

O CASO *MARBURY V. MADISON*: O NASCIMENTO DO JUDICIAL REVIEW COMO ARTIFÍCIO POLÍTICO

THE CASE *MARBURY V. MADISON*: THE BIRTH OF JUDICIAL REVIEW AS A POLITICAL ARTIFICE

Ana Luiza Saramago Stern*

RESUMO: O caso *Marbury v. Madison* entrou para a história como *leading case* do *judicial review* na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mas o que uma análise mais próxima revela é uma decisão que, além de seu conteúdo jurídico, teve forte conteúdo político. Este trabalho debruça-se sobre o contexto político dos primeiros anos do século XIX nos Estados Unidos para trazer à tona, da leitura crítica da decisão do *chief justice* Marshall, a disputa política e a afirmação de poder que estão por detrás da afirmação jurídica da Suprema Corte como guardiã da Constituição. Num período histórico em que os órgãos estatais da nascente república norte-americana ainda estão se estruturando e disputando seus poderes, a decisão de *Marbury v. Madison* afirma uma importante competência da Suprema Corte americana, construindo juridicamente sua competência para o controle de constitucionalidade, mas, sobretudo, politicamente assegurando para a jovem Suprema Corte uma nova e importante esfera de poder.

Palavras-chave: *Marbury v. Madison*. Controle de constitucionalidade. Suprema corte dos EUA.

ABSTRACT: The case *Marbury v. Madison* is written in history as the leading case of judicial review in the Supreme Court of United States of America, but a closer analysis reveals a decision that, beyond its juridical content, had a strong political content. This paper studies the political context of the first years of XIX century in United States to claim, from the critical lecture of chief justice Marshall's decision, the political dispute and the statement of power that leaves behind the juridical affirmation of Supreme Court as the guardian of the Constitution. In a historical period in which the state bodies of the rising north-American republic are yet disputing their spaces of power, the *Marbury v. Madison* decision affirms an important power of the American Supreme Court, by constructing in juridical terms its power to control the constitutionality, but, never the less, politically establishing for the young Supreme Court a new branch of power.

Keywords: *Marbury v. Madison*. Judicial review. Supreme Court of USA.

* Doutora e mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora do departamento de Direito da PUC-Rio. Advogada. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA INDEPENDÊNCIA À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO; 3 A ELEIÇÃO DE 1800 E OS *MIDNIGHT JUDGES*; 4 A DECISÃO DE MARSHALL E SEU CONTEÚDO POLÍTICO; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Muito se fala acerca do caráter político das cortes constitucionais cujos julgados muitas vezes tem conteúdos e efeitos que vão muito além dos aspectos estritamente jurídicos. Embora não seja apenas uma corte constitucional, desde a forma de seleção de seus ministros até a extensão de suas competências podemos identificar no nosso Supremo Tribunal Federal este forte aspecto político de algumas de suas decisões. Alguns autores chegam a identificar sob o título de “judicialização da política” uma transferência exagerada para as mãos do Supremo Tribunal Federal, de temas eminentemente políticos, e que, portanto, deveriam ser decididos no âmbito do Legislativo, nos debates próprios da democracia representativa.

Não é objetivo deste trabalho fazer a análise das causas, formas e consequências da “judicialização” da política, embora seja este tema da mais alta relevância e interesse nos debates que cercam a jurisdição constitucional no Brasil. No entanto, este aspecto político da atuação das cortes constitucionais, e especialmente de nosso Supremo Tribunal Federal é *leitmotiv* desta volta ao passado para investigar o caso *Marbury v. Madison*. Aguçada esta reflexão pela necessidade de pensar o aspecto político da jurisdição constitucional voltamos na história para encontrar, já na referida decisão de 1803, o caráter político tão debatido ainda hodiernamente.

Nesse sentido, nossa tese central é que o *judicial review*, cujo *leading case* é inquestionavelmente o caso *Marbury v. Madison*, apesar de sua construção e consequências jurídicas fundamentais, nasce como um artifício político das hábeis mãos do *chief justice* Marshall. Analisando aquela que podemos identificar como a mais importante e de maior repercussão decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, encontramos já lá no alvorecer do século XIX, na inauguração do *judicial review*, o aspecto político até hoje debatido quando falamos em

jurisdição constitucional. O Direito é uma construção histórica e visitar o passado pode trazer importantes luzes sobre o presente.

No limiar entre o jurídico e o político o *chief justice* Marshall tece sua decisão afirmando e negando direitos e competências, abrindo mão de certas competências para assim afirmar outra maior. Mais do que uma construção brilhante da afirmação jurídica da supremacia da constituição, e da competência da Suprema Corte para resguardá-la, mais do que colocar nas mãos da Suprema Corte o poder do controle de constitucionalidade das leis, a decisão do caso *Marbury v. Madison*, quando analisada em seus pormenores, se afirma como um artifício político que para ser compreendido necessita ser analisado em sua realidade histórica.

