

ano 19 - n. 76 | abril/junho – 2019
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i76
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política

Marbury v. Madison: a political decision to keep the Court out of political

Cássio Luís Casagrande*

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
cassio_casagrande@hotmail.com

Dalton Robert Tibúrcio**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
daltonrobert2014@gmail.com

Recebido/Received: 21.01.2019 / January 21th, 2019

Aprovado/Approved: 25.06.2019 / June 25th, 2019

Resumo: O presente artigo analisa o caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, com destaque para o seu contexto histórico. A partir das repercussões da eleição presidencial americana de 1800, o texto busca compreender as contradições, limitações e o legado do caso, bem como sua repercussão imediata e ao longo da história. A compreensão da distinção feita pela decisão da Corte entre questões de direito e questões políticas exige um olhar histórico do ambiente em que o caso se produziu. Atento ao papel da história do direito de revelar as complexidades escondidas dos mitos consagrados no discurso jurídico, o artigo investiga as lacunas

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008.

* Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGDC/UFF (Niterói-RJ). Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ. Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. *E-mail*: cassio_casagrande@hotmail.com.

** Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – UFF (Niterói-RJ, Brasil). Especialista em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. *E-mail*: daltonrobert2014@gmail.com.

deixadas pela decisão do caso. A hipótese a ser verificada é a de que a dimensão da *judicial review* que emerge do caso tem um caráter limitado, permitindo à Corte o balanceamento no uso de seus poderes.

Palavras-chave: Marbury v. Madison. História constitucional. Controle judicial. Suprema Corte. Lacunas.

Abstract: This article analyzes the case Marbury v. Madison, decided by the United States Supreme Court in 1803, with emphasis on its historical context. From the repercussions of the United States presidential election of 1800, the paper will seek to understand the contradictions, limitations and the legacy of the case, as well as its immediate repercussion and throughout history. Understanding the distinction made by the Court between law issues and policy issues requires a historical look at the environment in which the case occurred. Concerned with the role of the History of the Law to reveal the hidden complexities of the myths consecrated in the legal discourse, the article investigates the gaps left by the case decision. The hypothesis to be verified is that the dimension of the judicial review that emerges from the case has a limited character, allowing the Court to balance the use of its powers.

Keywords: Marbury v. Madison. Constitutional history. Judicial review. Supreme Court. Loopholes.

Sumário: Introdução – **1** O contexto histórico e político – **2** A resistência federalista – **3** O caso – **4** A decisão – **5** A justificativa de Marshall para a *judicial review* – **6** A *judicial review* como uma questão jurídica – **7** O caso Stuart v. Laird – **8** A *judicial review* como atividade interpretativa – **9** A repercussão – Conclusão – Referências

Introdução

A Constituição dos Estados Unidos não definiu com precisão a extensão dos limites dos poderes da Suprema Corte, que era, acima de tudo, um órgão federal. Portanto, a definição exata das possibilidades de intervenção da Suprema Corte era crucial para definir não apenas o funcionamento do sistema de *checks and balances*, mas também para se determinar a extensão do poder da União em face dos estados. E foi exatamente esta última questão que deu origem às primeiras controvérsias políticas na nascente República.

Durante os mandatos dos dois primeiros presidentes norte-americanos, a nova elite dirigente se dividiu em dois partidos distintos. De um lado, George Washington, Alexander Hamilton e John Adams formavam o Partido Federalista, que defendia maior centralização de poder na esfera federal. De outro, Thomas Jefferson e James Madison perfilavam o Partido Republicano, ciosos das prerrogativas dos estados e da necessidade de contenção do poder federal sob a nova Constituição.

As eleições de 1801 foram disputadas em clima de grande acirramento político. O federalista John Adams tentou a reeleição, porém foi derrotado pelo republicano Thomas Jefferson. Pela primeira vez, os Federalistas deixariam o poder. O Presidente Adams, nos últimos dias de seu mandato, conseguiu obter do Congresso a aprovação do *Judiciary Act* de 1801, que criava novos cargos de juiz para a Justiça Federal. Uma segunda lei, aprovada logo em seguida, criava novas cortes no Distrito de Columbia. Com base nestas normas e no apagar das luzes de seu mandato, Adams nomeou mais de cinquenta juízes para manter a influência

do Partido Federalista durante o futuro governo republicano – os nomeados foram sarcasticamente apelidados pela oposição como “juizes da meia-noite”.

Entre os novos juizes, William Marbury, banqueiro e grande proprietário de terras de uma tradicional família de Maryland, fora designado para um cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia. O Senado confirmou as designações e os processos foram encaminhados ao então Secretário de Estado, John Marshall, para que efetivasse as nomeações e entregasse os termos de posse aos nomeados. Marshall, que acabara de ser nomeado para servir como *chief justice* da Suprema Corte, não teve tempo hábil para encaminhar todas as nomeações antes do término do mandato de Adams e alguns juizes – Marbury sendo um deles – não foram empossados.

Thomas Jefferson, do Partido Republicano, assumindo a presidência e contrariado como as nomeações “à meia-noite”, orientou o novo Secretário de Estado James Madison a não dar posse a esses juizes. Marbury, irressignado, impetrou um *mandamus* diretamente perante a Suprema Corte, conforme autorizava a seção 13 da Lei de Organização do Judiciário (*Judiciary Act of 1789*).

O processo continha questões políticas e jurídicas delicadas. O ponto central era determinar se a Suprema Corte poderia expedir uma decisão mandamental contra o secretário de estado. Se os juizes respondessem negativamente, estariam abdicando do “poder judicial” que a Constituição lhes conferia, restringindo a plenitude de sua função de “freio e contrapeso” em relação ao Poder Executivo. Se, ao contrário, os juizes decidissem favoravelmente à tese de Marbury, corriam o risco de um enfrentamento institucional, já que o Judiciário não teria meios de impor o cumprimento desta decisão, e era muito provável que Jefferson e Madison estivessem dispostos a confrontar a Corte, o que levaria igualmente à sua desmoralização e redução de seu papel político.

A genialidade da solução encontrada por Marshall contornava estas duas soluções possíveis, criando uma terceira via para o caso. A Suprema Corte, embora reconhecendo o direito de Marbury à nomeação, entendeu que o dispositivo (seção 13) da lei judiciária de 1789 que autorizava a impetração direta do *mandamus* perante a Suprema Corte colidia com a Constituição, pois as competências da Suprema Corte estavam ali exaustivamente numeradas. Ou seja, o *Judiciary Act* de 1789 tinha criado uma competência originária para a Suprema Corte não prevista na seção III da Constituição. Assim, a Corte poderia negar o pedido de Marbury, mas sem declarar que o Executivo estava acima da lei ou de que ele não poderia ser controlado pelo Judiciário. O fundamento era simplesmente o de que a Suprema Corte não tinha competência originária para apreciar o *mandamus*. Para chegar a esta conclusão, a Corte considerou que a lei aprovada pelo Congresso que criara tal competência era inconstitucional.

