Contudo, mais do que uma reprodução de modelos e práticas oriundos da metrópole, o sistema idealizado no Novo Mundo é, em

grande parte, fruto da crítica e do inconformismo que levaram à guerra de independência.

Thomas Jefferson, uma das mais influentes lideranças do movimento revolucionário e responsável pela construção das bases teóricas do novo Estado, afirmava que a Inglaterra do século XVIII houvera se afastado dos ideais de liberdade da Revolução Gloriosa e se rendido aos interesses das alas conservadoras. Via em William Blackstone, certamente o mais importante jurista inglês daquele século, um arauto do retrocesso cujas ideias não poderiam ser consideradas. Para o norte-americano, a obra de Blackstone, amplamente adotada nas escolas de Direito, tinha “pervertido” e “degenerado” a ciência jurídica. E sua ira era direcionada especialmente para a defesa que o jurista britânico fazia acerca da *soberania do Parlamento*³.

Jefferson, assim como boa parte da *intelligentsia* norte-americana, identificava-se com o pensamento *Whig*, a ala liberal da Revolução Inglesa, e via o sistema britânico de seu tempo como um desvio. Como Mayer destaca, Blackstone afirmava a onipotência do Parlamento inglês e se recusava a reconhecer qualquer direito de natureza constitucional nascido na Revolução Gloriosa, o que levava à inevitável conclusão quanto a ser o poder daquela instituição absoluto e isento de controle⁴. Daí afirmar o autor o seguinte: “*It is not surprising, then, that after 1776 Jefferson and some of his contemporaries viewed Blackstone’s concept of sovereignty not only as logically deficient but also as wholly irrelevant to the American experience*”⁵.

O desenho institucional da nova nação precisava refutar o conceito de Parlamento como *locus* da soberania, sob pena de simplesmente nacionalizar a submissão: antes o Legislativo inglês, agora o local⁶. Assim é que, em seu lugar,

³ MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. *Washington University Law Review*, v. 70, Issue 1, p. 197, January 1992. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5>. Acesso em: 15 jan. 2015. Discorrendo sobre a soberania parlamentar, dizia Blackstone que esta instituição “*can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have scrupled to call it’s power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what they do, no authority on earth can undo*” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Apud MAYER, David N. *The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism*, op. cit., p. 202).

⁴ *Ibidem*, p. 202.

⁵ *Ibidem*, p. 203.

⁶ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 27; NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 4.

ganha espaço a visão contratualista, especialmente defendida por Rousseau, que sustenta a ideia de soberania popular.

A opção por justificar o poder do novo Estado a partir de fundamentos contratualistas fica clara na defesa que Thomas Jefferson faz do direito de *autogoverno*, compreendido como um *direito natural*:

Todo homem e todo grupo de homens na terra possuem o direito de autogoverno. Recebem-no juntamente com o ser, da mão da natureza. Os indivíduos exercem-no por sua única vontade [...] isso porque a lei da maioria é a lei natural de toda sociedade humana.⁷

Como explica Hayek, a ruptura revolucionária exprimiu a quebra da confiança que os colonos tinham na Constituição inglesa e seu sistema de garantias fundamentais. Quando descobriram que os princípios nos quais haviam acreditado firmemente tinham pouca força e não podiam ser invocados contra as pretensões do Parlamento, perceberam que eles próprios precisariam construir os fundamentos que conduziriam sua sociedade⁸.

A preocupação em redigir Constituições escritas deriva, portanto, do temor quanto à fragilidade da Constituição inglesa, estruturada como um conjunto esparso de regras e princípios escritos e não escritos, somado à tradição colonial de se organizar a partir de documentos escritos. Sobre este segundo aspecto, diz Hayek:

Eles consideravam doutrina básica a existência de uma “Constituição permanente”, essencial para o governo de uma nação livre, e acreditavam que Constituição implicava governo limitado. Desde o início de sua história, estavam familiarizados com documentos escritos que definiam e circunscreviam os poderes do governo, como o compromisso assinado no *Mayflower* e os estatutos coloniais.⁹

⁷ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964. p. 79.

⁸ HAYEK, Friedrich A. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983. p. 207.

⁹ *Ibidem*, p. 207-208.

Além disso, as explicações fornecidas por diversos autores que formaram as bases teóricas dos movimentos revolucionários europeus foram absorvidas, simbolizando a influência europeia continental sobre o sistema jurídico norte-americano, especialmente com sua tradição de direito escrito, dotado de força normativa, e não meramente política¹⁰.

Desde o início da história norte-americana, como se lê nos escritos de Jefferson, subsiste a certeza de que o poder soberano pertence ao povo, que se vale da Constituição para exprimir seus anseios básicos, buscando garantir sua própria integridade em face de qualquer tentativa de abuso por parte daqueles a quem viesse a ser outorgada a representação popular: “É a vontade da nação que torna a lei obrigatória; é a vontade dela que cria ou aniquila o órgão que cabe declará-la e enunciá-la”¹¹.

Ora, se a Constituição, na perspectiva revolucionária norte-americana, nada mais é do que a expressão daquilo que a sociedade entende como essencial para emoldurar seu sistema político, jurídico e social, não há dúvidas quanto a residir nela a vontade soberana do povo. Logo, todos os poderes instituídos devem obediência àquele diploma. Este *estado de submissão geral* atinge, por óbvio, o Parlamento, cujos atos, em hipótese alguma, podem contrariar a vontade popular plasmada na Constituição. Com isso se completa a mudança paradigmática que afasta o sistema norte-americano de sua matriz britânica: em lugar da soberania parlamentar, o povo plenipotenciário. Estava aberto o caminho para a entrada em cena de mecanismos de controle dos atos legislativos¹².