Em nosso caminho para encontrar o aspecto político do caso *Marbury v. Madison* começamos nossa análise por uma rápida, porém indispensável, incursão no cenário político, jurídico e social dos Estados Unidos da América ao fim do século XVIII e primeiros anos do século XIX. Seria impossível compreender porque a decisão de Marshall no referido caso é uma decisão eminentemente política sem compreender o que se passava com o estado norte-americano à época, e o que estava em jogo naquele *leading case*.

O estudo do caso *Marbury v. Madison* nos revela um cenário de disputa política capaz de indicar, na origem do *judicial review* como instituto jurídico, uma afirmação de poder político, em uma jovem Suprema Corte cuja atuação era ainda pouco expressiva nos primeiros anos da República dos Estados Unidos da América. Para compreendermos as forças políticas que se chocavam, no debate entre Republicanos e Federalistas, por ocasião do início dos anos de 1800, começaremos nossa história mergulhando nos ideais da Independência Americana e nas ideias políticas que nortearam os *founding fathers* na redação da Constituição de 1787.

Em seguida, para chegarmos adequadamente à controvérsia que leva Marbury a propor a histórica ação judicial nos debruçamos detidamente sobre o cenário da eleição presidencial de 1800, e as medidas tomadas pelos federalistas em seus últimos momentos de governo. A chegada ao poder do republicano Jefferson traz a recusa ao direito de Marbury a seu ato de instituição como juiz de paz, completando as condições que chegarão à Suprema Corte e darão azo à decisão de *Marbury v. Madison*.

Feito esse percurso histórico vamos mergulhar no caso *Marbury v. Madison*, perpassar os fatos que lhe deram causa, os fundamentos jurídicos do pedido, os interesses políticos em jogo e as possíveis consequências de sua decisão. Num terceiro momento chegamos finalmente ao nosso argumento central que vai se desvelar na análise do arresto do *chief justice* Marshall. Feitas as observações essenciais sobre o cenário norte-americano à época, e a análise dos fatos e fundamentos do caso, o aspecto político da decisão *Marbury v. Madison* fica patente.

Postas as condições históricas e o cenário político, a análise da própria decisão do *chief justice* Marshall revela interesses políticos ao lado de seus aspectos jurídicos. A ordem de exposição das questões na decisão nos dá pistas de que Marshall visava algo mais do que apenas declarar a inconstitucionalidade do §13 da Lei Judiciária de 1789. Ao conciliar ao mesmo tempo a afirmação da competência da Suprema Corte para o controle de constitucionalidade, e a consequência necessária da impossibilidade de garantir o direito de Marbury, a maestria política de Marshall se revela: se por um lado emitia decisão que seus inimigos no governo não poderiam descumprir, já que não lhes ordenava nada, por outro lado afirmava para a Suprema Corte um poder que nunca antes experimentara, um poder que nos séculos que se seguiram revelou-se capaz de erigir a Suprema Corte a papel de suma importância jurídica e política.

Neste percurso, o presente trabalho se constrói por meio da leitura de alguns importantes historiadores norte-americanos e juristas que se debruçaram sobre a história dos Estados Unidos. Como principais fontes podemos citar alguns juristas contemporâneos como Bruce Ackerman e Stephen Griffin. Contamos ainda com a colaboração de historiadores como Gordon Wood e estudiosos do direito como Antonio Negri. Dentre os brasileiros nos centramos no estudo do Direito Constitucional e do controle de constitucionalidade com Luís Roberto Barroso, e na obra sobre a corte suprema americana de Lêda Boechat Rodrigues.

2 DA INDEPENDÊNCIA À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

De fato, a Revolução Americana não foi apenas um processo de liberação do jugo colonial inglês, mas também a ambição de criação de um novo Estado

e uma nova forma de fazer política. Os *founding fathers* americanos queriam mais do que criar para eles um estado nos moldes tradicionais de sua época. A independência era proclamada com uma potência constituinte, e a busca pela construção de uma nova configuração de Estado.

Em 1776 e durante todo o processo revolucionário, até a Convenção de Filadélfia e a edição da nova Constituição, os americanos buscavam uma concepção nova de fazer política, uma nova afirmação de direitos, uma nova liberdade a crença numa nova configuração do poder político. Neste processo, institutos que até hoje norteiam a política de grande parte dos Estados são desenvolvidos, como a experiência federalista e presidencialista. O historiador americano Gordon Wood descreve as especificidades do processo revolucionário americano destacando seu objetivo inovador, não apenas como reação à opressão inglesa, mas, sobretudo, como esforço produtivo, constituinte:

Em 1776 não podia haver mais nenhuma dúvida na mente dos Americanos de que eles estavam verdadeiramente no meio de uma revolução, a mais completa, inesperada e surpreendente de todas na história das nações. Que era verdadeiramente uma revolução era atestado pela própria linguagem que eles usavam para expressar seu distanciamento da ordem antiga e sua esperança na nova. Sua Revolução tinha se tornado algo mais do que simplesmente liberação do jugo britânico. [...] O que tinha começado nos 1760's como demonstrações de hostilidade contra ações específicas do Parlamento e particularmente de oficiais da Coroa, em uma década escalou para um genuíno movimento revolucionário, sustentado pela poderosa, até milenar, crença segundo a qual os americanos viam a si mesmos não mais apenas buscando a proteção de algumas liberdades em particular mas na iminência de conduzirem-se para uma nova era de liberdade e felicidade¹ (WOOD, 1972, p. 43-44, tradução nossa).