Esta foi a primeira vez que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, atribuição que não estava expressamente prevista na Constituição dos EUA, mas que era considerada inerente ao sistema de *checks and balances* pela doutrina dos primeiros intérpretes constitucionais, como se depreende do famoso Artigo Federalista nº 78, de Alexander Hamilton. Portanto, a decisão afirmou a doutrina da *judicial review* (controle de constitucionalidade), estabelecendo o princípio da supremacia da Constituição e a prerrogativa do Judiciário como seu intérprete final. Igualmente importante, a decisão ressaltava que os atos de natureza discricionária do Poder Executivo não eram passíveis de controle judicial, criando assim a “doutrina das questões políticas”. A decisão foi ainda uma demonstração de grande habilidade política do *Chief Justice* John Marshall, pois, ao mesmo tempo em que afirmava o poder e a independência da Suprema Corte em face do Executivo e do Legislativo, contornava qualquer possibilidade de ataque ou desobediência por parte dos Republicanos de Jefferson (contrários ao poder dos juízes de declarar a inconstitucionalidade das leis), pois a decisão em si era favorável a esse grupo.

Consoante aponta Santiago,¹ a compreensão do caso *Marbury v. Madison* revela que a dimensão da *judicial review* nele proposta tinha um caráter muito mais limitado do que essa competência passou a assumir ao longo dos anos. Por outro lado, *Marbury v. Madison* não criou, a partir do vazio, a *judicial review*. Esclarece Continentino² que havia, desde os tempos coloniais, a construção de uma tradição jurídica que fundamentava tanto a normatividade da Constituição como a competência judicial para o controle de constitucionalidade das leis. O padrão do certo e do justo, fundado na *common law*, e as constituições estaduais eram os padrões utilizados pelas Cortes locais, especialmente nas décadas finais do século XVIII, para conformar a atuação dos legisladores. A própria Suprema Corte havia discutido, antes de *Marbury v. Madison*, um caso em que se cogitou do exercício da competência de controle de constitucionalidade das leis.

O presente artigo se propõe a revisitar o caso *Marbury v. Madison*, evitando o anacronismo de lançar sobre aquele momento histórico a carga política que a *judicial review* veio a assumir. O problema a ser discutido é por que Marshall e os demais *justices* preferiram apoiar a *judicial review* em uma lógica formal, ao invés de discutir a tradição jurídica de controle judicial das leis.

O presente artigo formula uma hipótese interpretativa da decisão da Suprema Corte. A opção de Marshall por deixar de lado a discussão sobre aspectos mais

¹ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015.

² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do judicial review: o mito de Marbury*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 125-126.

profundos da *judicial review* atendia à necessidade imediata de solucionar o conflito institucional entre os poderes e permitia à Corte calibrar o exercício dessa competência, conforme as circunstâncias políticas. *Marbury v. Madison* foi julgado em um momento crítico da história da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que sua autoridade estava sob ataque dos demais poderes. No nascedouro da democracia americana, o acirramento dos ânimos entre os Federalistas e os Republicanos, logo após a eleição de Thomas Jefferson para a presidência, influenciou decisivamente o posicionamento da Suprema Corte.

Assim, atento ao papel da história do direito, conforme aponta Grossi,³ de fazer aparecer as complexidades escondidas por traz dos mitos cristalizados no discurso jurídico, o artigo destaca a necessidade de não se desprezar as contradições e as lacunas da decisão de *Marbury v. Madison*, a partir de um esforço de compreensão do caso à luz de seu contexto histórico.

1 O contexto histórico e político

Havia muito mais em jogo na eleição de 1800, nos Estados Unidos, do que apenas a presidência. A vitória de Thomas Jefferson, que impediu a tentativa de reeleição de John Adams, tinha ares de uma verdadeira revolução. Ackerman⁴ anota que estavam em disputa a visão de república que os Estados Unidos deveriam ser e também o papel constitucional das instituições republicanas.

Logo após a guerra pela independência e especialmente nos debates que resultaram na elaboração da Constituição americana, duas visões sobre os rumos da república se formaram: o republicanism cívico e o republicanism liberal, conforme a nomenclatura utilizada por Núñez e Quintana.⁵ A primeira delas valorizava a atividade agrária e tinha uma marcante tendência à descentralização do poder em favor das unidades menores, em que se entendia que a vida realmente acontecia. A outra visão de república desde cedo se preocupava com o posicionamento estratégico dos Estados Unidos diante das questões internacionais e externava uma tendência centralizadora e um viés financeiro e comercial. Kramnick⁶ esclarece que essa dicotomia, ainda que imperfeita, estava no centro do embate entre os defensores da ratificação da Constituição (os Federalistas) e os contrários a ela (os Antifederalistas).

³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 13.

⁴ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 5.

⁵ NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: a separação dos poderes made in America. *Revista de Informação Legislativa*, n. 204, p. 139-161, out./dez. 2014. p. 139-161.

⁶ KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 29-75.

Anota Ackerman⁷ que embora o sistema partidário nos Estados Unidos só viesse a se estruturar a partir de 1839, com a presidência de Andrew Jackson, no começo do século XIX já se podia identificar um antagonismo entre o grupo político dos Federalistas – que assumiu o poder com a presidência de George Washington (1789-1797) e John Adams (1797-1801) – e o grupo dos Republicanos, liderado por Thomas Jefferson.

Uma linha ideológica também dividia os dois grupos. À época colonial, o estilo de vida na América era baseado na ideia de consenso comunitário e de valores compartilhados. Acreditava-se que dificilmente havia necessidade de se fazer escolhas políticas, na medida em que a sociedade era vista como um organismo estável que crescia e se mantinha por sua própria vontade. Acreditava-se que a vida comunitária poderia ser conduzida, tanto do ponto de vista político como jurídico, com base em princípios compartilhados. A independência abalou as bases do estilo consensual de fazer política, exigindo que escolhas baseadas na vontade da maioria fossem canalizadas por meio de uma nova fonte: a legislação criada por representantes do povo. De certa forma, expõe Nelson,⁸ na passagem do século XVIII para o XIX o mundo pré-revolucionário e o novo estilo de política conviviam: os americanos eram governados tanto por princípios estáveis quanto por inovações estabelecidas por maiorias eleitorais.

Prosegue Nelson⁹ aduzindo que os Federalistas, apegados à tradição, tinham a tendência de ver o direito como reflexo de princípios fixos e transcendentais e viam os Republicanos como desestabilizadores das virtudes permanentes da comunidade; já os Republicanos eram entusiastas das conquistas das maiorias populares e do estilo revolucionário de governo, e acusavam os Federalistas de serem restauradores dos antigos valores monárquicos.

Wood¹⁰ indica que, em 1800, os jeffersonianos eram vistos como os herdeiros dos antifederalistas e do republicanismo cívico. Jefferson e seus seguidores temiam que os interesses financeiros, o estilo urbano de vida e um governo central engrandecido pudessem destruir os ideais republicanos. O discurso de Jefferson de construir um país baseado no associativismo agrário, em que o governo central teria um papel restrito, ganhou o gosto popular, pois “os cidadãos norte-americanos pareciam acreditar que o sonho de uma república perfeita e intacta seria realizado”.¹¹

⁷ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-104.

⁸ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 10-27.

⁹ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 37-40.

¹⁰ WOOD, Gordon S. *A revolução americana*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 199.

¹¹ KARNAL, Leandro et. al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2011. p. 102.

A eleição de 1800 deu a chancela popular à visão republicana, mas o intrincado sistema eleitoral estendeu a disputa política à beira de um colapso.