Por outro lado, é certo que a ruptura com o modelo da ex-metrópole não é completa, afinal, ambas as nações compartilham o assim denominado *sistema do Common Law*. Este se exprime pela força da tradição, que se reproduz especialmente por meio dos precedentes judiciais, os quais, por seu turno, são dotados de capacidade vinculante (o modelo do *stare decisis*) e compõem

¹⁰ ABERNATHY, Charles F. The lost European aspirations of U.S. constitutional law. *German Law Journal*, n. 4, p. 596, June 2003. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

¹¹ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos...* cit., p. 77. Thomas Jefferson expressamente afirmava considerar “[...] o povo que constitui a sociedade ou nação como a fonte de toda a autoridade nessa nação”; e que a vontade popular “[...] é o único fundamento legítimo de qualquer governo [...]” (JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*, op. cit., p. 75-76).

¹² COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 (fac-símile da edição original de 1909). p. 23-24 e 30-32.

estruturalmente o ordenamento jurídico. Esse ponto em comum é imprescindível ao desenvolvimento do *judicial review of the constitutionality of legislation*¹³, cuja justificação não se assenta apenas no conceito de soberania constitucional, mas especialmente na capacidade decisória dos juízes.

Vários autores atribuem o lançamento da pedra fundamental do *judicial review* a Sir Edward Coke, *Chief Justice of the Common Pleas* (Tribunal de Queixas Comuns), que, ao julgar o *Bonham's case* no ano de 1610, sustentou a possibilidade de um Tribunal invalidar uma lei contrária ao *Common Law*. Na ocasião, já estavam em curso as animosidades entre o Rei James I e o Parlamento, que acabariam por culminar no início da Revolução Inglesa, em 1642, e o julgamento desse caso foi um importante ato de reação ao que se considerava como autoritarismo monárquico.

Naquele momento, estavam em jogo a autoridade da Coroa e o princípio da supremacia do Direito sobre o poder político. Dessa forma, ao invocar a precedência do *Common Law*, Coke buscou limitar o poder real e, por extensão, fortalecer o sistema jurídico e o Parlamento. Isso se explica porque, no início do século XVII, este último ainda buscava se livrar do jugo dos monarcas, que insistiam em utilizá-lo como um órgão para expressão de sua própria vontade¹⁴.

Embora Coke não tenha incorporado à sua decisão maiores considerações acerca do papel da magistratura ou da natureza do ordenamento jurídico, certo é que nesse caso se tem uma tentativa de utilizar o sistema normativo para controlar um poder político, negando-lhe força absoluta. E, ao fim, quer se

¹³ Expressão que, segundo informa Marian Ahumada Ruiz, se deve a Edward Corwin e somente entra em cena na década de 1910. Passam, ainda, alguns anos até que se consolide como a denominação hoje utilizada para designar o modelo de atuação do Judiciário norte-americano no exercício do controle de constitucionalidade das leis (RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después. In: *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias n. 4, p. 117, 2006).

¹⁴ Esta é a interpretação para o caso que se encontra, entre outros, em SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. p. 35-39; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. p. 152. Em apertada síntese, o caso dizia respeito à validade do ato que autorizava o *Royal College of Physicians* a punir o doutor Bonham, proibindo-lhe o exercício da medicina. Ao afirmar a invalidade desse ato, a mítica decisão contribuiu para afirmar a supremacia do *Common Law*, visto como um conjunto de normas (escritas e não escritas, assim como tradições firmadas especialmente graças à ação dos tribunais) superior, à qual a legislação do monarca devia obediência (BOYER, Allen Dillard. *Understanding, Authority and Will*. Sir Edward Coke and the elizabethan origins of judicial review. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, 1998).

possa, quer não, imputar a Coke a primazia na fundação dos alicerces do *judicial review*, nem por isso a tradição inglesa deixa de ter relevância.

De fato, naquele sistema, desde tempos remotos, reconhecia-se a capacidade de os juízes de, pela via interpretativa, dar vida às leis, no sentido de elas não serem consideradas como textos apenas, mas textos interpretados à luz das tradições e dos costumes. Nesse processo hermenêutico, era-lhes permitido aferir a conformidade dos sentidos possíveis aos comandos normativos com o sistema jurídico consuetudinário, de sorte a recusar qualquer compreensão que se afastasse ou de alguma maneira pudesse confrontar parâmetros identificados com o *Common Law*.

Essa prerrogativa, contudo, não era suficiente para colocar os juízes ingleses em posição de ascendência sobre o Rei ou o Parlamento por um motivo simples: suas decisões sempre puderam ser revisadas por uma dessas instâncias (em princípio era uma prerrogativa do Rei; após a Revolução Gloriosa, passou a ser exclusiva do Parlamento), que acabavam por exercer o papel de tribunal supremo, podendo, assim, aferir a validade de seus próprios atos¹⁵.

