

Passagens



Passagens. Revista Internacional de  
História Política e Cultura Jurídica

E-ISSN: 1984-2503

historiadodireito@historia.uf.br

Universidade Federal Fluminense  
Brasil

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, vol. 7, núm. 2,  
mayo-agosto, 2015, pp. 277-297

Universidade Federal Fluminense  
Niterói, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337338776005>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

DOI: 10.15175/1984-2503-20157204

## Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade

Marcus Firmino Santiago<sup>1</sup>

### Resumo

Quando o juiz John Marshall conduziu o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, certamente tencionava dar um passo importante no processo de redefinição das relações entre os poderes, mas dificilmente poderia conceber a amplitude das consequências que adviriam de sua decisão. Passados pouco mais de 210 anos, suas palavras continuam vivas e fortes, fazendo-se presentes em todo e qualquer debate sobre jurisdição constitucional. Mais notável, contudo, é a carga de sentidos que, ao longo do tempo, foi sendo agregada a este precedente, ultrapassando largamente o espectro de debate presente em sua origem. Neste estudo é reconstruída a cadeia de precedentes que conduziu a *Marbury vs. Madison* e seus desdobramentos nos anos que se seguiram. Busca-se, assim, revisar certas crenças que foram construídas em torno da decisão, reiteradamente invocada não apenas como fundamento de legitimidade para o *judicial review*, mas especialmente como justificativa para posturas ativistas da Suprema corte norte-americana.

**Palavras-chave:** *Marbury vs. Madison*; *Judicial review*; Suprema Corte norte-americana.

### Marbury vs. Madison: una revisión de la decisión clave para el control jurisdiccional de constitucionalidad

#### Resumen

Cuando el juez John Marshall presidió el juicio del caso *Marbury vs. Madison*, en 1803, seguramente buscó dar un paso importante en el proceso de redefinición de las relaciones entre los poderes, pero difícilmente podría haber previsto la amplitud de las consecuencias que su decisión iba a tener. Poco más de 210 años más tarde, sus palabras siguen vigentes y fuertes, haciéndose un lugar en todos los debates sobre jurisdicción constitucional. Más notable, todavía, es la carga de sentidos que, a lo largo del tiempo, ha sido agregada a este precedente, sobrepasando ampliamente el espectro de debate presente al origen. En este trabajo, se reconstruye la cadena de precedentes que condujo a *Marbury vs. Madison* y sus repercusiones en los años siguientes. De esa forma, se busca revisar ciertas creencias que se elaboraron en base a esa decisión, reiteradamente invocada como fundamento de legitimidad para la *Judicial Review*, pero sobre todo como justificación del activismo de la Suprema Corte norteamericana.

**Palabras clave:** *Marbury vs. Madison*; *Judicial Review*; Suprema Corte norteamericana.

### Marbury vs. Madison: a revision of the key decision on the judicial review of constitutionality

#### Abstract

When Chief Justice John Marshall presided over the trial for the *Marbury v. Madison* case in 1803, he undoubtedly intended to make significant strides in the redefining of relations between authorities, although it is unlikely that he could have conceived of the extent of the consequences of his decision. A little over 210 years later, his words remain as alive as ever, present in all and any debate on constitutional jurisdiction. And what is even more remarkable is the weight of meaning that has been added to the precedent over time, moving far beyond the spectrum of debate surrounding its origin. This study reconstructs the chain of precedents that led to the *Marbury v. Madison* trial and the ramifications in the following years. It thus seeks to revise certain beliefs built around the decision, repeatedly invoked not just as a basis for legitimizing the judicial review, but more specifically as a justification for activist attitudes in the US Supreme Court.

**Keywords:** *Marbury vs. Madison*; *Judicial review*; US Supreme Court.

<sup>1</sup> Professor do Programa de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado. E-mail: [marcusfsantiago@hotmail.com](mailto:marcusfsantiago@hotmail.com)

## **Marbury vs. Madison : revue d'une décision clé pour le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité**

### **Résumé**

Lorsqu'en 1803 le juge John Marshall rendait son jugement dans le cas *Marbury vs. Madison*, il souhaitait certainement faire avancer le processus de redéfinition des relations entre les pouvoirs, mais il ne pouvait pas imaginer l'ampleur des conséquences de sa décision. Un peu plus de 210 ans après, ses mots ont conservé toute leur force et continuent de s'inviter dans tous les débats concernant la juridiction constitutionnelle. La charge de sens qui s'y est agrégée au fil du temps dépasse néanmoins largement le spectre du débat tel qu'il se présentait à son origine. Nous reconstruisons dans cet article la série de précédents qui a conduit au cas *Marbury vs. Madison* et ses prolongements dans les années qui suivirent. Il s'agit ainsi de remettre en question certaines croyances construites autour de cette décision, continuellement invoquée non seulement pour fonder la légitimité de la *judicial review*, mais également pour justifier l'activisme de la Cour suprême nord-américaine.