Além da concepção republicana, a eleição de 1800 testou a resistência do sistema constitucional ao populismo. Os Fundadores tinham a difícil missão de criar um órgão executivo enérgico em um governo limitado que evitasse a tirania. Para assegurar a energia do órgão executivo foi instituída uma presidência unitária, separada do Legislativo, com poderes explícitos e capaz de se defender dos ataques do Legislativo pelo poder de veto. A defesa da estrutura e dos poderes da Presidência coube a Hamilton (artigos Federalistas nºs 67 a 77), que no Artigo Federalista nº 70, sintetizava: “A energia no Executivo constitui uma característica marcante na definição de um bom governo”.¹²

Por sua vez, ressalta Tulis,¹³ o sistema eleitoral, a periodicidade do mandato e a própria extensão da república preveniriam o risco de que um demagogo populista alcançasse a presidência. A instituição do Colégio Eleitoral revelava a crença de que “no futuro, poucos candidatos à presidência teriam reconhecimento popular amplo no país”.¹⁴ O Colégio Eleitoral deveria escolher, entre os candidatos mais votados, o presidente e o vice. Se não conseguisse apontar, por maioria, um candidato vencedor da disputa, a escolha final seria feita pela Câmara dos Representantes (equivalente à Câmara dos Deputados no Brasil atual).

Ackerman¹⁵ afirma que a presidência tinha sido criada para que a qualidade pessoal virtuosa – e não a popularidade – fosse a principal credencial do postulante ao cargo. O Colégio Eleitoral tornaria difícil que o presidente pretendesse falar em nome do povo, até porque a única instituição escolhida inteiramente pelo voto popular era a Casa dos Representantes.¹⁶ Destaca Ackerman¹⁷ que, diferentemente dos dias de hoje, em que a eleição do presidente simboliza a aquiescência do povo a uma plataforma política, o projeto originário da Constituição não esperava que o presidente exercesse um mandato popular e muito menos que sua eleição tivesse um caráter plebiscitário. Foi exatamente essa situação inédita que se apresentou na eleição de 1800.

Os candidatos republicanos Thomas Jefferson (então vice-presidente) e Aaron Burr, com um forte discurso contra os Federalistas, tiveram ampla maioria

¹² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russel, 2010. p. 434.

¹³ TULIS, Jeffrey. As duas presidências constitucionais. In: NELSON, Michael (Org.). *A presidência e o sistema político: política norte-americana hoje*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1985. p. 85-86.

¹⁴ WOOD, Gordon S. *A revolução americana*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 189.

¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 93.

¹⁶ A eleição direta para os membros do Senado, nos Estados Unidos, foi instituída apenas em 1913, pela ratificação da 17ª Emenda à Constituição.

¹⁷ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 91-95.

no voto popular. Embora fosse claro, para o eleitor, que Jefferson deveria ser o presidente, até então a disputa eleitoral não distinguia o candidato a presidente e o candidato a vice, cabendo a definição ao Colégio Eleitoral, a partir dos candidatos mais votados.¹⁸ No Colégio Eleitoral, no entanto, não se apontou um vencedor, o que levou a decisão para a Casa dos Representantes. Ocorre que no momento da decisão, a Casa dos Representantes ainda era dominada pelos Federalistas, que quase deram a vitória a Burr em represália a Jefferson. Houve agitação popular e alguns governos republicanos estaduais, como os da Pensilvânia e da Virgínia, prepararam tropas para marchar sobre Washington caso os Federalistas usassem de algum truque legal para subtrair a vitória republicana. Alexander Hamilton, federalista, mas inimigo declarado de Burr, se encarregou de convencer seus companheiros a aceitar Jefferson como o vencedor. A decisão em favor de Jefferson só foi tomada após 36 rodadas de votação, em 17.2.1801, duas semanas antes do encerramento do mandato do Presidente Adams.¹⁹

2 A resistência federalista

Os federalistas, em uma atuação conjunta do Congresso e do Presidente Adams, todos em fim de mandato, buscaram meios de resistir à administração de Jefferson que se aproximava. O foco da resistência federalista seria o Judiciário federal e a Suprema Corte.

A resistência na Corte foi possibilitada pela renúncia, no final de 1800, por motivos de saúde, do *Chief Justice* Oliver Ellsworth, o que permitiu ao Presidente Adams nomear para o cargo de *chief justice* da Suprema Corte o seu Secretário de Estado John Marshall.

Marshall era um político moderado, mas profundamente comprometido com a ideologia federalista, que começou sua carreira no exército, participado da guerra da independência, junto ao general George Washington. Oriundo da Virgínia, integrou a convenção daquele estado que ratificou a Constituição federal. Após uma carreira política e jurídica local, Marshall foi designado pelo Presidente Adams para integrar em 1797 uma missão internacional, destinada a negociar o fim das hostilidades com a França e acabou obtendo grande projeção nacional ao denunciar publicamente uma tentativa de chantagem envolvendo autoridades do

¹⁸ Essa situação foi alterada logo após a eleição de 1800, pela Décima Segunda Emenda à Constituição, de 1804, que estipulou que os eleitores votariam separadamente para presidente e vice-presidente, não podendo um mesmo candidato concorrer aos dois cargos, e que no caso de empate no Colégio Eleitoral, a escolha do presidente seria feita pela Casa dos Representantes e a escolha do vice-presidente seria feita pelo Senado.

¹⁹ Cf. ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 16-35.

governo francês. Embora tenha se mantido fiel à causa federalista, foi um crítico das posturas mais autoritárias do Presidente Adams, em especial da legislação que punia opositores políticos por crime de opinião. Eleito para o Congresso Nacional, em 1799, acabou integrando a administração Adams após a saída de Hamilton. Marshall foi nomeado secretário de estado em maio de 1800. O Secretário de Estado Marshall implantou a política de manutenção da paz com a Inglaterra e com a França, foi o encarregado da mudança da sede do governo da Filadélfia para Washington e se tornou um conselheiro próximo do presidente. Marshall conduziu, na prática, o governo no período eleitoral, quando o Presidente Adams se afastou para se dedicar à campanha. De uma forma geral, Marshall tentou se manter afastado da disputa eleitoral. Marshall como *chief justice* na Suprema Corte não foi a primeira escolha de Adams, que antes ofereceu o cargo a John Jay, que o recusou; nem era a escolha mais óbvia, uma vez que existiam outros federalistas mais destacados, como os *Associate Justices* William Cushing e William Paterson. No entanto, a escolha de Marshall ampliou a importância política da Suprema Corte, tendo em vista a carreira do indicado. A indicação de Marshall obteve a aprovação 15 jeffersonianos no Senado. Marshall tomou posse na Suprema Corte em 4.3.1801, mas continuou exercendo as funções de secretário de estado, a pedido de Adams e de Jefferson, até que James Madison, seu sucessor no cargo, chegasse para assumir o posto.²⁰

A resistência federalista também se desenhou quando o Congresso, em fim de mandato, editou novas legislações, em 1801, reorganizando a estrutura do Judiciário federal, bem como criando vários cargos de juízes para atuar em Cortes inferiores, a serem preenchidos ainda pelo Presidente Adams. Um dos argumentos centrais para a reorganização judiciária era a necessidade de extinguir o dever dos *justices* da Suprema Corte de participar de julgamentos em cortes inferiores. Aponta Rehnquist²¹ que a participação nos julgamentos de circuito obrigava o deslocamento por vastas áreas geográficas do país, o que era um grande sacrifício, dadas as condições precárias de transporte da época. As indicações dos ocupantes de todos esses novos cargos criados foram aprovadas pelo Senado e assinadas pelo presidente nos últimos dias do mandato, mas nem todos os termos de posse chegaram a seus destinatários.