Os primeiros colonos que atravessaram o Atlântico o fizeram para fugir da perseguição religiosa infligida pelo Rei Stuart, mais ou menos na mesma época em que se desenrolava o *Bonham's case*. O espírito de liberdade e de contestação ao autoritarismo monárquico sempre esteve presente, de forma dominante, entre os habitantes da América. Foi natural para eles, portanto, incorporar o pensamento de Edward Coke e a sua convicção acerca da supremacia do Direito, noção que se manteve viva e jamais foi suplantada pelo conservadorismo de Blackstone e sua defesa da soberania parlamentar.

De fato, a prerrogativa de invalidar leis ou afastar compreensões potencialmente contrárias ao *Common Law* como uma consequência lógica de seu processo interpretativo é referida em documentos antecedentes à Constituição de 1787, embora não haja notícia, naquele momento, de discussões sobre o tema ou tentativas de estruturar conceitualmente esse poder¹⁶.

A afirmação feita por Jefferson em suas *Notas sobre a Virgínia*, documento redigido em 1783 no qual criticava a Constituição daquele Estado, ilustra a concepção dominante acerca do papel dos juízes em defesa da supremacia do

¹⁵ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 41.

¹⁶ *Ibidem*, p. 99.

Direito: “Não tive notícias de que em outros Estados tivessem infringido sua Constituição, e suponho que o não tenham, porquanto os juízes considerariam como sendo nula qualquer lei que fosse contrária à Constituição”¹⁷.

Assim, quando nos Estados Unidos da América se combinam a tradição judicial do *Common Law* com um modelo de organização estatal onde os poderes instituídos se encontram em equilíbrio, afirmando-se a idêntica sujeição de todos à Constituição, fica clara a possibilidade de os juízes aferirem a validade dos atos legislativos, o que, por sinal, é visto como algo natural ao sistema.

1.2 A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

A *U.S. Constitutional Convention* se reuniu entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787 com a tarefa de desenhar a completa integração dos 13 países até então existentes em um único Estado soberano, organizado na inovadora forma de uma federação e regido por uma Constituição. Desde o início, era clara para os convencionais a necessidade de instituir um governo central forte e dotado de efetiva autoridade, o que somente poderia ser alcançado tendo por base uma Constituição estável e amplamente respeitada.

Foram apresentadas algumas propostas que visavam afirmar a preponderância da Constituição federal, dotando-a de mecanismos que permitissem o controle da validade de leis estaduais e federais. O cerne da discussão, contudo, não era a positivação de um *judicial review*, mas o jogo de equilíbrio entre os poderes locais e a União. O grande embate que se punha girava em torno do cuidado em conter a autonomia decisória dos Estados, submetendo suas leis e Constituições ao sistema jurídico federal, donde o interesse predominante em sustentar a supremacia do texto que ali se elaborava.

De outro lado, havia forte temor quanto à excessiva concentração de poderes na União, o que serviu de pretexto para deixar de lado proposições que, aos olhos de alguns dos *framers*, poderiam desequilibrar a relação de forças entre Estados federados e poder central¹⁸. Daí que a corrente denominada *antifederalista* se opôs a qualquer medida que viesse a contribuir para o fortalecimento da

¹⁷ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*, op. cit., p. 102.

¹⁸ MCBAIN, Howard Lee. *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: MacMillan Company, 1948. p. 238-239; VALDÉS, Roberto L. Blanco. El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 2, p. 40, 2000.

União em detrimento das unidades federativas, o que poderia ser facilitado caso a Suprema Corte utilizasse seu poder para expandir a jurisdição federal¹⁹.

William Nelson relata que não havia dúvidas entre os convencionais acerca dos poderes inerentes à Corte para invalidar atos dos Estados contrários à Constituição. Por outro lado, realça a ausência de acordo quanto à outorga de poderes ao Judiciário para rever atos legislativos federais:

*The possibility of the Court's exercise of this power had been mentioned at the Convention and discussed during the ratification debates, and some state courts had already asserted an analogous power to review the acts of their own legislatures. But the power of judicial review was somewhat controversial in 1787 and 1788, and no effort was made in connection with the adoption of the federal Constitution to get the controversy resolved.*²⁰

E assim foi a Constituição de 1787 elaborada, trazendo dispositivos que expressamente subordinam a ordem jurídica dos Estados ao sistema federal, de modo a garantir a unidade da federação, afirmam a supremacia da Constituição, mas nada dizem sobre o poder do Judiciário de invalidar leis, federais ou estaduais, que a esta última contrariem. Nem mesmo ao definir o poder da Suprema Corte, nos arts. 3º e 6º, dos quais se extrai a noção de supremacia da Constituição.

Neste último dispositivo reside a chamada *supreme clause*, elemento que muitos afirmam ser a base teórica do *judicial review*²¹, mas que até meados do

¹⁹ CAREY, George W. The Separation of Powers in United States of America: past and present. *Historia Constitucional*, n. 10, p. 289, 2009. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

²⁰ NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 2. E mais uma vez a noção de que os juízes já detinham, por força da tradição do sistema judicial norte-americano, a prerrogativa de impedir a aplicação de qualquer lei que contrariasse a Constituição foi levantada, de modo a afastar possíveis ampliações de seus poderes. Esse argumento, relata Acosta Sánchez, foi apresentado pelos delegados de Massachusetts ao rejeitar proposta que determinava a participação do Judiciário no exercício do veto presidencial, o que poderia representar um excesso de poderes para os juízes (SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 100-101).

²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 420-424; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 133.

século XIX somente era entendida e aplicada no plano das relações entre União e Estados, nunca entre Legislativo e Judiciário²².