**Mots-clés :** *Marbury vs. Madison* ; *Judicial review* ; Cour suprême nord-américaine.

## **马伯利诉麦迪生：关于宪法性界定和管辖权的决定权的一个决定性判决的再探讨**

### **摘要**

1803年当约翰·马歇尔(John Marshall)法官开始审理马伯利诉麦迪生 (*Marbury vs. Madison*)的案子的时候，肯定是倾向于解决立法司法和行政三权力之间的关系的界定问题，但他难以想象到他的判决会对后来产生多大的影响。210多年过去了，他的言论还是那么生动有力，回响在所有的关于宪法管辖问题的听证会上。更加特出的是，他的判决的意义不断的增长，时间流逝，但意义已经超越了原来的案件的范围。本文研究马伯利诉麦迪生一案的由来，以前的案例，和此案判决以后发生的案例。

本文反思了法官判决时的信仰，和判决后，围绕此案构建的一套理念，所有这一切都成为法学杂志里有关司法合法性的基础，特别是，这套理念现在成为美国联邦最高法院主动干预的司法态度的解释。

**关键词：**马伯利诉麦迪生，法学杂志，美国最高法院。

\*\*\*\*\*

## **Introdução**

O caso *Marbury vs. Madison*, decidido no ano de 1803 pela Suprema Corte norte-americana, é correntemente apresentado como o ponto inaugural do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. Nele são identificados os fundamentos lógicos e conceituais para a atuação judicial voltada a assegurar a integridade do texto constitucional, preservando-o contra interferências indevidas originárias dos demais poderes estatais.

O estudo deste caso, contudo, não deveria ser feito de modo isolado, como se tivesse sido construído a partir do vazio, apenas com o objetivo de respaldar um embate então em curso entre Judiciário e Executivo. Na verdade, esta decisão é um elo em uma cadeia que se origina na tradição da metrópole inglesa e que não se esgota em si mesma,

pois vem sendo mantida viva e relida ao longo dos anos. Sem a análise deste contexto não é possível dimensionar adequadamente *Marbury vs. Madison*.

A tradição inglesa foi marcante no processo de construção do Poder Judiciário norte-americano. Claro que aqui não se trata de uma influência no plano estruturante, tendo em vista que a Grã-Bretanha do Século XVIII não reconhecia qualquer autonomia ou institucionalidade à sua magistratura. O elo de continuidade percebido reside na forma como os habitantes da América do Norte compreendiam o papel dos juízes diante das leis.

De fato, desde o momento em que os primeiros magistrados começaram a atuar nas colônias do Novo Mundo, várias décadas antes da independência, já se fazia presente a compreensão acerca de seu papel construtivo, devendo suas decisões funcionar como o momento para atribuição de sentidos concretos às leis. E este trabalho deveria ser feito tendo como horizonte interpretativo o *common law*.

Quando os norte-americanos adotaram o sistema de Constituições escritas, iniciando a era do constitucionalismo, a atividade judicial partiu daqueles referenciais para, sem uma efetiva ruptura, desenvolver as bases conceituais capazes de sustentar seu poder e autoridade. Em verdade, fora a diferença estrutural, com a concepção de um Poder Judiciário institucionalizado e autônomo, pode-se afirmar que a principal mudança nesta transição foi a substituição do *common law* pela Constituição, vendo-se nesta o espaço de positivação do Direito Natural.

A decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison* (ou, simplesmente, *Marbury*) é mais uma etapa neste processo de transição para um sistema jurídico estruturado em torno de uma Constituição em sentido formal. Esta, no entanto, não tem sido a leitura adotada por boa parte da teoria constitucional nem pela Suprema Corte norte-americana a respeito deste precedente. De fato, o sentido atribuído a *Marbury* parece ultrapassar em muito o seu real significado, no que reside o cerne desta análise.

Seja pela leitura de sucessivos julgados da Suprema Corte, seja pela compreensão correntemente atribuída a este caso, é fácil perceber que *Marbury* vem sendo invocado para legitimar um largo espectro de decisões, ultrapassando largamente seu sentido originário e embasando momentos de maior ativismo judicial. Esta realidade traz à tona algumas questões relevantes, cumprindo discutir, entre outros aspectos: até que ponto este precedente pode ser elastecido? Qual seu significado originário? Será que ele representa, realmente, um ponto de inflexão no processo formativo do *judicial review*?

Não se pretende aqui debater o ativismo da Suprema Corte, mesmo que os temas tenham uma relação direta e necessária. O objetivo deste estudo é analisar o processo histórico que conduz à decisão *Marbury*, discutindo até que ponto a ela pode ser atribuído o significado de marco inicial do *judicial review* e, mais ainda, fundamento para alargar a capacidade decisória dos juízes.

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

## **1. Primeiros passos: o que veio antes de *Marbury vs. Madison***

### **1.1. A atuação dos juízes na tradição inglesa**

As raízes do constitucionalismo norte-americano residem na tradição inglesa, contudo, mais do que uma reprodução de modelos e práticas oriundas da metrópole, o sistema idealizado no novo mundo é, em grande parte, fruto da crítica e do inconformismo que levaram à guerra de independência. O desenho institucional da nova nação precisava refutar o conceito de Parlamento como *locus* da soberania, sob pena de simplesmente nacionalizar a submissão: antes o Legislativo inglês, agora o local.<sup>2</sup> Assim é que, em seu lugar, a partir de noções identificadas com as teses contratualistas, encontra abrigo dentre a elite local o conceito de soberania popular.

A opção por justificar o poder do novo Estado a partir de fundamentos contratualistas fica clara na defesa que Thomas Jefferson faz do direito de *autogoverno*, compreendido como um *direito natural*: “*Todo homem e todo grupo de homens na terra possuem o direito de autogoverno. Recebem-no juntamente com o ser, da mão da natureza. Os indivíduos exercem-no por sua única vontade [...] isso porque a lei da maioria é a lei natural de toda sociedade humana.*”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Schwartz, Bernard (1966). *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro: Forense. p. 27. Nelson, William E. (2000). *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review, Kansas: University Press of Kansas. p. 4.