A reorganização do Judiciário federal e a indicação dos “juízes da meia-noite”, como ficaram conhecidos os novos nomeados, incendiou o cenário político, já extremamente tensionado. Os Federalistas foram acusados de buscar refúgio para

²⁰ Cf. NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 41-53; THAYER, James Bradley. *John Marshall*. Boston; New York: Houghton, Mifflin and Company, 1901.

²¹ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Book, 2002. p. 27-28.

seus seguidores. Souto aponta que se deve interpretar a atitude dos Federalistas de forma mais profunda:

Talvez fosse mais sensato admitir que o Presidente Adams não queira apenas proteger seus partidários, contudo, também – e talvez esse seja o motivo principal –, resguardar a doutrina política federalista que certamente seria modificada pelos republicanos.²²

De fato, o fortalecimento do Judiciário federal significava o rompimento de um compromisso político que remontava à Convenção constituinte e que se materializou no *Judiciary Act* de 1789. A Constituição criou uma Suprema Corte, com competência para julgar casos oriundos de Cortes estaduais ou federais em que se discutisse a aplicação da legislação federal, mas delegou ao Congresso a tarefa de estruturar o Judiciário nacional. A Suprema Corte teria poderes limitados para impor suas decisões, de maneira que Cortes federais inferiores eram essenciais para a imposição da lei nacional. No entanto, o Congresso, atento à questão federativa, estabeleceu um escasso Judiciário federal em 1789. Um governo federal fortalecido dependia de uma jurisdição federal também robusta.²³

Ackerman²⁴ relata que a reação de Jefferson e dos Republicanos foi de extrema indignação. Para Jefferson, a indicação desses juízes federalistas era uma verdadeira afronta à vontade do povo americano. Tem início, assim, uma verdadeira cruzada republicana contra o Judiciário e, em especial, contra a Suprema Corte. O Presidente Jefferson determinou que não se entregassem os termos de posse dos novos juízes. Já em fevereiro de 1802, o novo Congresso empossado, agora de maioria republicana, revogou a legislação aprovada, restaurando os termos da organização judiciária de 1789 e revogou o termo judiciário de 1802, impedindo que a Suprema Corte se reunisse até o início do termo de 1803.²⁵ Ataques à Corte vinham da imprensa e do Congresso e a possibilidade de *impeachment* era abertamente cogitada, o que realmente chegou a ocorrer, em 1804, contra o *Justice* Samuel Chase, embora o processo tenha sido ao final rejeitado pelo Senado.²⁶

Nesse cenário de hostilidade e de confronto institucional é que se apresentou para julgamento, em 1803, o caso em que um dos “juízes da meia-noite”, William Marbury, que não tinha recebido seu termo de posse, requereu à Corte a concessão

²² SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

²³ Cf. NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 56-58.

²⁴ Cf. ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 16-35.

²⁵ Cf. REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Book, 2002. p. 28.

²⁶ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 23-24.

de um *writ of mandamus* em face do novo Secretário de Estado, James Madison, para que sua *commission* lhe fosse entregue.

3 O caso

Marbury apresentou sua ação perante à Suprema Corte em dezembro de 1801, requerendo que Madison fosse compelido a lhe entregar a *commission* que lhe asseguraria a posse no cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia. A ação tinha por base a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que previa a competência originária da Suprema Corte para emitir *writs of mandamus* “nos casos justificados pelos princípios e estilos legais, a quaisquer tribunais instituídos, ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos”.²⁷

O autor alegava que possuía direito ao cargo, que tal direito havia sido violado e que o *writ of mandamus* era o remédio hábil a tutelar o seu direito. Recebida, inicialmente, a ação, foi determinada a oitiva do secretário de estado, que não se manifestou. Após a suspensão do termo judicial no ano de 1802, o caso foi retomado para julgamento em 1803.

A questão jurídica posta era se a Corte tinha autoridade para ordenar que o Secretário de Estado se conduzir de forma determinada. Essa questão, no entanto, mascarava a real tensão política envolvida, na medida em que a Corte teria de impor à nova administração republicana que desse cumprimento a um ato dos Federalistas, o qual Jefferson reputava violador da vontade popular.

A concessão da ordem tinha o concreto risco de desmoralização da Corte, pois possivelmente Jefferson simplesmente a ignoraria. Todavia, o recuo da Corte diante de seu dever representaria sua sucumbência total ante os Republicanos. Marshall precisava encontrar uma solução não apenas jurídica, mas especialmente uma saída política que assegurasse a sobrevivência da Corte.

4 A decisão

A Corte decidiu, em fevereiro de 1803, de forma unânime, cabendo ao *Chief Justice* Marshall a redação do voto, invertendo a ordem natural decisória.²⁸

Primeiramente, a Corte decidiu se Marbury tinha direito à *commission* pleiteada e se este direito havia sido violado. Posteriormente, a decisão analisou se as leis

²⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 160.

²⁸ Adotou-se, no presente artigo, a tradução da decisão do caso feita por Américo Lobo, na obra *Decisões constitucionais de Marshall – Presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*, atualizada e livremente adequada ou corrigida por Andrade (ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 145-166).

do país previam recurso contra a violação do direito e se esse recurso seria o *writ of mandamus* perante a Suprema Corte.

Na primeira parte da decisão, a Corte reconheceu que Marbury tinha direito a tomar posse no cargo, pois a *commission*, após assinada pelo presidente e selada pelo secretário de estado, já era perfeita. A mera transmissão da *commission* não era um elemento necessário à validade do documento. Sendo a nomeação para um cargo inamovível, o ato, após preenchidos os seus requisitos de validade, não era mais revogável, por já conferir legítimos direitos que não podiam mais ser suprimidos. O direito à posse no cargo público foi tratado como um direito de propriedade e a atitude do secretário de estado de reter a *commission* foi considerada um ato violador de um legítimo direito adquirido.

Após, ao apreciar o ponto sobre a existência de recurso contra o direito violado, a decisão passou a considerar a delicada questão atinente ao controle dos atos das autoridades públicas. Nesse aspecto, a decisão procurou estabelecer um critério legal para guiar o exercício da jurisdição pelo Tribunal, formulando a teoria das questões políticas. Assentou Marshall: “a questão, se a legalidade de um ato do chefe de um departamento está ou não sujeita ao exame de um tribunal judiciário, depende sempre e necessariamente da natureza desse ato”.²⁹ Se o ato se caracterizar como político, por dizer respeito à nação e aos assuntos de governo e não tocar a direitos individuais, a decisão da autoridade pública não seria passível de revisão pelo Judiciário. No entanto, se um direito individual estiver dependendo da prática de um ato da autoridade, a questão se transforma em jurídica, e o ofendido pode recorrer aos Tribunais para proteger seu direito. A questão política estava inteiramente sujeita ao jogo democrático majoritário, mas as questões que envolvessem direitos individuais eram questões jurídicas, controláveis pela Corte por meio dos princípios fixos, à moda da política de consenso da tradição colonial. A Corte reconheceu que o caso tratava de uma questão jurídica e que o direito violado era passível de ser tutelado por um recurso judicialmente.³⁰

Ao passar para a análise do remédio utilizado por Marbury para proteger seu direito violado, a Corte reconheceu que, embora o *mandamus* fosse o remédio hábil, não era possível impetrá-lo diretamente perante a Corte. Para chegar a essa conclusão, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da previsão constante no *Judiciary Act* de 1789, que atribuía uma competência originária à Suprema Corte não prevista na Constituição.

²⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison*: o nascedouro do controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 154.

³⁰ Cf. NELSON, William E. *Marbury v. Madison*: the origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 67-70.