O tema, contudo, continuava orbitando os debates sobre o novo texto e, durante o processo de ratificação que se estendeu pelos dois anos seguintes, algumas luzes foram lançadas sobre ele. Nesse momento vieram a lume panfletos que, posteriormente condensados, deram origem à obra *O Federalista*, coletânea de reflexões de Hamilton, Madison e Jay, em que são discutidas e enfrentadas várias questões cruciais para que se afirmasse a legitimidade da nova Constituição e do sistema federal idealizados.

Alexander Hamilton se debruçou mais detidamente sobre o tema da atuação judiciária em matéria de constitucionalidade das leis. Sempre defensor da possibilidade de os atos legislativos serem declarados nulos em caso de conflito com a Constituição, já durante o período da Convenção da Filadélfia apresentou proposta que assim afirmava. Contudo, talvez influenciado pelas mesmas certezas de outros convencionais – qual seja, de que o reconhecimento de semelhante poder aos juízes seria algo inerente ao sistema do *Common Law* –, em momento algum fez menção de conferir de forma expressa semelhante prerrogativa aos tribunais²³.

De fato, mesmo ao tratar da possibilidade de o poder concedido ao governo ser excedido, violando, por conseguinte, a Constituição, tema do *paper* 33 da coletânea *O Federalista*, nada disse sobre a eventual possibilidade de o Judiciário ser chamado a interferir²⁴. O assunto só foi abordado no *paper* 78, no qual, finalmente, respondendo a críticas recebidas, lançou as bases para a defesa do *judicial review of legislation*.

Sua tese se funda em dois aspectos. De um lado, sustenta a vantagem em se outorgar a tarefa do controle aos tribunais em razão de esses não deterem mecanismos capazes de constranger os demais Poderes, exceto sua própria autoridade. Como *o menos perigoso dos Poderes*, o Judiciário, ao zelar pela integridade da Constituição, não representaria ameaça ao equilíbrio de forças

²² SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 105-106.

²³ Em verdade, sua proposta limitava-se a afirmar a invalidade de todas as leis dos Estados que confrontassem a legislação ou a Constituição Federal (SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 101).

²⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003. p. 199-200.

ou à liberdade geral (“[...] ainda que os Tribunais de Justiça possam, algumas vezes, exercitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral...”). Em segundo lugar, argumenta que a supremacia constitucional é fruto de uma opção do povo, o que implica na subordinação de todas as autoridades, inclusive o corpo legislativo. Assim, não há superioridade de um poder em relação a outro, mas da vontade popular face a todos²⁵.

Relembra, então, a premissa inerente ao sistema do *Common Law* segundo a qual é tarefa dos juízes interpretar os textos e, assim, definir os sentidos das normas jurídicas, o que deve ser feito à luz dos parâmetros traçados na Constituição (“A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo”²⁶). Daí, conclui, mesmo não estando tal prerrogativa expressa na Constituição, esta seria facilmente aferível a partir da noção de soberania constitucional e da tradição do *Common Law*:

[...] não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições.²⁷

A defesa de Hamilton buscava assegurar a ratificação do projeto constitucional submetido aos Estados, em um modelo que não comportava revisões textuais, de sorte que pouco mais disse acerca do assunto, além de insistir na desnecessidade de sua expressa previsão normativa, posto que inerente ao sistema jurídico adotado²⁸. E, de fato, assim como na *U.S. Constitutional*

²⁵ *Ibidem*, p. 458-460.

²⁶ *Ibidem*, p. 460.

²⁷ *Ibidem*, p. 459-460. Alguns autores, como Roberto Blanco Valdés, ao analisar esse aspecto da teoria constitucional de Hamilton, preferem reduzir o tema a uma questão de *rigidez*, pelo que o *judicial review* atuaria como mecanismo capaz de meramente garantir a superioridade formal da Constituição, no que parece ser uma compreensão estreita acerca de uma das bases desse instituto, tão fortemente vinculado à ideia de soberania popular (VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos*, op. cit., p. 45).

²⁸ No *paper* 81 é repetida a tese de que a Constituição é o parâmetro interpretativo a partir do qual se infere a validade das demais leis, reconhecendo-se, contudo, que não há, no texto em discussão, qualquer

Convention, também durante o processo de ratificação foi conferido muito maior interesse à relação de forças entre Estados e União, restando em segundo plano o tema do *judicial review*.

2 A DECISÃO NO CASO *MARBURY VS. MADISON* E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1 CONSTRUINDO *MARBURY VS. MADISON*

No novo País os juízes seguiram se comportando como antes, qual seja, decidindo casos concretos com base em precedentes, construindo normas jurídicas por meio de um processo interpretativo realizado a partir de referenciais oferecidos tanto pela tradição quanto pela Constituição.

Levou alguns anos até que as primeiras discussões acerca da validade de atos legislativos à luz da Constituição chegassem à Suprema Corte. Não, ainda não foi o caso *Marbury vs. Madison*. Antes dele, entre 1796 e 1798, em três ocasiões a Corte foi chamada a analisar a conformidade de leis: em 1796, no caso *Ware vs. Hylton*, lei do estado da Virginia foi questionada em face do tratado internacional; também em 1796, no caso *Hylton vs. United States*, afirmou a validade de lei federal confrontada com a Constituição Federal; e, em 1798, em *Hollingsworth vs. Virginia*, proclamou a invalidade de uma lei federal por contrariar a Constituição. Em nenhum desses casos qualquer dos juízes declinou os fundamentos sobre os quais sustentava seu poder ou fez alguma consideração acerca da natureza de sua decisão. Simplesmente julgaram²⁹.