1 “By 1776 there could be no longer any doubt in the Americans’ minds that they were in the very midst of a revolution, the most complete, unexpected, and remarkable, of any in the history of nations. That it was truly a revolution was attested by the very language they used to express their estrangement from the old order and their hope for the new. For their Revolution had become something more than simply liberation from British rule. [...] What

Nesses termos, Wood afirma a originalidade constituinte da Revolução americana que processou-se imbuída de um ideal produtivo, de constituição de um novo mundo, uma nova nação e uma nova forma, mais democrática, de fazer política. Somente tendo em conta esta ambição constituinte podemos compreender a extensão da inovação e das disputas políticas que se materializaram nos primeiros anos da República americana e os termos da Constituição americana.

Ainda neste sentido, Antonio Negri também reconhece o caráter constituinte da Revolução americana e chega a destacar que não é a Constituição Americana de 1787 o documento escrito a encarnar esse espírito democrático e constituinte da Revolução Americana, e sim a *Declaração de Independência* redigida por Thomas Jefferson anos antes. É a *Declaração de Independência* que, num exercício histórico de enunciação de direitos, de proclamação da origem democrática do poder político, e de defesa do direito de resistência, vai descrever em texto a extensão ilimitada e produtiva do poder constituinte. Assim, diz o autor italiano:

Quando a redação da *Declaração de Independência* for confiada a Jefferson, sabemos o que ele fará: a vigorosa e maciça recondução de toda legitimidade governamental à soberania popular, ao consentimento democrático direto, entendido como expressão de direitos anteriores a qualquer constituição. Como expressão permanente de poder constituinte (NEGRI, 2002, p. 221-222).

A *Declaração de Independência* teve o importante papel de descrever e enunciar o caráter democrático da Revolução e de seus objetivos. A Constituição Americana, como Negri demonstra, terá outro destino. Neste cenário, Antonio Negri afirma que a Constituição Americana significou o aprisionamento do poder constituinte. Ao contrário da forte tendência democrática das afirmações

had begun in the 1760's as outbursts of hostility against specific actions of Parliament and particular Crown officials had within a decade escalated into a genuine revolutionary movement, sustained by a powerful, even millennial, creed by which Americans saw themselves no longer merely contending for the protection of particular liberties but on the verge of ushering in a new era of freedom and bliss.”

da *Declaração de Independência*, a Carta Constitucional de 1787 caracteriza-se pela tentativa de controle e limitação da expressão constituinte, o confinamento da democracia, o aprisionamento do poder constituinte nas amarras da representação e da organização institucional.

É claro que, se o pessimismo diz respeito à democracia, o otimismo refere-se à Constituição da República, ou seja, ao encerramento do espírito democrático e à domesticação do poder constituinte. [...] Aqui os paradigmas da ciência política sofrem uma transformação completa. Estamos diante de uma espetacular reforma do conceito de poder constituinte: ele é absorvido e assimilado pela constituição, é transformado num elemento da máquina constitucional. Ele se torna máquina constitucional. [...] Por conseguinte, o poder constituinte não só é definido pela Constituição, mas é reduzido a um elemento formal do governo (NEGRI, 2002, p. 233-234 e 238).

Neste sentido, cumpre ressaltar que o aprisionamento do poder constituinte nas amarras jurídicas constitucionais é movimento deliberado e consciente dos “pais fundadores” da América. A preocupação de conter a revolução e a democracia é nítida nos escritos federalistas da época. Sob o argumento de conter os riscos das facções que poderiam ameaçar a paz, Madison, no artigo nº 10 de *O federalista*, enuncia da seguinte forma sua opção deliberada pelo abandono da democracia pura, em prol de um sistema republicano representativo de governo:

Encarada a questão sob este aspecto, pode-se concluir que uma democracia pura – que defino como uma sociedade congregando um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente – tem de admitir que não há cura para os males da facção. Uma paixão ou interesse comum dominará, em quase todos os casos, a maioria do conjunto; da própria forma de governo resultarão entendimentos e acordos; e nada haverá para controlar a propensão para sacrificar o partido mais fraco ou um indivíduo servil. A consequência é que tais democracias tem sido sempre palco de distúrbios e discussões, revelaram-se incapazes de garantir

a segurança pessoal ou os direitos de propriedade, e em geral suas vidas tem sido tão curtas quanto violentas suas mortes. [...] Uma república – que defino como um governo no qual o esquema de representação tem lugar – abre uma perspectiva diferente e promete a cura que estamos buscando. Examinaremos os pontos em que ela difere da democracia pura e compreenderemos tanto a natureza da cura como as vantagens que devem resultar da União (HAMILTON, 1984, p. 151).