Para evitar o confronto da Corte com a administração de Jefferson, Marshall optou pela interpretação de que a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ao prever hipótese de competência originária para a Suprema Corte, entrou em contradição com o artigo da Constituição que trata da competência originária da Corte de forma categórica e em casos específicos, entre os quais não se achava o *mandamus*.

Era uma saída honrosa: “A Corte, de modo muito inteligente e hábil, procurou, então, mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder”.³¹ Ao mesmo tempo em que admoestou a administração Jefferson de que a retenção da *commission* de Marbury era um ato ilegal, evitou o confronto direto com o Executivo, declarando-se incompetente para apreciar o *mandamus*, em face da inconstitucionalidade da lei que lhe atribuiu tal competência.

5 A justificativa de Marshall para a *judicial review*

Marshall apresentou as razões da Corte de forma muito clara e objetiva, naquela que é considerada – além da sua importância transcendental – uma das decisões mais primorosamente bem redigidas da história da instituição. Apontou Marshall:

A questão, se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição, pode tornar-se a lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos.³²

Em seguida, após estabelecer que, sendo uma Constituição a lei suprema do país, qualquer lei que a contrarie não pode subsistir, sendo nula, prossegue Marshall:

Essa teoria adere essencialmente às Constituições literais e deve conseqüentemente ser tida e havida por este Tribunal como um dos principais fundamentos de nossa sociedade. Não se deve, portanto, perdê-la de vista no ulterior exame desta causa.

Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhes efeito? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão efetiva como se fosse lei? Fora subverter de fato o que ficou estabelecido em teoria e pareceria, à primeira vista, absurdo crasso para que seja defendido. Contudo terá mais acurado exame.

³¹ Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 36.

³² ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 162.

Enfaticamente, é a província e o dever de o Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se 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.³³

E concluiu Marshall mais à frente:

Assim a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento.³⁴

Marshall extraiu a possibilidade de a Corte declarar a inconstitucionalidade de uma lei editada pelo Congresso da noção de superioridade e de normatividade da Constituição. A Constituição, por ser superior, deve prevalecer sobre as leis que lhes são contrárias. Por outro lado, a Constituição, por ser norma jurídica, deve ser aplicada ao caso sujeito à apreciação do juiz. A superioridade da Constituição, por sua vez, decorreria da adoção de uma Constituição escrita e de um Governo limitado. A decisão da Corte invocou, ainda, como fundamento para a *judicial review*, o juramento dos juízes de obedecerem à Constituição.

6 A *judicial review* como uma questão jurídica

Parece, à primeira vista, haver uma contradição na decisão da Corte. Inicialmente, a decisão demarcou claramente que a Corte se manteria fora das questões políticas, mas em um segundo momento exerceu, sem maiores dificuldades, o poder de declarar inválida, por vício de inconstitucionalidade, uma lei editada

³³ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison*: o nascedouro do controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 163-164.

³⁴ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison*: o nascedouro do controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 166.

pelo Congresso. Pode haver ato de maior caráter político do que declarar uma lei inconstitucional? Por estranho que possa parecer aos olhos de hoje, a declaração de inconstitucionalidade tinha menor carga política que a concessão do *mandamus* em face do Secretário de Estado.

Rehnquist³⁵ destaca que decidir se a Suprema Corte poderia conceder uma ordem mandamental a um ocupante do cargo do Poder Executivo era mais controverso, à época, do que a própria decisão de controle de constitucionalidade das leis. A questão que pairava era saber até onde a Suprema Corte poderia intervir nos assuntos do Governo.

Quando Marshall traçou a linha divisória entre política e direito, entendeu que a *judicial review* estava do lado das questões jurídicas, uma vez que seria exercida apenas para a proteção dos direitos individuais garantidos pelos princípios permanentes e consensuais da comunidade. Hamilton já havia expressado, no Artigo Federalista nº 78, a ausência de viés político da *judicial review*, ao afirmar o caráter técnico da interpretação: “As cortes devem esclarecer o sentido do dispositivo legal e, se tentarem substituir *juízos* por *vontade*, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores”.³⁶ O confronto entre a legislação e a Constituição, portanto, era entendido como uma atividade destituída de carga política; era apenas a mera comparação entre princípios fundamentais incorporados no texto escrito da Constituição com o texto da legislação.

Nelson,³⁷ nesse aspecto, interpreta que Marshall e os *justices* não tinham a intenção de se declarar os últimos árbitros das escolhas constitucionais da nação, com o poder de vincular os demais ramos do governo a seus julgamentos constitucionais. Também Andrade anota que Marshall “não explicitou que a interpretação constitucional desenvolvida pelo tribunal fosse vinculante para os Poderes Executivo e Legislativo para além do caso decidido”.³⁸

7 O caso Stuart v. Laird

A compreensão do caráter mais estreito da *judicial review* fica mais clara quando se complementa o estudo do caso Marbury v. Madison com outro caso, decidido dias depois: o caso Stuart v. Laird.

³⁵ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Book, 2002. p. 29.

³⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russel, 2010. p. 480-481.

³⁷ Cf. NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 59.

³⁸ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 107.

Stuart v. Laird suscitava duas questões decorrentes da revogação do Ato Judiciário de 1801. Primeiro, poderia o Congresso extinguir as cortes (circuitos) criados pela lei de 1801 e, como consequência, subtrair o cargo dos juízes nomeados para os respectivos postos, a despeito da cláusula de vitaliciedade e bom comportamento? Em segundo lugar, o Congresso poderia determinar que os juízes da Suprema Corte atuassem cumulativamente como juízes do circuito da Justiça Federal? A decisão entendeu que as decisões do Congresso não violavam a constituição.

Nesse caso, se questionava a constitucionalidade da lei editada em 1802 pelo novo Congresso de maioria republicana, que revogou a lei que reorganizava a Justiça federal editada pelo Congresso federalista, em 1801, restaurando o *Judicial Act* de 1789. Tratava-se de uma causa entre dois particulares que foi julgada por um juiz cujo cargo foi criado pela lei de 1801. No entanto, no momento da execução do julgado, a nova lei de 1802 extinguiu o juízo originário, de maneira que o processo executivo foi instaurado perante a Corte de Circuito, restaurada pela nova legislação. A parte alegou a inconstitucionalidade da lei de 1802, argumentando que essa lei instituía competência à Suprema Corte em desacordo com a Constituição, uma vez que os *justices* participavam do julgamento das Cortes de Circuito.

Ao decidir o caso, a Corte afirmou a constitucionalidade da nova lei, que restaurou as Cortes de Circuito, ao argumento de que ela não atribuía competência diretamente à Suprema Corte, mas sim aos *justices* individualmente. A Corte também considerou relevante o fato de que os julgamentos de circuito existiram durante considerável tempo, sem oposição, contando a participação dos *justices*. No caso, não chegou a se apresentar a questão mais delicada atinente ao fato de que a lei de 1802 privou os juízes do direito ao cargo. Como a discussão do caso em concreto dizia respeito apenas à organização judiciária e não à alegação de violação de um direito individual, a Corte pode se afastar do tema mais sensível.

Nelson,³⁹ ao analisar o caso Stuart v. Laird, aponta que a Corte, para se abster de adentrar nas questões políticas, como Marshall havia estipulado no caso Marbury v. Madison, teve de capitular diante dos entendimentos do Legislativo questões controversas, como a indagação sobre a constitucionalidade da lei de 1802. Em suma, sempre que a questão não envolvia diretamente violação de direitos individuais, a Corte teria de se afastar das questões polêmicas, recusando-se a impor sua própria visão sobre o conteúdo da Constituição.