Na década de 1790, a Suprema Corte norte-americana deu continuidade à *prática* de julgamentos nos quais a validade de leis em face de uma norma superior era analisada. Não se ocupou, contudo, em justificar sua conduta ou buscar fundamentos capazes de a legitimar. Essa tarefa somente foi cumprida por John Marshall ao decidir o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 (daqui em diante simplesmente *Marbury*), ocasião em que, manifestando-se em *obiter dictum*, lançou as bases conceituais que permitiram o futuro desenvolvimento de uma *teoria do judicial review*³⁰.

passagem que o afirme expressamente. Esse dado, porém, não retira dos juízes a possibilidade de assim agir, posto que semelhante faculdade se encontra inscrita na própria teoria constitucional (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, op. cit., p. 474).

²⁹ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 110-111.

³⁰ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29. A decisão também pode ser encontrada em arquivo eletrônico: Sentença *Marbury*

Na parte final de seu voto, após ter analisado e concordado com a pretensão de William Marbury a ser empossado no cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia, Marshall responde à questão sobre se a Suprema Corte seria competente para analisar a demanda. Põe-se, então, a questionar a possibilidade de as competências originárias do Tribunal, definidas constitucionalmente, serem remanejadas, o que houvera acontecido por força de lei que atribuía a prerrogativa de conceder alvarás de *mandamus* a funcionários públicos (Seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789). Era preciso definir se “[...] uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país [...]”³¹.

Marshall tinha como certa a supremacia constitucional e a consequência direta quanto a ser “[...] *nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível*”. Também reconhecia ser da essência do Poder Judiciário verificar “[...] se uma lei está em oposição com a Constituição”. Logo, se “[...] os tribunales teem por missão atender à Constituição e observá-la e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”³². Daí que conclui ser “[...] principio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é *nulla* qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunales, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento”³³.

Em síntese, a decisão de Marshall sustenta a limitação dos Poderes, a supremacia constitucional, a prerrogativa dos juízes de interpretar as leis em conformidade com a Constituição e o poder de rever os atos contrários à ordem suprema como uma prerrogativa inerente ao sistema constitucional e à forma de respeito à *supreme clause*. Em poucas laudas foram sistematizadas as ideias que já há tempos compunham as bases da teoria constitucional norte-americana, originadas na tradição inglesa do *Common Law* e no modelo de soberania popular e divisão de Poderes, de matiz contratualista, incorporados ao sistema estatal daquele país.

vs. Madison. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n. 4, 2003. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/04/Numero04.html>>. Acesso em: 18 maio 2015.

³¹ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*, op. cit., p. 24. Marshall curiosamente inverteu a ordem de análise das questões, enfrentando primeiro o mérito para, ao final, decidir a questão preliminar de competência da Corte. Assim, afirmou que Madison agira ilegalmente ao negar posse a Marbury; que esse poderia utilizar o *mandamus* como instrumento para compelir a autoridade pública a atender seu pleito; mas que não seria possível à Corte decidir, por lhe faltar competência.

³² *Ibidem*, p. 25-26.

³³ *Ibidem*, p. 29.

O voto proferido por John Marshall não trouxe inovações conceituais, visto que os argumentos sintetizados anteriormente já eram correntemente reconhecidos como a base do *judicial review*. No entanto, mesmo sem propor inovações conceituais ou práticas ao modelo, foi objeto de severas críticas. Isso porque era um tempo em que ainda reinava a preocupação em firmar o sistema federativo e a preponderância do poder central, bem como a autoridade da Suprema Corte e do próprio Judiciário. Além disso, vivia-se um momento de forte antagonismo entre as duas principais correntes políticas, Federalistas (grupo ao qual Marshall pertencia) e Republicanos (facção de Jefferson, o novo Presidente que derrotou, no pleito de 1800, o governo ao qual Marshall pertencia).

Nesse sentido, Bruce Ackerman aduz que a análise do caso *Stuart vs. Laird* é essencial para evidenciar as reais intenções por trás da decisão de Marshall, cuja preocupação central teria sido a discussão dos fundamentos do *judicial review*. Assim como em *Marbury*, no caso *Stuart vs. Laird*, também julgado em 1803, questionava-se a competência dos juízes da Corte, que houvera sido alterada com a nomeação de juízes permanentes para os Tribunais de Circuito (cargo até então exercido cumulativamente pelos magistrados da Suprema Corte), ao final do governo federalista de Adams. Jefferson, seu sucessor na Presidência da República, se opunha a essa alteração e buscava afastar os novos juízes, na esteira de sua campanha por reestruturar o Judiciário, reduzindo a predominância dos Federalistas.

No caso *Marbury*, sob a condução de Marshall, a Corte se recusou a admitir que uma lei alterasse suas competências constitucionais, criando atribuição não prevista originalmente. Já, no caso *Stuart* (no qual Marshall não manifestou as razões de seu voto), a mesma Corte, no mesmo momento, afirmou válida a lei que retirou de seus juízes uma competência, entregando-a a um corpo permanente de magistrados responsáveis pelos Tribunais de Circuito. Neste caso, foi Relator o Juiz Paterson, federalista histórico que houvera participado da Convenção da Filadélfia³⁴.

Fica claro, portanto, que o problema central não era a salvaguarda da Constituição e sua definição de competências para a Suprema Corte.