Assim, fica claro o papel da Constituição Americana na contenção do processo revolucionário e no aprisionamento do poder constituinte pela imposição da forma representativa de governo. A experiência revolucionária norte-americana, marcada pela expressão democrática absoluta do poder constituinte, encontrava seu fim na Constituição, em 1787 a potência constituinte norte-americana encontrou os grilhões do poder constituído.

Stephen Griffin não se afasta muito das conclusões negrianas em sua análise sobre o papel do conceito de poder constituinte na Constituição Americana de 1787. De fato, o autor americano reconhece que, nos debates que antecederam a elaboração da Constituição, já se apresentavam como necessários a contenção e o controle das tendências democráticas nascentes na América. Apesar de reconhecer o avanço democrático irreversível nos debates políticos norte-americanos pós-independência, Griffin também reconhece que, neste cenário, a Carta Constitucional de 1787 assume o papel de controle e contenção deste processo de democratização. Diz o autor:

É importante, portanto, considerar o cenário político quando a Constituição foi adotada. Naquele tempo, a política americana estava em transição do antigo modelo hierárquico de política para um modelo mais democrático. Os autores da Constituição aspiravam pelo modelo antigo enquanto reconheciam a aceleração das tendências democráticas pela Revolução Americana. A Constituição não foi desenhada para

interromper esse processo mas para controlá-lo² (GRIFFIN, 1996, p. 15, tradução nossa).

Assim, a primeira Constituição escrita de um estado moderno surge com a função de limitar e controlar o processo democrático, fundando um novo ordenamento jurídico. O poder constituinte, que antes se expressara como revolução, agora serviria para legitimar a organização do poder constituído, e justificar a supremacia da Constituição face às demais leis. Neste ponto, Griffin encontra a grande inovação do constitucionalismo americano. Pela primeira vez na história a organização do poder político é descrita num documento escrito, uma lei, que, ao mesmo tempo, é lei fundamental, superior a todas as demais leis. A teoria do poder constituinte é elaborada para justificar este *status* especial da Constituição no ápice do ordenamento jurídico. Assim diz o autor americano:

Ao contrário, a ideia Americana de constituição, desenvolvida durante o período revolucionário, era de que uma única lei tivesse um status especial como primordial ou lei fundamental. [...] O movimento crucial foi o desenvolvimento de uma teoria que iria justificar o status supremo da constituição sobre as outras leis³ (GRIFFIN, 1996, p. 12, tradução nossa).

A teoria que vai justificar a supremacia da constituição é a teoria do poder constituinte. O processo de elaboração e ratificação da Constituição pela convenção federal e pelas convenções estaduais justifica, no constitucionalismo americano, o status especial da constituição frente às demais leis. Diferentemente das demais leis, no caso da lei fundamental, sua elaboração era remetida ao poder constituinte do povo, através do procedimento especial das convenções reunidas

2 “It is important, therefore, to consider the state of politics when the Constitution was adopted. At the time, American politics was in transition from an older hierarchical model of politics to a more democratic model. The Framers of the Constitution aspired to the older model while recognizing the new democratic tendencies accelerated by the American Revolution. The Constitution was not designed to halt this process but to control it.”

3 “By contrast, the American Idea of a constitution, developed during the revolutionary period, was that a single law that had a special status as a paramount or fundamental law. [...] The crucial move was the development of a theory that would justify the supreme status of a constitution over other laws.”

para essa finalidade. A inovação norte-americana nesse ponto não é apenas na elaboração da primeira constituição escrita da história, mas também na criação de um procedimento, um “método” constituinte pelas convenções, que iria justificar a própria supremacia da Constituição. Sobre o assunto, cabe voltarmos as observações originais do autor:

A adoção da Constituição de 1787 pela Convenção Federal e sua subsequente ratificação pelas convenções dos treze estados originais exemplificou este novo método de fazer uma constituição. É importante enfatizar que a Constituição de 1787 não tinha precedentes modernos. Nenhum país jamais adotara um único documento constituição que tivesse status de lei suprema⁴ (GRIFFIN, 1996, p. 12, tradução nossa).

O poder constituinte, limitado e organizado no “método” representativo das convenções e na posterior ratificação popular, assume no constitucionalismo americano o papel de legitimador do sistema. É esta origem na soberania popular, encarnada no procedimento constituinte, que justifica a supremacia da Constituição frente às demais leis. Ao mesmo tempo que legitima a supremacia da Constituição, o poder constituinte tem sua expressão resumida e isolada ao procedimento de elaboração e ratificação da Lei Fundamental nas convenções e referendos.