<sup>3</sup> Jefferson, Thomas (1964). *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho, São Paulo: IBRASA. p. 79.

Vale lembrar que o processo revolucionário inglês, ocorrido no curso do Século XVII, contrapôs o poder real soberano às elites financeiras, especialmente fundiárias. Estas encontraram no Parlamento o espaço necessário para se organizar, constituindo-se como efetivo contraponto ao poder monárquico. O rei, por seu turno, gradualmente viu seu papel hegemônico esmorecer, a ponto de, em fins do Século XVIII, já não haver dúvidas quanto ao centro do poder político inglês se encontrar no Parlamento. Era, portanto, o Legislativo o fantasma a assolar os colonos, posto que, já nesta época, se tinha retirado definitivamente o poder absoluto do rei.<sup>4</sup> Daí que, como sustenta Luis Prieto Sanchís, *“Esto puede explicar que la revolución norteamericana no buscase un legislador virtuoso y omnipotente a fin de emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos.”*<sup>5</sup>

Os mesmos autores que formaram as bases teóricas das revoluções liberais europeias influenciaram a formação do sistema jurídico norte-americano, especialmente com sua tradição de direito escrito, dotado de força normativa e não meramente política.<sup>6</sup> Seu pensamento foi materializado pelos *pais fundadores* que, falando em nome do povo, tomaram a frente no processo revolucionário que culminou com a independência e, logo em seguida, a fusão das treze colônias originárias em um Estado federado. Nada mais natural que, como consequência da vitória, assumisse o povo a tarefa de decidir seus próprios rumos, tratando de inscrever em um documento solene os preceitos básicos que, refletindo a sua vontade, iriam, dali em diante, orientar a vida da nova nação.<sup>7</sup>

Primeiramente coube às Constituições locais, em cada ex-colônia, a responsabilidade por permitir a expressão do poder soberano popular. Tão logo restou assentada a necessidade dos Estados se unirem de forma mais estreita, iniciou-se o processo de delineamento do governo central e das instituições federais, trabalho que teve como peça fundamental a redação de um texto constitucional.

---

<sup>4</sup> Cooley, Thomas (1982). *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 2-3. (fac-símile da edição original de 1909).

<sup>5</sup> Sanchís, Luis Prieto (2006). “Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”. In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4. p. 55.

<sup>6</sup> Abernathy, Charles F. (2003). “The lost European aspirations of U.S. constitutional law”. In *German Law Journal*, v. 4, n. 6, Jun. p. 596. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

<sup>7</sup> Thomas Jefferson expressamente afirmava considerar “[...] o povo que constitui a sociedade ou nação como a fonte de toda a autoridade nessa nação;” e que a vontade popular “[...] é o único fundamento legítimo de qualquer governo [...]”. Jefferson, Thomas (1964). Op. Cit., p. 75-76.



Desde o início da história norte-americana, como se lê nos escritos de Jefferson, subsiste a certeza de que o poder soberano pertence ao povo, que se vale da Constituição para exprimir seus anseios básicos, buscando garantir sua própria integridade face a qualquer tentativa de abuso por parte daqueles a quem viesse a ser outorgada a representação popular: “*É a vontade da nação que torna a lei obrigatória; é a vontade dela que cria ou aniquila o órgão que cabe declará-la e enunciar-la.*”<sup>8</sup>

Ora, se a Constituição dos Estados Unidos da América nada mais é do que a expressão daquilo que a sociedade entende como essencial para emoldurar seu sistema político, jurídico e social, então não há dúvidas quanto a nela residir a vontade soberana do povo. Logo, os três poderes instituídos devem obediência àquele diploma, que se sobrepõe a tudo e todos. Este *estado de submissão geral* atinge, por óbvio, o Parlamento, cujos atos, em hipótese alguma, podem contrariar a vontade popular plasmada na Constituição. Com isso se completa a mudança paradigmática que afasta o sistema norte-americano de sua fonte inspiradora inglesa, permitindo a entrada em cena de mecanismos aptos ao controle dos atos legislativos.<sup>9</sup>

Por outro lado, é certo que a ruptura com o modelo da ex metrópole não é completa, afinal, ambas as nações compartilham o sistema jurídico do *common law*, com seu forte assento na tradição, em textos legislativos esparsos de cunho fundacional e no Direito Natural. Este ponto em comum é imprescindível ao desenvolvimento do *judicial review of the constitutionality of legislation*,<sup>10</sup> cuja justificação não se assenta apenas no conceito de soberania constitucional, mas abebera com igual ou maior intensidade na fonte do *common law*.

Existe certo consenso em afirmar que Sir Edward Coke, *Chief Justice of the Common Pleas* (Tribunal de Queixas Comuns), ao julgar o *Bonham's case* no ano de 1610, teria lançado a pedra fundamental do *judicial review*, sustentando, já naquela ocasião, a possibilidade de uma lei contrária ao *common law* ser invalidada pelo Judiciário. Paira certa dúvida sobre se Coke, ao proferir sua decisão, tinha em mira o rei

<sup>8</sup> Jefferson, Thomas (1964). Op. Cit., p. 77.