³⁴ ACKERMAN, Bruce. *Marbury vs. Stuart. Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, p. 172-174 e 182-189, 2006.

A decisão *Marbury* pode ser identificada como uma oportunidade para a defesa dos valores que orientaram a corrente federalista, predominante nos primeiros anos de vida independente, contra as tentativas reformadoras do grupo republicano capitaneado por Thomas Jefferson, eleito Presidente no pleito de 1800 sobre uma plataforma que refutava um modelo de governo que entendia voltado ao atendimento dos interesses das elites mercantis. Na leitura de Leda Boechat Rodrigues:

Ao declarar inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, visava Marshall fim meramente político, mostrando, através da discussão de mérito, haver Jefferson cometido uma ilegalidade, mas falecer à Corte, por uma questão preliminar, de falta de jurisdição, competência para corrigi-la. Na verdade, ele próprio aplicara tal disposição, em 1794, num caso em que estava envolvido o Secretário da Guerra Henry Knox.³⁵

Neste sentido, muito mais que uma tentativa de fundar em bases conceituais a jurisdição constitucional norte-americana, o caso *Marbury vs. Madison* representou o ápice de uma batalha política pela afirmação não apenas do Judiciário, mas de toda linhagem federalista, em cujo nome os juizes da Suprema Corte falavam³⁶.

Ultrapassado esse momento, nos longos anos durante os quais permaneceu à frente do Tribunal, a grande tarefa assumida por Marshall consistiu em assegurar a supremacia da ordem jurídica e, conseqüentemente, do poder político federal em face dos Estados. Marshall não voltou a desafiar o governo federal, mesmo seguindo firme em sua missão de conferir ao Judiciário a importância que entendia devida no cenário institucional norte-americano,

³⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 38.

³⁶ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-100. Sobre os embates políticos que marcam esse período, descreve Ackerman a maneira como os juizes da Suprema Corte participaram ativamente da campanha presidencial de 1800, colocando-se abertamente ao lado dos federalistas. Os juizes “[...] hicieron una vigorosa campaña a favor de Adams y Pinckney, transformando sus solemnes cargos como jurado en discursos políticos partidaristas. Persiguieron agresivamente a los editores republicanos al amparo de la Ley de Sedición, despertando las voces de la oposición en un momento crucial. Para hacer los problemas aún más ominosos, la Corte había sido en ese momento reforzada con el nombramiento, a última hora, de un presidente cuyo reciente cargo como secretario de Estado no prometía – por decirlo suavemente – moderación” (Ackerman, Bruce. *Marbury vs. Stuart*, op. cit., p. 167).

sendo-lhe atribuída responsabilidade decisiva pelo progressivo fortalecimento do poder nacional e pela sobrevivência dos ideais federalistas³⁷.

2.2 A RESSIGNIFICAÇÃO DE *MARBURY VS. MADISON*

Cumprida sua tarefa inicial, *Marbury* caiu em sono profundo, não sendo invocado como precedente durante longos 84 anos. Isso não implicou, contudo, na ausência de decisões acerca da validade de leis. Entre 1803 e 1857, diversas leis estaduais foram invalidadas e, em 1857, no julgamento do caso *Dred Scott vs. Sandford*, novamente uma lei federal. Nesse caso, por muitos reputado como um trágico erro que contribuiu para deflagrar a guerra civil norte-americana, talvez imaginando a repercussão negativa de seu julgamento, o Tribunal cuidou de se escudar em precedentes capazes de justificar suas escolhas, francamente segregacionistas e atentatórias aos direitos de minorias, mas não se lembrou, ainda, de *Marbury*³⁸.

Foi apenas em 1887, no julgamento do caso *Mugler vs. Kansas*, que a Suprema Corte despertou *Marbury* de seu sono. Referido em *obiter dictum*, o precedente serviu para justificar a doutrina do *substantive economic due process*. E uma década depois, no caso *Pollock vs. Framer's Loan & Trust Co.*, de 1895, finalmente *Marbury* assumiu o papel que viria a caracterizá-lo pelos quarenta anos seguintes: servir de esteio para a defesa do mais vigoroso liberalismo econômico³⁹. Operou-se, nesse momento, sua resignificação e começou a ser construída a mística em torno das palavras de Marshall. Foi então que *Marbury* passou a ser considerado o marco inaugural do *judicial review*.

O resgate de *Marbury* não buscou reafirmar a prerrogativa dos juízes de apreciar a validade de leis em face da Constituição (o que jamais foi questionado por qualquer dos *justices* que sucederam a Marshall⁴⁰), mas justificar um papel francamente político para o Judiciário, posto a serviço de uma resistência

³⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o direito constitucional americano*, op. cit., p. 22-23.

³⁸ NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 84/87-88. Esse precedente ilustra o período em que Roger Taney permaneceu à frente da Suprema Corte (1837-1867), tempo marcado por uma gradual ruptura com o modelo de seu antecessor, Marshall. Nessa fase, inicia-se a caminhada pela redução da interferência estatal, priorizando a liberdade individual, especialmente na esfera econômica (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional, op. cit., p. 106).

³⁹ NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 90; RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, op. cit., p. 114-115.

⁴⁰ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 114.

conservadora. Para Thomas Grey, os rumos seguidos pelo *judicial review* a partir desse instante divergem tanto do que se discutiu em *Marbury* que este caso dificilmente poderia ser apontado como paradigma estruturante do sistema de jurisdição constitucional que se implantou na América do Norte a partir do caso *Dred Scott*⁴¹.