É ainda sob influência desses ares do processo constituinte, ainda no cenário de disputas políticas acerca da distribuição de competências pelos novos órgãos do Estado, ainda em fase de testes da nova maquinaria de Estado que se inaugura, é que vai ser realizada a eleição presidencial de 1800 e os debates que se seguiram e culminaram no julgamento do caso Marbury v. Madison. É por isso que ainda antes de chegarmos aos termos da decisão histórica que afirma

4 “The adoption of the 1787 Constitution by the Federal Convention and its subsequent ratification by conventions in the thirteen original states exemplified this new method of constitution making. It is important to emphasize that the 1787 Constitution had no modern precedent. No country had ever adopted a single-document constitution that had the status of supreme law.”

o *judicial review* precisamos visitar o cenário político americano do início do século XIX.

3 A ELEIÇÃO DE 1800 E OS *MIDNIGHT JUDGES*

Ao nos debruçarmos sobre a realidade política dos primeiros anos da República americana é necessária uma ressalva. Encontraremos instituições, poderes e termos políticos que permanecem ainda hoje nos debates acerca do Estado, no entanto, devemos ser cauteloso quanto a uma interpretação apresada pois termos e instituições no século XIX muitas vezes tinham sentido e funções diferentes do que lhes dão hoje o vocabulário político. A ressalva é bem destacada por Bruce Ackerman:

Uma visão inicial das instituições da antiga República sugere uma familiaridade óbvia com a Câmara, o Senado, a Presidência e a Corte – esses rótulos ainda permanecem conosco nos dias de hoje. Não obstante, não devemos nos iludir com essas palavras. A geração da Fundação tinha uma compreensão radicalmente distinta de cada uma dessas instituições. Somente nos resguardando contra o anacronismo em cada um desses pontos, poderemos assimilar o caráter distinto do velho regime republicano; apenas assim, poderemos começar a enxergar a complexidade na qual nossa estrutura constitucional se perpetua há mais de duzentos anos (ACKERMAN, 2006, p. 91).

Nesse sentido, é de suma importância destacarmos qual o sentido do colégio eleitoral nas primeiras eleições presidenciais do novo Estados Unidos da América. Se, como vimos, a Constituição americana era imbuída do espírito de contenção da experiência revolucionária, as eleições indiretas lá previstas tinham por objetivo a contenção da influência popular na escolha do novo presidente. O colégio eleitoral surge para dar à escolha popular um filtro de novos critérios, na eleição pelo colégio eleitoral não se tratava apenas do mais votado, mas daquele que tivesse melhores características republicanas para governar

A disputa pela presidência da república americana não era apenas um debate de ideias programáticas sobre os próximos anos de governo, nem nesta época eram os meios de campanha iguais os que conhecemos hoje. Contava na disputa, além dos planos de governo, aspectos subjetivos de cada candidato, seu currículo republicano, os serviços prestados, seus ideais, suas virtudes republicanas. Sobre o tema vale voltar às palavras de Bruce Ackerman:

Em vez de interpretar a luta pela Presidência como uma ocasião para mobilizar o apoio das massas para ideais programáticos, os Fundadores projetaram o sistema por diversas razões. Atualmente, consideramos o Colégio Eleitoral, na melhor das hipóteses, um anacronismo embaraçoso; na pior delas, uma bomba relógio perigosa – que pode explodir, presentando com a Casa Branca o candidato perdedor pelo voto direto. Para os seus criadores, o Colégio foi um hábil recurso para desatrelar a Presidência das vias populares. Ele visava a encorajar a escolha do homem que contasse com o passado mais distinto de prestações de serviço à República. A virtude republicana, e não a demagogia populista, deveria ser a sua principal qualidade (ACKERMAN, 2006, p. 92-93).

Esse processo eleitoral terá fundamental importância para explicar o que acontece na eleição de 1800 e no espaço de tempo no qual medidas do Federalista Adams trazem grandes alterações no Judiciário. A política norte-americana do início do século XIX era polarizada entre dois partidos: os Republicanos e os Federalistas. Em 1800 o presidente era John Adams, um Federalista. Na eleição presidencial daquele ano, embora o Republicano Thomas Jefferson tenha recebido a maioria do voto popular ele não alcança o número de votos necessário no colégio eleitoral para ser eleito presidente. A decisão da eleição termina nas mãos da Câmara dos Representantes (ALSTYNE, 1969).

Antes da decisão final sobre a eleição presidencial, e frente à derrota dos Federalistas, Adams e o Congresso, então de maioria Federalista, tem tempo de tomar certas medidas para garantirem influência futura aos Federalistas no Estado, principalmente no Judiciário, ainda que sem a presidência. Em 13 de fevereiro de 1801 foi aprovada Lei conhecida como *Circuit Court Act* que diminui o número

de ministros da Suprema Corte e cria 16 novos cargos de juiz federal. A redução do número de ministros da Suprema corte tem o efeito esperado pelos Federalistas de impedir qualquer nomeação pelo novo presidente. Já os novos cargos de juiz federal são imediatamente todos preenchidos por federalistas aliados de Adams.