<sup>9</sup> Cooley, Thomas (1982). Op. Cit., p. 23-24; 30-32.

<sup>10</sup> Expressão que, segundo informa Marian Ahumada Ruiz, se deve a Edward Corwin e somente entra em cena na década de 1910. Passam, ainda, alguns anos até que se consolide como a uniforme denominação hoje utilizada para designar o modelo de atuação do Judiciário norte-americano no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Ruiz, Marian Ahumada (2006). “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”. In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4. p. 117.

ou o Parlamento, o que, em certa medida, pode suscitar alguma dificuldade em se afirmar ser este o fundamento do *judicial review* norte-americano.

José Acosta Sánchez e Reinhold Zippelius procuram demonstrar que, naquele momento, o que estava em jogo era a soberania do Parlamento, ameaçada pelas tendências absolutistas do rei James I, Stuart. Desta forma, ao invocar a precedência do *common law*, Coke teria sustentado a limitação do poder real, não do Parlamento. Isto se explica porque, no início do Século XVII, este último ainda buscava se livrar do jugo dos monarcas, que insistiam em utilizá-lo como um órgão para expressão de sua própria vontade.

Assim se passou com o ato que autorizava o *Royal College of Physicians* a punir o doutor Bonham, proibindo-lhe o exercício da medicina. Ao afirmar a invalidade deste ato, a decisão não limitou o poder do Parlamento, mas do rei; não sustentou a soberania do povo ou de uma tradição face ao Parlamento, mas deste último no confronto com o monarca.<sup>11</sup> Outra interpretação pode ser encontrada em Rui Barbosa, Eduardo García de Enterría e em Mauro Cappelletti. Estes veem no precedente uma reafirmação da supremacia do *common law* sobre a autoridade do Parlamento, em um claro embate entre Poderes, numa tentativa de afirmar a força dos juízes no exercício de sua tarefa de garantir a prioridade do direito.<sup>12</sup>

Qualquer que seja a compreensão preferida, certo é que neste caso se tem uma tentativa de utilizar o sistema jurídico para controlar um poder político, negando-lhe força absoluta, movimento que se identifica com um dos postulados básicos do liberalismo, naquele instante já se afirmando como um referencial para o Estado inglês. E, ao fim, quer se possa, quer não, imputar a Coke com primazia a fundação dos alicerces do *judicial review*, nem por isso a tradição inglesa deixa de ter relevância.

De fato, naquele sistema, desde tempos remotos, imperava a convicção no poder dos juízes de, pela via interpretativa, dar vida às leis, no sentido de estas não serem consideradas como textos apenas, mas textos interpretados à luz do *common law*. Neste processo interpretativo, era-lhes permitido aferir a conformidade dos sentidos possíveis

---

<sup>11</sup> Sánchez, José Acosta (1998). *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional, Madrid: Tecnos. p. 35-39. Zippelius, Reinhold (1984). *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada, Lisboa: Calouste Gulbenkian. p. 152.

<sup>12</sup> Barbosa, Rui (1893). *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora. p. 20. Cappelletti, Mauro (1992). *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 58-59. Enterría, Eduardo García de (2006). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed., Navarra: Thomson Civitas. p. 132.



aos textos com o sistema jurídico consuetudinário, de sorte a recusar qualquer compreensão que se afastasse ou de alguma maneira pudesse confrontar parâmetros identificados com o *common law*.

Esta prerrogativa, contudo, não era suficiente para colocar os juízes ingleses em posição de ascendência sobre o Parlamento por um motivo simples: este último concentrava, além de suas funções legislativas, o papel de tribunal supremo, de sorte que a ele mesmo cabia, em última instância, aferir a validade de seus próprios atos. Daí porque Acosta Sánchez, como alguns outros autores, sustentar que, em verdade:

*[...] el Parlamento era supremo no en virtud de su soberanía legislativa, sino de su supremacía judicial, a partir de la cual no podía existir tribunal alguno que pudiera cuestionar o controlar los actos de ambas Cámaras, en tanto incongruentes o contradictorios con una ley fundamental [...].*<sup>13</sup>

Quando nos Estados Unidos se combinam a tradição judicial do *common law* com um modelo de organização estatal onde os Poderes instituídos se encontram em equilíbrio, afirmando-se a idêntica sujeição de todos à Constituição, fica claro poder a validade dos atos legislativos ser aferida pelos juízes, o que, por sinal, é visto como algo natural ao sistema.

De fato, a prerrogativa de invalidar leis ou afastar compreensões potencialmente contrárias ao *common law* como uma consequência lógica de seu processo interpretativo é referida em alguns documentos antecedentes à Constituição de 1787, compondo a tradição judiciária importada da metrópole, embora não haja notícia, naquele momento, de discussões sobre o tema ou tentativas de estruturar conceitualmente este poder.<sup>14</sup> A título ilustrativo, veja-se a afirmação feita por Thomas Jefferson em suas *Notas sobre a Virgínia*, documento redigido em 1783: “Não tive notícias de que em outros Estados tivessem infringido sua Constituição, e suponho que o não tenham, porquanto os juízes considerariam como sendo nula qualquer lei que fosse contrária à Constituição.”<sup>15</sup>

## **1.2. Debates sobre o *judicial review* na gênese da Constituição norte-americana**

No curso dos debates ocorridos na Convenção da Filadélfia, algumas propostas foram colocadas com o intuito de afirmar a preponderância da Constituição federal,

<sup>13</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 41.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>15</sup> Jefferson, Thomas (1964). Op. Cit., p. 102.

instituindo mecanismos para exercício do controle da validade de leis estaduais e federais. Estas, contudo, indicam que a preocupação reinante não parecia estar centrada na positivação do *judicial review*, mas no jogo de equilíbrio entre os poderes locais e a União. O grande embate que se punha girava em torno da submissão das leis e das Constituições estaduais ao sistema jurídico federal, donde o interesse predominante em sustentar a supremacia do texto que ali se elaborava.