Diversos autores corroboram essa tese, segundo a qual a natureza política do *judicial review* não compunha sua conceituação originária, tendo sido, em verdade, incorporada pela prática da segunda metade do século XIX. Assim se lê em William Nelson:

*Like Snowiss, as well as Clinton and Hobson, I do believe that judicial review in Marbury, which granted judges authority to decide only issues of law and directed them to avoid political decision making, differed significantly from judicial review as it is practiced today, when judges frequently make choices of policy.*⁴²

A partir de então, a Suprema Corte passou a empunhar *Marbury* como uma justificativa em sua caminhada rumo à consolidação da *supremacia judicial*, o que, de certa forma, era em parte o que buscava Marshall no longínquo ano de 1803.

Nas décadas que se seguiram, seu papel no cenário político se alargou progressivamente, tomando para si a defesa da propriedade privada e da liberdade individual diante de escolhas legislativas que pudessem confrontar a tradição liberal dos primeiros tempos. O ativismo político da Corte em fins do século XIX traduzia a defesa de um liberalismo econômico fundado na noção smitiana de *laissez-faire*. A manifestação mais emblemática desse período foi proferida no caso *Lochner vs. New York*, em 1905, pela qual se firmou o postulado da não intervenção do Estado no domínio econômico, pouco importando o amplo apoio popular à legislação que tentava apontar o país em sentido contrário⁴³. Sempre invocando seu papel de defensor da Constituição, tal qual preconizara Marshall cem anos antes...

⁴¹ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? In: GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 103-104.

⁴² NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, op. cit., p. 7.

⁴³ *Ibidem*, p. 89.

Entre as décadas de 1880 e 1930, o Tribunal barrou sistematicamente as tentativas do Congresso de implementar sistemas de proteção social, ignorando a crescente demanda social pela defesa de minorias e redução da desigualdade. Em sucessivas ocasiões a Corte forneceu motivos para justificar a expressão *governo de juízes*, alcunhada por Edouard Lambert⁴⁴ para denominar o processo de apreensão constitucional, em um movimento pelo qual “[...] *no sólo se proclamaba supremo intérprete ‘del derecho de la Constitución’, sino que a renglón seguido afirmaba que sus pronunciamientos constitucionales eran parte de ese mismo derecho*”⁴⁵.

O auge desse processo, contudo, ainda estava por vir. Durante o governo de Franklin Delano Roosevelt, o conservadorismo da Corte falou mais alto e, entre os anos 1934 e 1936, doze leis federais que instituíam mecanismos de proteção social e intervenção estatal no domínio econômico foram invalidadas⁴⁶. A enfática reação por parte do Executivo provocou uma radical mudança de postura na Suprema Corte, que passou a aceitar o novo modelo político orientado ao bem-estar social. Segundo Ackerman, “no início dos anos 40, a Corte liderada por Harlan Fiske Stone tratava a era jurisprudencial anterior como se esta tivesse sido definitivamente repudiada pelo povo estadunidense”⁴⁷.

A guinada ideológica, por outro lado, não implicou em um abrandamento da convicção acerca de seu papel político. Entrando nos anos 1950 sob a presidência de Earl Warren, o Tribunal embrenhou-se em uma de suas fases mais produtivas, afirmando a jurisdição constitucional como um mecanismo para transformação social e defesa de direitos e liberdades, especialmente de grupos politicamente minoritários. Especialmente em suas decisões iniciais (onde se destacam os casos *Brown vs. Board of Education*, de 1954, e o subsequente caso *Cooper vs. Aaron*, de 1958, no qual o Tribunal afirmou sua autoridade

⁴⁴ A luta dos Tribunais norte-americanos contra a legislação social encontra-se descrita em LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard & Cia., 1921. p. 16-20; 67-69.

⁴⁵ RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, op. cit., p. 120. Escrevendo nos anos de 1920, Maurice Hauriou expressa a preocupação que o ativismo judicial norte-americano causava na França e em boa parte da Europa, assustadas com o forte papel político desempenhado por aqueles juízes, especialmente com respeito à legislação sobre direitos sociais (HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 338-339).

⁴⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 439; SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 123-124.

⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional, op. cit., p. 107.

frente às resistências impostas ao cumprimento da decisão *Brown*), *Marbury* foi providencialmente lembrado e apresentado como fundamento de sua força e autoridade⁴⁸.

Já estava completa sua ressignificação. Se, em 1803, fora uma afirmação dos fundamentos para o controle judicial da validade de leis, garantindo a supremacia da Constituição Federal, em meados do século XX era um instrumento legitimador do poder político de uma Corte que avançava firme em um processo de apreensão constitucional. *Marbury* servia, então, de sustentáculo para a soberania judicial que se implanta e promove “[...] una metamorfosis del Derecho Constitucional de los Estados Unidos bajo la acción continua y ‘constituyente’ del Tribunal Supremo”⁴⁹.

E assim, frequentemente empunhando *Marbury* como um *talismã*, os Tribunais americanos afastam-se de sua missão originária para se assumirem como cortes políticas, prontas para entrar em confronto com o Presidente ou o Congresso toda vez que seus próprios parâmetros de validade e correção não sejam atendidos. E sempre que a Suprema Corte vislumbra qualquer risco à sua autoridade, lembra de *Marbury* como último e inapelável fundamento de seu poder: “*Marbury es intemporal y poco importa que, como de vez en cuando se recuerda, la doctrina contenida en la sentencia haya sido en su mayor parte modificada [...] por la práctica y por decisiones posteriores*”⁵⁰.