No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham a maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; c) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado (BARROSO, 2011, p. 25-26).

Mas esta não seria a medida mais polêmica nem aquela a proporcionar a controvérsia que viria a ser julgada pela Suprema corte em *Marbury v. Madison*. Não satisfeitos com os novos cargos de juiz federal Adams e os Federalistas aprovam em 27 de fevereiro de 1801 outra nova lei que autoriza o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, todos escolhidos dentre aliados federalistas. O senado aprova as nomeações em 3 de março de 1801 deixando apenas um dia para a assinatura dos atos de investidura e entrega aos nomeados, tendo em vista que a posse de Jefferson já estava marcada para o dia seguinte, dia 04 de março de 1801 (BARROSO, 2011, p. 26). A entrega dos atos de investidura de diversos dos juízes de paz nomeados na correria dos últimos minutos de mandato levou estes juízes a ficarem conhecidos como *midnight judges*⁵.

Ocorre que o Secretário de Estado de John Adams, John Marshall, não teve tempo hábil de entregar todos os atos de investidura dos quarenta e dois juízes de paz, dentre eles o de William Marbury. Thomas Jefferson toma posse e determina que seu Secretário de Estado, James Madison, não entregue os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Marbury apesar de ter sido nomeado não chega a receber seu atos de investidura. Frente à recusa do novo Secretário de Estado Marbury, em dezembro de 1801, ingressa com ação judicial (*writ of mandamus*) na Suprema Corte buscando que

5 Para uma análise detalhada desse período na história americana: Ackerman (2005).

o Judiciário ordene ao secretário de Estado que proceda a entrega do ato de investidura e lhe garanta o acesso ao cargo (BARROSO, 2011, p. 26).

Assim, está posto o cenário no qual emergirá a histórica decisão de *Marbury v. Madison*. No contexto político da revalidade entre Federalistas e Republicanos, no jogo de poder e influência da distribuição de cargos no Estado, nas medidas derradeiras de Adams como presidente até a represália de Jefferson em não entregar os cargos nomeados por seu antecessor. Todos os personagens já aparecem em cena, Marbury o demandante, Madison, o demandado, e Marshall que de Secretário de Estado de Adams passa direito a Ministro da Suprema Corte.

4 A DECISÃO DE MARSHALL E SEU CONTEÚDO POLÍTICO

É lugar comum indicar a decisão do caso *Marbury v. Madison* como histórico *leading case* da competência do Judiciário em julgar a constitucionalidades das leis e até negar validade àquelas tidas por inconstitucionais. Não nos concerne aqui analisar juridicamente o controle de constitucionalidade inaugurado pelo caso *Marbury v. Madison*, nos interessa demonstrar como esta decisão histórica se deu num contexto de disputa política e de afirmação de poder pela Suprema Corte, como o *judicial review* nasce como artifício político.

Em primeiro lugar é preciso destacar que a Suprema Corte americana em 1803 não era a poderosa corte que nós conhecemos hoje. Em 1803 estava ainda em nascimento a República americana, organizavam-se ainda os lugares a serem ocupados pelos Poderes e a força da Suprema corte era ainda objeto de disputa política. Desde a Lei Judiciária de 1789 e a primeira sessão em 2 de fevereiro de 1790 até a posse de Marshall em 1801 a Suprema Corte americana tinha julgado apenas 55 casos e seu poder era quase nenhum se comparado com outros órgãos dos demais Poderes. “Sendo o julgado *Marbury v. Madison* (1803), por assim dizer, a certidão de batismo da Corte Suprema e o início de sua influência na vida americana” (RODRIGUES, 1992, p. 9).

Em onze anos de judicatura, nos dois termos anuais de seis semanas, começando respectivamente na primeira segunda-feira de fevereiro e de agosto, apenas 55 casos haviam sido julgados. Os trabalhos decorriam sob geral indiferença e, por falta de liderança, era a Corte órgão comparativamente sem poder. Mudança radical ocorreria com a posse do terceiro presidente, John Marshall (RODRIGUES, 1992, p. 22).

John Marshall tinha 45 anos quando chega ao cargo de presidente da Suprema Corte e apesar de ter 12 anos de prática jurídica não tinha nenhuma experiência como juiz. Seu último cargo havia sido o de Secretário de Estado de John Adams e em sua atuação política já tinha rivalidade com o novo presidente Thomas Jefferson (ALSTYNE, 1969). Federalista ferrenho, sua atuação na Corte zelaria sempre, ao mesmo tempo, pela centralização do poder nacional e a proteção dos direitos privados (RODRIGUES, 1992, p. 23). Mas, vale destacar que na decisão que o tornaria mais famoso, aquela do caso *Marbury v. Madison*, Marshall foi muito criticado pelos seus contemporâneos, ao contrário do lugar que lhe reservaria a história.