O debate sobre o *judicial review*, embora tenha se feito presente entre os convencionais, parece longe de constituir sua principal preocupação. Restava vivo o temor quanto à excessiva concentração de poderes na União, o que serviu de pretexto para deixar de lado proposições que, aos olhos de alguns dos *framers*, poderiam desequilibrar a relação de forças entre estados federados e poder central.<sup>16</sup> Daí que a corrente denominada *anti federalista* se opôs a qualquer medida que contribuísse para o fortalecimento da União em detrimento das unidades federativas, o que poderia ser facilitado caso a Suprema Corte utilizasse seu poder para expandir a jurisdição federal.<sup>17</sup> William Nelson realça a ausência de acordo entre os convencionais da Filadélfia acerca da outorga de poderes ao Judiciário para rever atos legislativos:<sup>18</sup>

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

Ainda sobre o tema, Acosta Sánchez narra debate no qual, ao rejeitar proposta que determinava a participação do Judiciário no exercício do veto presidencial, os delegados de Massachusetts afirmaram representar esta um excesso de poderes para os juízes, já que *eles já dispunham da prerrogativa de, mediante sua capacidade de interpretar as leis, deter a aplicação de qualquer uma que contrariasse a Constituição*.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> McBain, Howard Lee (1948). *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law, New York: MacMillan Company. p. 238-239. Blanco Valdés, Roberto L. (2000). "El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos". In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 2. p. 40.

<sup>17</sup> Carey, George W. (2009). "The Separation of Powers in United States of America: past and present". In *Historia Constitucional*. n. 10. p. 289. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: fev. 2013.

<sup>18</sup> Nelson, William E. (2000). Op. Cit., p. 2.

<sup>19</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 100-101.

E assim foi a Constituição de 1787 elaborada, trazendo em seu corpo dispositivos que expressamente subordinam a ordem jurídica dos estados ao sistema federal, de modo a garantir a unidade da federação, afirmam a supremacia da Constituição, mas nada dizem sobre o poder do Judiciário de invalidar leis que a esta contrariem. Neste turno, destacam-se os artigos 3º e 6º, onde se encontra afirmado o poder da Suprema Corte e dos quais se extrai a noção de supremacia da Constituição e predominância da legislação federal, naquilo que lhe seja dado regular. Neste último dispositivo reside a chamada *supreme clause*, elemento que muitos afirmam ser a base teórica do *judicial review* (veja-se, por exemplo, Manuel García-Pelayo e Eduardo García de Enterría<sup>20</sup>), mas que até meados do Século XIX somente era entendida e aplicada no plano das relações entre União e estados, nunca entre Legislativo e Judiciário.<sup>21</sup>

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

Sempre defensor da possibilidade de os atos legislativos serem declarados nulos em caso de conflito com a Constituição, durante o período da Convenção da Filadélfia Alexander Hamilton apresentou proposta que assim afirmava. Contudo, talvez imbuído da mesma noção de outros convencionais - segundo a qual o reconhecimento de semelhante poder aos juízes seria algo inerente ao sistema do *common law* - em momento algum fez menção de inscrever nesta cláusula que semelhante prerrogativa deveria ser facultada aos tribunais.<sup>22</sup>

De fato, mesmo ao redigir o *paper* 33, da coletânea *O Federalista*, tratando da possibilidade de o poder concedido ao governo ser excedido, violando, por conseguinte, a Constituição, nada diz sobre a eventual possibilidade de o Judiciário ser chamado a interferir.<sup>23</sup> Em verdade, tal abordagem somente surge com o sempre referido *paper* 78,

---

<sup>20</sup> García-Pejayo, Manuel. (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. Reimpressão, Madrid: Alianza Editorial. p. 420-424 e Enterría, Eduardo García de (2006). Op. Cit., p. 133.

<sup>21</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 105-106.

<sup>22</sup> Em verdade, sua proposta limitava-se a afirmar a invalidade de todas as leis dos estados que confrontassem a legislação ou a Constituição federal. Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 101.

<sup>23</sup> Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John (2003). *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, Belo horizonte: Líder. p. 199-200.

momento em que, finalmente, respondendo a críticas recebidas, lança as bases para a defesa do *judicial review of legislation*.