Ackerman,⁴⁰ por sua vez, aponta que o caso Stuart v. Laird demonstra que naquele momento não havia uma preocupação em estabelecer com robustez o

³⁹ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 68-69.

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 163-198.

paradigma da *judicial review*, estando a Corte mais preocupada com a reação política às suas decisões. Essa conclusão parece ser confirmada pelo comentário feito pelo próprio Marshall, em correspondência privada, diante do acirramento dos ânimos que desembocaram no processo de *impeachment* do Justice Samuel Chase, conforme relato de Rodrigues:

Presentes, em 1804, à sala das sessões do Senado, apinhada de gente, a fim de assistir ao processo de *impeachment* contra seu colega SAMUEL CHASE, JOHN MARSHALL e os juízes da Corte Suprema sabiam estar também eles e a instituição que representavam, em julgamento. Circulava, até o nome do substituto de MARSHALL, SPENCER ROANE. Alarmado, o grande *Chief-Justice* escreveu a CHASE dizendo ser preferível, à moderna doutrina de *impeachment*, “a revisão, pelo Congresso, das decisões julgadas inadequadas, certamente mais de acordo com a moderação do nosso caráter que a destituição do juiz que a proferiu desconhecendo sua falta”. Era a antítese da opinião exposta, o ano anterior, em *Marbury v. Madison*, sustentando a supremacia do Judiciário.⁴¹

8 A *judicial review* como atividade interpretativa

Marshall buscou sustentar a *judicial review* na atividade dos juízes de decidirem os conflitos existentes entre as normas jurídicas, como decorrência da adoção de uma Constituição escrita. Essa visão já havia sido anteriormente formulada por Hamilton, conforme se pode extrair da seguinte passagem do Artigo Federalista nº 81:

[...] não há uma única palavra, em todo o projeto [*da Constituição americana*] sob consideração, que *diretamente* autorize as cortes nacionais a interpretar as leis de acordo com o espírito da Constituição ou que lhes conceda, a esse respeito, uma latitude maior do que a que pode ser reivindicada pelas cortes de cada Estado. Admito, contudo, que a Constituição deva ser o padrão para a interpretação das leis e, sempre que houver uma evidente contradição, prevalecerá dispositivo constitucional. Esta doutrina, porém, não decorre de qualquer circunstância especial do projeto da convenção, mas da teoria de uma Constituição limitada e, tanto quanto parece, igualmente aplicável à maioria dos estados-membros, senão a todos eles. Assim, não poderá, a este respeito, haver qualquer objeção à judicatura federal que não atinja as judicaturas locais em geral e que não sirva para

⁴¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 24.

acusar qualquer Constituição de tentar impor limites à liberdade de ação do Legislador.⁴²

A competência dos juízes em dizer o que é o direito inclui solucionar o conflito entre a Constituição e a lei infraconstitucional, e essa seria uma atividade estritamente jurídica. No entanto, a referência ao texto constitucional como condição para a adoção da *judicial review* não significa negar situações em que há controvérsia sobre a violação da Constituição. Note-se que o próprio caso em julgamento era controvertido. Havia outras possibilidades interpretativas abertas a Marshall que poderiam salvar à constitucionalidade do *Judiciary Act* de 1789. Ressalta Nelson⁴³ que havia, à época, uma discussão se o termo *appellate* contido no artigo da Constituição que estabelecia o poder judicial deveria ser tomado em seu sentido técnico ou se apenas denotaria o poder de se socorrer de um tribunal. Portanto, não era evidente que o Congresso não poderia ampliar a competência originária da Suprema Corte. Tudo dependia da forma ampla ou estrita que se interpretasse a Constituição. Até mesmo a caracterização do *writ of mandamus* em face de um agente do governo como uma ação originária era controvertida à época, pois se poderia interpretar que se tratava de um recurso contra o ato da autoridade coatora e, portanto, compatível com a competência recursal da Corte. No entanto, para manter a distinção entre questões políticas e questões de direito, Marshall teve de considerar o *mandamus* contra um agente do governo como uma ação originária, distinguindo-o do *mandamus* contra o ato de um juiz de corte inferior.

A partir dessa perspectiva, pode-se compreender melhor a linha argumentativa desenvolvida por Marshall para reconhecer a competência de *judicial review*. A fundamentação desenvolvida pela decisão baseou-se em um raciocínio lógico, mas não enfrentou abertamente vários pontos controvertidos sobre o exercício da competência pela Corte para invalidar as leis editadas pelo Poder Legislativo federal. Ressalta Rodrigues que Marshall evitou enfrentar o ponto mais complexo, que seria definir, “na ausência de dispositivo expresso, a questão se a Corte era ou não autorizada pela Constituição a declarar a inconstitucionalidade das leis do Congresso”.⁴⁴

Vale notar que não há consenso entre os constitucionalistas americanos sobre a intenção original dos constituintes quanto à *judicial review*. Westin, em estudo introdutório à obra de Beard sobre o debate histórico quanto à alegação

⁴² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russel, 2010. p. 469.

⁴³ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 61-62.

⁴⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 36.

de que a *judicial review* seria uma usurpação pela Suprema Corte de uma função não conferida pela Constituição, sistematiza as diversas interpretações sobre qual teria sido a escolha dos membros da Convenção da Filadélfia:

1º Os constituintes decidiram conscientemente que o Judiciário teria o poder de julgar os atos do Congresso, e isto afirmaram com palavras expressas no texto da Constituição. 2º Os constituintes julgaram, conscientemente, que tal poder decorreria, por dedução normal, dos demais poderes conferidos à Corte e da lógica de uma Constituição escrita definindo um governo com limitação de poderes. 3º Os constituintes ficaram indecisos sobre se deveriam outorgar à Corte o poder de revisão. A Convenção terminou os trabalhos sem uma resolução consciente sobre a matéria, e os convencionais se separaram com opiniões diferentes sobre se a revisão pelo Judiciário seria admitida ou não. 4º Os constituintes examinaram a questão da revisão pelo Judiciário e decidiram omiti-la da Constituição, porque a maioria não estava convencida de seu acerto ou necessidade.⁴⁵

Marshall, no entanto, fugiu dessa discussão ao tratar a *judicial review* como uma questão de interpretação: juízes devem decidir o conflito entre a lei e a Constituição. E decidir esse conflito não seria uma atividade política.

A decisão da Corte também não invocou precedentes para o controle de constitucionalidade. É certo, no entanto, que o poder dos juízes de controlar os atos do Legislativo era uma construção que deitava raízes mais profundas. A noção, presente desde a fase colonial, de que os padrões sobre o certo e o justo não estavam sujeitos a mudanças já produzia uma tradição jurídica que abria o caminho para a *judicial review*. Indica Nelson⁴⁶ que na década de 1780 surgiram impugnações em Cortes estaduais questionando decisões de legislaturas contrárias ao padrão fundamental do certo.