É a análise da decisão de Marshall que deixa claro seu conteúdo político. A constituição não previa expressamente a competência da Suprema Corte para julgar a constitucionalidade das leis e o fundamento construído por Marshall demonstrará tal competência como decorrência lógica do sistema e da supremacia da Constituição. Neste ponto, ainda que brilhante a argumentação do *chief justice*, nos compete a ressalva de que tal argumentação não era totalmente inédita. Ainda que tenha entrado para a história como *leading case* do *judicial review* era possível, já naquela época identificar precedentes tanto no direito inglês da época colonial, quanto precedentes teóricos como em *Federalistas*, nº 78 onde Alexander Hamilton expôs analiticamente a tese em 1788 (BARROSO, 2011, p. 27-28).

Mas se o resultado de afirmar a competência da Corte para o controle de constitucionalidade é famoso, a construção da decisão é o que evidencia que Marshall buscava na verdade afirmar um papel à Suprema Corte que lhe garantisse poder. O primeiro ponto analisado pelo *chief justice* debruçou-se sobre a existência do direito pleiteado por Marbury, ou seja, tratou da questão de saber se o demandante tinha direito à investidura no cargo conforme pleiteado. Esta questão foi respondida afirmativamente, já que tinha o Presidente Adams assinado a nomeação (BARROSO, 2011, p. 29).

A escolha da questão referente à existência do direito pleiteado já como primeiro ponto analisado na decisão de Marshall pode ser objeto de críticas e já revelar que o *chief justice* tinha interesses políticos para além de uma construção jurídica. Em termos jurídicos havia uma questão preliminar que deveria ter sido objeto da reflexão inicial de qualquer decisão judicial, que é a questão da competência da

corde para analisar a questão. Juridicamente seria mais apropriado começar a decisão pela questão da competência do que pela análise do direito material (ALSTYNE, 1969). Mas, fato é que se Marshall começasse sua decisão pela questão da competência, ali se encerraria sua decisão, sem chegar à análise do direito material. Mas Marshall tinha outros planos, ele não perderia a oportunidade de criticar Jefferson e afirmar o direito de Marbury. Podemos deduzir deste primeiro ponto que Marshall estava bem consciente do papel político de sua decisão.

Afirmado assim o direito material, o passo seguinte foi averiguar se o remédio buscado pelo autor é adequado a garantir seu exercício, e se a Corte teria competência para determinar este ato a um agente do Poder Executivo. Quanto ao remédio buscado, a decisão reconheceu sua legitimidade. O raciocínio de Marshall parte do princípio *ubi jus ibi remedium* para afirmar que se há o direito material este deve ter um remédio para garanti-lo em caso de violação, e que, assim, a ação judicial proposta por Marbury era instrumento hábil para buscar sua garantia (ALSTYNE, 1969).

No entanto, restava saber se a Corte poderia obrigar um agente do Poder Executivo à dar investidura em cargo público. Neste ponto Marshall desenvolve a distinção entre os atos do Executivo que poderiam e os que não poderiam ser objeto de controle pelo Judiciário. Diz o *chief justice* que existiriam dois tipos de atos do Executivo que não poderiam ser objeto de controle pelo Judiciário, a saber, aqueles de natureza política e aqueles que a lei prevê exclusiva discricionariedade. Excluindo estes dois tipos de atos, todos os demais atos do Executivo seriam passíveis de controle jurisdicional.

Marshall, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar o seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade (BARROSO, 2011, p. 29).

Até aqui Marshall já estabelecera a legitimidade do direito de Marbury ao cargo de juiz de paz, a legitimidade da ação judicial (*writ of mandamus*) por ele proposta, e a possibilidade de controle judicial de atos do Poder Executivo. Para se compreender a maestria política do *chief justice* no próximo passo de sua decisão é preciso ter em mente um último elemento do cenário político da época. Havia sério risco do Presidente Thomas Jefferson não cumprir a decisão, caso Madison fosse condenado pela Corte Suprema. Um impasse político estava dado quanto à efetividade da decisão da Suprema Corte. Cabia a Marshall afirmar o poder da Corte, sem, no entanto, correr o risco de ver sua decisão virar letra morta frente ao poder do Presidente.

A genialidade de Marshall foi abrir mão do cargo de Marbury para afirmar uma competência ainda maior para a Suprema Corte, abrir “mão dos anéis para salvar os dedos”. Marshall ao final julga a causa favorável à Madison, mas o caminho que o leva a esta decisão acaba dando um poder muito maior à Suprema Corte: o *judicial review*. A competência que permitiria à Suprema Corte determinar ao Poder Executivo que procedesse a instituição de Marbury no cargo pleiteado vinha prevista no §13 da Lei Judiciária de 1789. Marshall julga, então, que uma lei não poderia modificar a competência originária da corte que está prevista na Constituição. O argumento centra-se no fato de que uma lei não poderia contrariar a Constituição.