Sua tese se funda em dois aspectos. Primeiro, sustenta a vantagem em se outorgar a tarefa do controle aos tribunais em razão de estes não deterem mecanismos capazes de constranger os demais Poderes, exceto sua própria autoridade. Como o *menos perigoso dos Poderes*, entregar ao Judiciário a tarefa de zelar pela integridade da Constituição não poderia representar ameaça ao equilíbrio de forças ou à liberdade geral (“... *ainda que os tribunais de justiça possam, algumas vezes, exercitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral ...*”). Em segundo lugar, trabalha em cima da tese da supremacia constitucional como fruto de uma opção do povo, de sorte que todas as autoridades se encontram a ela subordinadas, inclusive o corpo legislativo. Assim sendo, não há superioridade de um Poder em relação a outro, mas da vontade popular face a todos.<sup>24</sup>

Relembra, então, a ideia do *common law* segundo a qual é tarefa dos juízes afirmar, pela interpretação dos textos, os sentidos das normas jurídicas, o que deve ser feito à luz dos parâmetros traçados na Constituição (“A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo”).<sup>25</sup> Daí, sustenta que, mesmo não estando expressa na Constituição esta prerrogativa, seria facilmente aferível do sistema lá delineado, para o que contribuem decisivamente a noção de soberania constitucional e a tradição do *common law*:

*[...] não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições.*<sup>26</sup>

A defesa de Hamilton não tinha por propósito alterar o texto constitucional submetido ao aprova dos estados federados, de sorte que pouco mais disse acerca do assunto aqui tratado, além de insistir na desnecessidade de sua expressa previsão

<sup>24</sup> Hamilton; Madison; Jay (2003). Op. Cit., p. 458-460.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 460.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 459-460.

normativa, posto que inerente ao sistema jurídico adotado.<sup>27</sup> E, mais uma vez, também durante o processo de ratificação, muito maior interesse foi conferido ao delineamento da relação de forças entre estados e União, restando em segundo plano o tema do *judicial review*.

## **2. A decisão no caso *Marbury vs. Madison***

Após o nascimento do novo país, permaneceu latente por alguns anos o poder do Judiciário analisar a validade de atos legislativos à luz do *common law*, até que a Suprema Corte teve oportunidade de se manifestar sobre o tema. Não, ainda não se chegou ao caso *Marbury vs. Madison*. Antes dele, entre 1796 e 1798, em três ocasiões a Corte foi chamada a verificar a conformidade de leis: em 1796, no caso *Ware vs. Hylton*, em que lei do estado da Virginia foi questionada face a tratado internacional; também em 1796, no caso *Hylton vs. United States*, quando afirmou a validade de lei federal confrontada com a Constituição federal; e em 1798, em *Hollingsworth vs. Virginia*, momento em que proclamou a invalidade de uma lei federal, por contrariar a Constituição. Em nenhum dos casos qualquer dos juízes declinou as causas sobre as quais entendia se sustentar seu poder. Simplesmente decidiram.<sup>28</sup>

Pode-se dizer, então, que na década de 1790 a Suprema Corte norte-americana retomou a *prática do judicial review*, mas não se preocupou, naquele instante, em justificar sua conduta ou buscar fundamentos capazes de a legitimar. Esta tarefa, em verdade, somente foi cumprida por John Marshall, ao decidir o caso *Marbury*, em 1803, ocasião em que emitiu seu aclamado *obiter dictum* por cujo intermédio lançou bases conceituais que permitiram o futuro desenvolvimento de uma *teoria do judicial review*.<sup>29</sup>

Em seu voto se encontram afirmados os princípios da limitação dos Poderes e da supremacia constitucional; a prerrogativa dos juízes de interpretar as leis em conformidade com a Constituição; e o poder de rever os atos contrários à ordem suprema

---

<sup>27</sup> No *paper* 81 é repetida a tese de que a Constituição é o parâmetro interpretativo a partir do qual se infere a validade das demais leis, reconhecendo-se, contudo, que não há, no texto em discussão, qualquer passagem que o afirme expressamente. Este dado, porém, não retira dos juízes a possibilidade de assim agir, posto que semelhante faculdade se encontra inscrita na própria teoria do constitucionalismo. Ibidem, p. 474.

<sup>28</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 110-111.

<sup>29</sup> Marshall, John (1997). *Decisões Constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo, Brasília: Ministério da Justiça. p. 1-29. A decisão também pode ser encontrada em arquivo eletrônico: *Sentencia Marbury vs. Madison*. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 4, 2003. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/04/Numero04.html>>. Acesso em: 18 mai. 2006.

como uma prerrogativa ínsita ao sistema constitucional, em especial à *supreme clause*.<sup>30</sup> Enfim, Marshall tratou de, em poucas laudas, sistematizar as ideias que já pairavam sobre a ordem jurídica constitucional norte-americana, originadas na tradição inglesa do *common law* e no modelo de soberania popular e divisão de Poderes, de matiz contratualista, incorporados ao sistema estatal daquele país.

O voto proferido por John Marshall ocupou-se de incorporar os fundamentos que, naquele instante, já eram correntemente reconhecidos como a base do *judicial review* (e mesmo sem propor inovações conceituais ou práticas ao modelo, ainda assim foi objeto de severas críticas). Era um tempo em que ainda reinava a preocupação em firmar o sistema federativo e a preponderância do poder central, bem como a autoridade da Suprema Corte e do próprio Judiciário.