O caso *Bonham*, de 1610, decidido na Inglaterra, por Edward Coke, era utilizado como referencial para as impugnações das legislaturas nas Cortes estaduais. Cuidava-se de um caso em que o *Royal College of Physicans*, a partir do poder recebido pelo Parlamento inglês para regular a prática da medicina em Londres, processou e prendeu o Dr. Bonham por violação de suas regras. Esclarece Pound⁴⁷ que, ao apreciar o caso, Coke fixou a máxima de que em muitas situações a *common law* pode controlar os atos do Parlamento e decidir pela invalidade deles. Na hipótese, a *common law* teria sido violada no entendimento de que ninguém

⁴⁵ WESTIN, Alan F. Introdução: Charles Beard e o grande debate nacional sobre os poderes de revisão do Judiciário (1790-1961). In: BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 13.

⁴⁶ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 34-37.

⁴⁷ POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 41.

pode ser ao mesmo tempo juiz e parte em um processo, como tinha permitido o ato do Parlamento ao atribuir ao *Royal College of Physicans* a faculdade de julgar o Dr. Bonham.

Nelson⁴⁸ destaca que o pronunciamento de Coke no caso Bonham é ambíguo, pois não define com clareza se seria uma hipótese de invalidação do estatuto ou de uma construção jurídica interpretativa. Cappelletti⁴⁹ ressalta que, na Inglaterra, a doutrina de Coke não frutificou, prevalecendo a noção da soberania do Parlamento; no entanto, na América, em luta exatamente contra o Parlamento inglês, preferiu-se a mensagem de Coke, “pois constituía uma barreira contra novas leis aprovadas por maiorias parlamentares volúveis, manobradas por grupos de pressão e acordos partidários”.⁵⁰ A adaptação do padrão de controle da *common law* para o da Constituição escrita indica que houve na América um processo de transição entre essas duas tradições jurídicas. Assim, como propõe Santiago,⁵¹ o caso *Marbury v. Madison* deve ser melhor entendido como uma espécie de elo entre esses dois mundos. Nesse sentido, “O controle judicial nos Estados Unidos [...] marcou a ruptura com a Constituição mista inglesa e o início e a consolidação de um novo paradigma constitucional, o da Constituição americana”.⁵²

Havia, portanto, na América, a construção de uma nova tradição jurídica, especialmente nas Cortes estaduais, que embasaria a *judicial review*.⁵³ Na própria Suprema Corte, anota Continentino,⁵⁴ antes mesmo de *Marbury v. Madison*, em 1796, no caso *Hylton v. United States*, houve expressa discussão sobre a inconstitucionalidade de uma lei, embora a questão não tenha sido definitivamente enfrentada. Evidentemente que a existência dessa tradição em construção não significava que o tema era isento de disputas.

No entanto, a postura de Marshall, possivelmente pressionado pelas circunstâncias políticas imediatas, contribuiu para obscurecer a questão da legitimidade da *judicial review*. Ao justificar o poder da Corte de rever a constitucionalidade das leis, a decisão deixou de discutir muitos aspectos que lhe serviriam de apoio, como

⁴⁸ NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 34-36.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 58-62.

⁵⁰ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 196.

⁵¹ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015.

⁵² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 128.

⁵³ THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

⁵⁴ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 125-126.

“as práticas dos tempos coloniais, precedentes anteriores à Convenção, debates da própria Convenção e de sua ratificação, interpretações do Congresso anteriores a 1803 ou fatos contemporâneos em seu apoio”.⁵⁵ Essas lacunas se explicam pelo esforço da decisão em manter a *judicial review* como uma decorrência lógica da adoção de uma Constituição escrita, a ser exercida para decidir exclusivamente as questões jurídicas.

Bickel,⁵⁶ ao evidenciar que a Suprema Corte também exerce uma função política, aponta que não é possível fundamentar a *judicial review* exclusivamente no poder judicial de resolver o conflito entre leis. Destaca Bickel, ao criticar a fundamentação de Marshall:

[...] Se duas leis conflitam, um tribunal deve obedecer à lei superior. Porém, Marshall sabia (e, de fato, era verdade neste caso) que um estatuto repugnante à Constituição, na maioria das ocasiões, não é auto evidente; ao contrário, isso é uma questão de política que alguém deve decidir. O problema é quem: os tribunais, o próprio legislador, o Presidente, talvez os membros dos júris para fins de veredictos criminais, ou, por fim e definitivamente, as pessoas por meio do processo eleitoral?

Esta é a verdadeira questão. [...].⁵⁷

De fato, como demonstra Nino,⁵⁸ não era um exercício de pura lógica que explicaria a adoção da *judicial review*. A supremacia da Constituição e o dever de guardá-la se aplicam também ao Executivo e ao Legislativo, de maneira que seria igualmente *lógico* supor que essas outras instituições não devem aplicar uma decisão da Suprema Corte que fosse contrária à Constituição. Pritchett⁵⁹ indica que o silogismo de Marshall esconde o real problema: a quem compete dizer se determinada lei é incompatível com a Constituição? A resposta a essa pergunta, por mais que Marshall se esforçasse em negar, é uma decisão política fundamental.

⁵⁵ WESTIN, Alan F. Introdução: Charles Beard e o grande debate nacional sobre os poderes de revisão do Judiciário (1790-1961). In: BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 16.

⁵⁶ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁵⁷ Tradução livre do original: “[...] If two laws conflict, a court must obey the superior one. But Marshall knew (and, indeed, it was true in this very case) that a statute’s repugnancy to the Constitution is in most instances not self-evident; it is, rather, an issue of policy that someone must decide. The problem is who: the courts, the legislature itself, the President, perhaps juries for purposes of criminal trials, or ultimately and finally the people through the electoral process? This is the real question. [...]” (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 3).

⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 261-269.

⁵⁹ PRITCHETT, C. Herman. A supremacia judicial de Marshall a Burger. In: HARMON, M. Judd (Org.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 146.

9 A repercussão

Do ponto de vista político imediato, a decisão do caso *Marbury v. Madison* não foi capaz de apaziguar os ânimos. Ao contrário, a atitude de Marshall de admoestar a administração Jefferson quanto à ilegalidade cometida, embora sem resultado prático, serviu como combustível à reação republicana. Em uma carta privada, Jefferson, ao comentar o caso, destacou que “esse costume do Juiz Marshall afastar-se de seu caso para prescrever o que a lei seria, num processo duvidoso, não perante o tribunal, é muito irregular e bastante censurável”.⁶⁰

Nem mesmo o resultado do caso *Stuart v. Laird*, em que a Corte aquiesceu à vontade do Congresso republicano, foi capaz de encerrar a luta. O próximo capítulo no embate entre os Republicanos e a Corte se deu no processo de *impeachment* do *Justice* Samuel Chase, que foi acusado, perante o Senado, de conduta imprópria por conta de um discurso inflamado contra o *Judiciary Act* de 1802, no qual “de forma indireta Chase imputara a Thomas Jefferson a pecha de mafioso, chefe de facção criminosa”.⁶¹ O *justice* acabou inocentado, em 1805, por não se ter alcançado o número mínimo necessário para a condenação, por uma diferença de apenas 4 votos.

Com o tempo, a Corte sobreviveu às investidas republicanas. O tempo também ajudou os Republicanos, que conseguiram formar a maioria dentro da Corte a partir do ano de 1811.⁶²

A reinvidicação da Corte do poder de *judicial review* não foi acolhida sem resistência. Andrade⁶³ anota que Jefferson jamais a aceitou, embora não a houvesse criticado publicamente. No entanto, como se verifica de sua correspondência privada, ele mantinha uma visão departamental, pela qual cada ramificação do Governo teria o direito de interpretar a Constituição, sendo que apenas o povo deveria ser o árbitro supremo da nação.⁶⁴ De toda forma, o fato de a Corte ter feito uso da *judicial review* sem invalidar atos do Congresso republicano empossado em 1801 impediu uma reação mais efetiva à afirmação da competência da Corte. Assenta Ackerman⁶⁵ que, depois da batalha pela preservação da independência judicial, o caso *Marbury v. Madison* havia deixado o legado da *judicial review*, a ser utilizado pela Corte no futuro.