Percebe-se que a realidade construída ao longo das décadas fez com que *Marbury* acabasse por assumir a forma de *Janus*, a figura mitológica que, com suas duas faces, contempla simultaneamente o passado e o futuro.

Na formação do *judicial review*, *Marbury* tem um papel relevante, mas certamente não essencial. O sistema já existia e continuaria produzindo suas decisões acaso este precedente não tivesse sido firmado. Marshall não inovou nem rompeu tradições; ao contrário, as reafirmou e fortaleceu. Nessa perspectiva,

⁴⁸ A partir dos anos 1940, a Suprema Corte assume por foco a valorização dos direitos dos cidadãos, o que se expressa pela proteção a grupos minoritários (negros, mulheres), proteção dos indivíduos contra o poder estatal, garantias do processo justo ou valorização do direito à autodeterminação sexual, familiar ou religiosa. A análise das causas e dos fundamentos dessa mudança, embora extremamente relevante, não deve ser desenvolvida nesse momento. Fica, assim, a referência, entre outras, à obra de EPP, Charles R. *The Rights Revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

⁴⁹ SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 126.

⁵⁰ RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, op. cit., p. 121-122.

o caso seria apenas mais um elo em uma longa cadeia de precedentes, não mais essencial que os demais.

Por outro lado, a face que mira o futuro é capaz de ver como *Marbury* foi sendo relido e ressignificado, incorporando funções que Marshall dificilmente poderia ter antecipado. A posição de ascendência que o Judiciário norte-americano, capitaneado pela Suprema Corte, assumiu perante os demais Poderes, além do domínio quase absoluto que passou a exercer sobre a Constituição, foi frequentemente justificada com base nesse precedente.

E assim segue a sociedade norte-americana discutindo a legitimidade dos poderes avocados pelos juízes, questionando-se a capacidade de uma microscópica elite intelectual se apresentar como única capacitada a identificar o que diz a Constituição. Mas, sempre que essas dúvidas forem lembradas, *Marbury* poderá ser novamente invocado para defender a autoridade da Suprema Corte.

CONCLUSÃO

É evidente que a tarefa de sustentar em bases racionais a legitimidade do *judicial review* passa por um sem número de fatores, transbordando a simples discussão acerca de um precedente que, como visto, nem deveria ser tão relevante assim. O debate sobre a amplitude de *Marbury vs. Madison* não se restringe, por certo, ao caso em si, perpassando toda a celeuma que envolve outorgar aos juízes a tarefa quase exclusiva de interpretar a Constituição e, em sua defesa, invalidar leis. Afinal, em sua origem, *Marbury* não trouxe grandes inovações teóricas nem rompeu paradigmas, como visto.

A proporção que esse caso assume no processo de afirmação do Judiciário como uma instância relevante, capaz de se equiparar e mesmo suplantar, eventualmente, os poderes políticos, decorre de um conjunto de circunstâncias históricas e disputas por poder. *Marbury* compõe indiscutivelmente a base conceitual de toda prática de um ativismo constitucional que se desenvolve ao longo de mais de um século, culminando no momento vivido hoje, com a participação constante das Cortes Constitucionais nas mais relevantes decisões dos países.

Mesmo passado tanto tempo desde a sessão de julgamento que imortalizou o Juiz John Marshall, ainda é pertinente e necessário revisitar *Marbury*. Afinal, como demonstrado, não é possível que a jurisdição constitucional, no cumprimento da tarefa de fortalecer os alicerces conceituais que conferem suas

bases de legitimidade, especialmente em cenários onde avulta a preocupação em promover princípios democráticos, se contente em continuar torcendo os sentidos originários daquele precedente.

Em outras palavras, a busca pelos fundamentos de legitimidade da jurisdição constitucional deve ir além de *Marbury* e sua constante invocação precisa ser cercada de cuidados, sob risco de poderes excessivos e mesmo antidemocráticos acabarem sendo concentrados nas instâncias judiciais.

REFERÊNCIAS

ABERNATHY, Charles F. The lost European aspirations of U.S. constitutional law. *German Law Journal*, v. 4, n. 6, June 2003. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

ACKERMAN, Bruce. *Marbury vs. Stuart*. Trad. Maria Valvidares. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, 2006.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOYER, Allen Dillard. Understanding, Authority and Will. Sir Edward Coke and the elizabethan origins of judicial review. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimpr. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAREY, George W. The Separation of Powers in United States of America: past and present. *Historia Constitucional*, n. 10, 2009. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 (fac-símile da edição original de 1909).

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

GARCÍA-PEJAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? In: GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

HAURIUO, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HAYEK, Friedrich A. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964.

LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard & Cia., 1921.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento monárquico. O poder moderador e o pensamento político imperial. Tese de Doutorado em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ. Rio de Janeiro, 2007.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. *Washington University Law Review*, v. 70, Issue 1, January 1992. Disponível em: <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MCBAIN, Howard Lee. *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: MacMillan Company, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, 2006.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Trad. Carlos Cerrillo Escobar. Madrid: Daniel Jorro, t. I, 1911.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 2, 2000.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

Submissão em: 02.08.2016

Avaliado em: 04.09.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.09.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 06.12.2017