Neste sentido, sustenta Ackerman que a análise do caso *Stuart vs. Laird* é essencial, contribuindo para evidenciar as reais intenções por trás da decisão de Marshall, cuja preocupação certamente não era discutir os fundamentos do *judicial review*. Em *Stuart vs. Laird* também se questionava a competência dos juízes da Corte, que houvera sido alterada com a nomeação de juízes permanentes para os Tribunais de Circuito (cargo até então exercido cumulativamente pelos magistrados da Suprema Corte), ao final do governo federalista de Adams. Jefferson, seu sucessor na Presidência da República, se opunha a esta alteração, pelo que buscava afastar os novos juízes, na esteira de sua campanha por reestruturar o Judiciário, reduzindo a predominância dos Federalistas. No caso *Marbury*, sob a condução de Marshall, a Corte se recusou a admitir que uma lei alterasse suas competências constitucionais. Já no caso *Stuart* (no qual Marshall não manifestou as razões de seu voto), a mesma Corte, na mesma sessão de julgamento, afirmou válida a lei que retirou de seus juízes uma competência, entregando-a a um corpo permanente de magistrados responsáveis pelos Tribunais de Circuito. Neste caso, foi relator o juiz Paterson, federalista histórico que participou da Convenção da Filadélfia.<sup>31</sup>

Certo é que, na decisão *Marbury* pode ser identificada uma defesa dos valores que orientaram a corrente Federalista, predominante nos primeiros anos de vida independente, contra as tentativas reformadoras do grupo republicano capitaneado por Thomas Jefferson, eleito presidente no pleito de 1800 sobre uma plataforma que refutava

<sup>30</sup> Schwartz, Bernard (1966). Op. Cit., p. 25-26. García-Peñayo, Manuel (1999). Op. Cit., p. 422-423.

<sup>31</sup> Ackerman, Bruce (2006a). "Marbury vs. Stuart. Trad. Maria Valvidares". In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4. p. 172-174; 182-189.



um modelo de governo que entendia voltado ao atendimento dos interesses das elites mercantis. Neste sentido, muito mais que uma tentativa de fundar em bases conceituais a jurisdição constitucional norte-americana, *Marbury* representou o ápice de uma batalha política pela afirmação não apenas do Judiciário, mas de toda linhagem Federalista em cujo nome os juízes da Suprema Corte falavam.<sup>32</sup>

Após este embate, nos longos anos durante os quais permaneceu à frente do Tribunal, a grande tarefa assumida por Marshall consistiu em assegurar a supremacia da ordem jurídica e, conseqüentemente, do poder político federal face aos estados, nos moldes de uma concepção que afirmava exprimir a vontade dos *pais fundadores*. Marshall não voltou a desafiar o governo federal. Como afirma Ahumada Ruiz, “*Su obsesión fueron los estados insumisos, incluido su estado de origen, Virginia, con su insistencia en los ‘State’s Rights’*”.<sup>33</sup> Neste turno, Marshall representou uma resistência federalista contra a corrente política de Jefferson e sua tentativa de promover uma releitura da Constituição à luz das convicções trazidas por seu grupo.<sup>34</sup>

### **3. As sucessivas releituras de *Marbury vs. Madison***

Cumprida sua tarefa inicial, *Marbury* caiu em sono profundo, não sendo invocado como precedente em qualquer decisão durante longos 84 anos. Entre 1803 e 1857, apenas leis estaduais foram invalidadas, nenhuma federal. Isso mudou em 1857, com o julgamento do caso *Dred Scott vs. Sandford*, decisão por muitos reputada como um trágico erro que contribuiu para deflagrar a guerra civil norte-americana.

Nesta ocasião, talvez imaginando a repercussão negativa de seu julgamento, o Tribunal cuidou de se escudar em precedentes capazes de justificar suas escolhas, francamente segregacionistas e atentatórias aos direitos de minorias, mas não se lembrou, ainda, de *Marbury*.<sup>35</sup> Este precedente ilustra o período em que Roger Taney permaneceu à frente da Suprema Corte (1837-1867), tempo marcado por uma gradual ruptura com o modelo de seu antecessor, Marshall. Nesta fase, inicia-se a caminhada

<sup>32</sup> Ackerman, Bruce (2006b). *Nós, o Povo Soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello, Belo Horizonte: Del Rey. p. 97-100.

<sup>33</sup> Ruiz, Marian Ahumada (2006). Op. Cit., p. 148.

<sup>34</sup> Ackerman, Bruce (2006b). Op. Cit., p. 100.

<sup>35</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 122-123. Nelson, William E. (2000). Op. Cit., p. 84 e 87-88.

pela redução da interferência estatal, priorizando a liberdade individual, especialmente na esfera econômica.<sup>36</sup>

Apenas ao decidir o caso *Mugler vs. Kansas*, de 1887, a Corte retirou *Marbury* de seu sono. A referência a este precedente foi feita em *obiter dictum*, na busca por justificar a doutrina do *substantive economic due process*. E no julgamento do caso *Pollock vs. Framer's Loan & Trust Co.*, de 1895, finalmente *Marbury* assume o papel que viria a caracterizá-lo pelas quatro décadas seguintes: servir de esteio para a defesa do mais vigoroso liberalismo econômico.<sup>37</sup> Neste momento iniciou-se a trajetória que culminou na sua resignificação, com o que passou a ser considerado o marco inaugural do *judicial review*.