⁶⁰ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Ibrasa, 1964. p. 140.

⁶¹ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

⁶² Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 25.

⁶³ ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 124-125.

⁶⁴ Cf. JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Ibrasa, 1964. p. 141; 144; 147.

⁶⁵ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 12-13.

A Corte só veio a declarar inconstitucional um outro ato do Congresso em 1857, no caso *Dread Scott v. Sandford*, o que mostra que “a doutrina da *judicial review of legislation* no tempo de Marshall, e logo após, sempre era vista com escopo bastante limitado”.⁶⁶ Nos anos seguintes ao caso, as Cortes estaduais passaram a intensificar o exercício do controle de constitucionalidade. A própria Suprema Corte passou a atuar na defesa da unidade nacional, impondo sua autoridade às cortes estaduais (*Martin v. Hunter’s Lessee*, de 1816 e *Cohen v. Virgínia*, de 1821) e exercendo o controle sobre as legislaturas estaduais (*Fletcher v. Peck*, de 1810).

Em termos de direito comparado, a decisão de *Marbury v. Madison* exerceu grande influência na difusão do controle de constitucionalidade, uma vez que “antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review (of the constitutionality of legislation)*, nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado”.⁶⁷ Também no Brasil,⁶⁸ o controle judicial de constitucionalidade, introduzido pela Constituição republicana de 1891, teve influência do modelo americano, contando com a entusiasta propagação de Ruy Barbosa.⁶⁹

Embora *Marbury v. Madison* não tenha ainda sido desalojado do seu lugar de destaque na história do constitucionalismo mundial, algumas novas interpretações relativizam sua importância. Por um lado, ressalta Continentino,⁷⁰ autores críticos da personalização da história questionam o tributo rendido à engenhosidade de Marshall na construção dos argumentos lógicos da decisão de invalidar uma lei contrária à Constituição. Por outro lado, outros autores, como Bernal,⁷¹ têm destacado que a tendência da dogmática tradicional de tributar a defesa judicial de constitucionalidade apenas aos dois marcos fundacionais de *Marbury v. Madison* e dos tribunais constitucionais inspirados em Kelsen nega, indevidamente, o papel fundamental que a experiência histórica local, como a ocorrida na América Latina no século XIX, desempenha na formação das instituições.

⁶⁶ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 46.

⁶⁸ O presente artigo não tem o objetivo de averiguar o real impacto da decisão de *Marbury v. Madison* sobre a história da jurisdição constitucional no Brasil. Para uma análise das origens do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir da recuperação da influência da era pré-republicana, cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. Coimbra: Almedina, 2015.

⁶⁹ BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

⁷⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de *Marbury*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 115-132.

⁷¹ BERNAL, Andrés Botero. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. *Revista Seqüência*, n. 59, p. 271-298, dez. 2009.

Mesmo dentro dos Estados Unidos, há questionamento quanto ao cânone *Marbury v. Madison*. Ackerman,⁷² por exemplo, sustenta que o caso é supervalorizado, por conta de uma visão estreita das origens do constitucionalismo americano. Segundo Ackerman, a tendência de ver a Fundação como o momento de vitória dos ideais centralizadores dos Federalistas faz com que *Marbury v. Madison* seja compreendido como o último ato da conquista federalista: o enquadramento da revolução de 1800 aos padrões da Constituição de 1789. Ackerman, no entanto, sustenta que o caso é apenas um dado da longa batalha que ocorreu por toda a década seguinte, em que os três poderes em disputa fixaram novas bases fundacionais do direito constitucional americano. Essas novas bases são o resultado de elementos não previstos pelos Pais Fundadores: a política partidária, que abalou o projeto de controle das facções; e a presidência plebiscitária, que impôs uma reformulação do papel das instituições republicanas.

Conclusão

Marbury v. Madison é um caso clássico do direito constitucional. Como todo clássico, é uma fonte inesgotável de interpretações. A tendência de analisar o caso com os olhos do presente torna difícil, ou mesmo impossível, compreender as limitações, as contradições e o legado do caso. Nesse sentido, o entendimento do contexto histórico e político em que o caso estava inserido é indispensável para esclarecer suas nuances.

Premidos pelo risco real de esvaziamento da Corte, Marshall e os demais *justices* precisaram medir com cuidado cada palavra utilizada para decidir o caso. Valeram-se da *judicial review* para declarar a invalidade de um dispositivo legal sobre o qual não havia disputa, possibilitando uma saída honrosa ao dilema político em que se encontravam. Deram, no entanto, a garantia de que só usariam esse poder para as questões jurídicas e não para as questões políticas.

A *judicial review* que emerge de *Marbury v. Madison* tinha um caráter limitado. A Corte não poderia substituir os juízos valorativos do legislador e impor à nação sua própria visão moral e de justiça econômica e social. O desenvolvimento da história dos Estados Unidos tornou essa visão da *judicial review* muito distante, mas ela deve ser recuperada para a compreensão adequada das circunstâncias em que se deu o nascimento da competência mais importante da Suprema Corte.

Embora a *judicial review* não fosse um tema explícito da Constituição, no momento da decisão do caso *Marbury v. Madison* já havia na América uma tradição sendo construída em seu favor, especialmente a partir das décadas de 1780 e

⁷² ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 224.

1790. Esse fato não significa que não houvesse controvérsia quanto ao tema, especialmente quando contaminado pela disputa político-ideológica. O enfrentamento aberto da controvérsia, pela Corte de Marshall, poderia ter desmistificado a origem da competência revisional. A circunstância histórica em que o caso se deu, todavia, levanta dúvidas sobre se a Corte tinha realmente a intenção de fixar o precedente da *judicial review* de forma ampla, ou se seria mais conveniente deixá-lo em um terreno lacunoso, de modo que fosse mais fácil abandoná-lo quando conveniente, como o caso *Stuart v. Laird* logo exigiu.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2005.
- ANDRADE, Fábio Martins de. *Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.
- BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.
- BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BERNAL, Andrés Botero. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. *Revista Seqüência*, n. 59, p. 271-298, dez. 2009.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. Coimbra: Almedina, 2015.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russel, 2010.
- HARMON, M. Judd (Org.). *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- KARNAL, Leandro et. al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2011.
- KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

NELSON, Michael (Org.). *A presidência e o sistema político: política norte-americana hoje*. São Paulo: Alfa-Omega, 1985.

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

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magjoli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: a separação dos poderes made in America. *Revista de Informação Legislativa*, n. 204, p. 139-161, out./dez. 2014.

POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

PRITCHETT, C. Herman. A supremacia judicial de Marshall a Burger. In: HARMON, M. Judd (Org.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Book, 2002.

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

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

THAYER, James Bradley. *John Marshall*. Boston; New York: Houghton, Mifflin and Company, 1901.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

TULIS, Jeffrey. As duas presidências constitucionais. In: NELSON, Michael (Org.). *A presidência e o sistema político: política norte-americana hoje*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1985.

WESTIN, Alan F. Introdução: Charles Beard e o grande debate nacional sobre os poderes de revisão do Judiciário (1790-1961). In: BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

WOOD, Gordon S. *A revolução americana*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008.