A argumentação então inaugura o raciocínio que vai tornar-se base de todo o *judicial review*. O argumento da supremacia da Constituição afirma a superioridade das normas constitucionais sobre todos os demais atos normativos. Em seguida a afirmação da nulidade das leis inconstitucionais que daí decorre. Por fim, a afirmação da competência do Judiciário como intérprete final da Constituição. Ao fim da histórica decisão Marshall declara que o citado §13 da Lei Judiciária de 1789 é, portanto, inconstitucional e a Suprema Corte não tem a competência para determinar a instituição no cargo de Marbury.

Mas esta perda no que concerne o direito pleiteado por Marbury já não é o mais importante, ainda que abrindo mão do direito material objeto da demanda, Marshall, pelo caminho, afirma uma competência muito maior, a competência de ser a Suprema Corte a guardiã da Constituição, a competência de intérprete final do texto constitucional. A decisão neutraliza seus inimigos já que lhes dá

a improcedência do pedido e nada lhes ordena. Mas por outra feita atribui à Suprema Corte competência que lhe assegura um poder que jamais tivera e que marcará a importância de sua atuação até os dias de hoje.

A compreensão da decisão *Marbury v. Madison* nos mostra a disputa política que se passava à época e como Marshall tem a sagacidade de afirmar para a Suprema Corte aquela que nos séculos seguintes seria talvez sua mais importante competência, sem contudo tornar-se alvo de represália de seus inimigos ou tivesse que temer a eficácia de sua decisão. Nesse sentido, podemos ver como o *judicial review* nasce em meio a disputas políticas e mostra-se um artifício inteligente para afirmar uma competência à Suprema Corte num momento histórico onde ainda estavam se definindo os poderes e o alcance de cada um dos Poderes da nova República.

5 CONCLUSÃO

O caso *Marbury v. Madison* é famoso como *leading case* do *judicial review* na Suprema Corte Americana, no entanto uma olhada mais próxima é capaz de revelar o caráter político da decisão. A história muitas vezes revela mais sobre o direito do que a mera análise de seus institutos presentes poderia trazer. No caso do *judicial review* uma análise do cenário político dos primeiros anos do século XIX nos Estados Unidos da América pode revelar a maestria e o teor político da decisão de Marshall e suas consequências.

A conturbada eleição presidencial de 1800, que deixa clara a derrota dos federalistas ao mesmo tempo em que demoram os resultados da eleição que acabou sendo decidida pela Câmara das Representantes, deixa espaço para que Adams e os perdedores tomassem medidas para garantir influência federalista no Estado, sobretudo através da criação de cargos no Judiciário. Os *midnight judges*, como são chamados, são nomeados às pressas, no apagar das luzes do mandato presidencial, no entanto nem todos recebem seu ato de instituição à tempo, ainda que nomeados alguns amanhecem em 04 de março de 1801, dia da posse do novo presidente, sem sua instituição em mãos.

O novo presidente, Thomas Jefferson, nega a instituição aqueles que haviam sido nomeados pelo seu antecessor mas não receberam os respectivos

documentos. Dentre estes está Marbury que ingressa na Suprema Corte contra o Secretário de Estado republicano Madison, buscando sua instituição. Estão postos os fatos e armado o cenário da mais importante e famosa decisão da Suprema Corte Americana. A análise do texto desta decisão deixa claras certas opções políticas do *chief justice* Marshall. Desde a ordem de exposição das questões até certas análises jurídicas, como sobre o controle jurisdicional de atos do Executivo, demonstram que ali está uma decisão mais importante pelo seu desenvolvimento que propriamente pela decisão final da questão pleiteada por Marbury. O direito de Marbury em última conclusão não é garantido pela decisão mas esta afirma um poder muito maior à Suprema Corte.

Não é nenhuma novidade do século XX ou XXI encontrar teor político em decisões da Suprema Corte. Voltando ao início do XIX encontramos na Suprema Corte americana o nascimento do *judicial review* como artifício político. Na disputa de poder entre Federalistas e Republicanos, entre Presidente e Suprema Corte, afirmar a competência da Suprema Corte para interpretar a Constituição e para o controle de constitucionalidade foi parte de uma disputa política por poder.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN. B. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **The failure of the founding fathers**: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Massachusetts Harvard University Press, 2005.

ALSTYNE, W. W.V. A critical guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, n.1, p. 1-47, jan 1969. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRIFFIN, S. M. **American constitucionalismo**: from theory to politics. Princeton: Princeton University Press, 1996.

HAMILTON, Alexander *et al.* **O federalista**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

NEGRI, A. **O poder constituinte**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

RODRIGUES, L. B. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

WOOD, G. **The creation of the American republic 1776-1787**. New York: W.W.Norton & Company, 1972.

Correspondência | Correspondence:

Ana Luiza Saramago Stern
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rua Marques de São
Vicente, 225, Gávea, CEP 22.451-900. Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Fone: (21) 3527-1103.
Email: analuizasaramago@gmail.com

Recebido: 28/02/2016.

Aprovado: 25/10/2016.

Nota referencial

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. Quadrimestral.