O resgate de *Marbury* é feito, assim, não com o intuito de reafirmar a prerrogativa dos juízes de apreciar a validade de leis face à Constituição (o que nunca foi questionado no seio da Corte por qualquer dos *justices* que sucederam a Marshall<sup>38</sup>), mas de justificar a assunção de um papel francamente político pelo Judiciário, que se coloca a serviço de uma resistência conservadora. Para Thomas Grey, os rumos seguidos pelo *judicial review* a partir deste instante divergem tanto do que em *Marbury* se discutiu que este caso dificilmente poderia ser apontado como paradigma para o sistema de jurisdição constitucional que se implanta na América do Norte a partir do caso *Dred Scott*.<sup>39</sup>

Vários autores sustentam a tese segundo a qual a natureza política do *judicial review* não compunha sua conceituação originária em *Marbury*, tendo sido, em verdade, incorporada pela prática da segunda metade do Século XIX. Assim se lê em Willian Nelson:

*Like Snowiss, as well as Clinton and Hobson, I do believe that judicial review in Marbury, which granted judges authority to decide only issues of law and directed them to avoid political decision making, differed significantly from judicial review as it is practiced today, when judges frequently make choices of policy.*<sup>40</sup>

Essa é a postura assumida pela Suprema Corte a partir de então, em sua caminhada rumo à consolidação da *supremacia judicial*. Nas décadas que se seguem, mais e mais se alarga seu papel no cenário político, interferindo diretamente em escolhas legislativas - com ênfase naquelas tendentes a romper com parâmetros arraigados na

<sup>36</sup> Ackerman, Bruce (2006b). Op. Cit., p. 106.

<sup>37</sup> Ruiz, Marian Ahumada (2006). Op. Cit., p. 114-115. Nelson, William E. (2000). Op. Cit., p. 90.

<sup>38</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 114.

<sup>39</sup> Grey, Thomas C. (1999). "Do we have an unwritten constitution?" In Garvey, John H.; Aleinikoff, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group. p. 103-104.

<sup>40</sup> Nelson, William E. (2000). Op. Cit., p. 7.

tradição liberal dos primeiros tempos - e fortemente atrelada à defesa da propriedade privada e da liberdade individual.<sup>41</sup>

O ativismo político da Corte em fins do Século XIX se pauta na exacerbação dos ideais liberais, especialmente o liberalismo econômico fundado na noção smithiana de *laissez faire*. Certamente a manifestação mais emblemática deste período foi proferida no caso *Lochner vs. New York*, em 1905, pela qual se firmou o postulado da não intervenção do Estado no domínio econômico, pouco importando o amplo apoio popular à legislação que em sentido contrário tentava apontar o país.

O auge deste momento, contudo, ainda estava por vir e se fez presente sob o governo de Franklin Delano Roosevelt, quando o conservadorismo da Corte falou mais alto e, no curto espaço entre 1934 e 1936, doze leis federais foram invalidadas, todas referentes a mecanismos de proteção social e intervenção estatal no domínio econômico.<sup>42</sup> Assim, durante cerca de cinquenta anos, o Tribunal barrou sistematicamente, sempre que pode, as tentativas do Congresso de promover a evolução dos sistemas de proteção social, ignorando a necessidade de defender quaisquer minorias ou direitos que não se identificassem com os ideais liberais.<sup>43</sup>

Entre as décadas de 1880 e 1930, em sucessivas ocasiões a Corte forneceu motivos para justificar a expressão *governo de juízes*, alcunhada por Edouard Lambert para denominar o processo de apreensão da Constituição,<sup>44</sup> num movimento pelo qual “[...] no sólo se proclamaba supremo intérprete ‘del derecho de la Constitución’, sino que a renglón seguido afirmaba que sus pronunciamientos constitucionales eran parte de ese mismo derecho.”<sup>45</sup>

A enfática reação por parte do Executivo que se seguiu provocou uma radical mudança de postura na Suprema Corte, que passou a aceitar o novo modelo político social norte-americano. Segundo Ackerman, “No início dos anos 40, a Corte liderada por Harlan Fiske Stone tratava a era jurisprudencial anterior como se esta tivesse sido definitivamente repudiada pelo povo estadunidense.”<sup>46</sup> Porém, foi apenas uma alteração de foco, pois restou inabalada sua convicção em seu papel político. Iniciando-se os anos

---

<sup>41</sup> Ibidem, p.89.

<sup>42</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 123-124.

<sup>43</sup> García-Pelayo, Manuel (1999). Op. Cit., p. 439.

<sup>44</sup> Lambert, Edouard (1921). *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris : Marcel Giard & Cia. p. 16-20 e 67-69.

<sup>45</sup> Ruiz, Marian Ahumada (2006). Op. Cit., p. 120.

<sup>46</sup> Ackerman, Bruce (2006b). Op. Cit., p. 107.

1950, sob a presidência de Earl Warren, o Tribunal embrenhou-se em uma de suas fases mais produtivas, firmando a jurisdição constitucional como um mecanismo de transformação social e defesa de direitos e liberdades, especialmente de grupos politicamente minoritários.

Neste momento, especialmente em seus pronunciamentos iniciais (onde se destacam os casos *Brown vs. Board of Education*, de 1954, e o subsequente caso *Cooper vs. Aaron*, de 1958, no qual o Tribunal afirmou sua autoridade frente às resistências impostas ao cumprimento da decisão *Brown*), *Marbury* foi providencialmente lembrado e apresentado como fundamento de sua força e autoridade.<sup>47</sup>

Já se tinha, então, operado por completo sua transformação: de tentativa de afirmar os fundamentos para o controle judicial da validade de leis, garantindo a supremacia da Constituição federal face aos estados, a instrumento legitimador do poder político da Corte em seu processo de apreensão constitucional, servindo de sustentáculo para a soberania judicial que se implanta e promove “[...] *una metamorfosis del Derecho Constitucional de los Estados Unidos bajo la acción continua y ‘constituyente’ del Tribunal Supremo*”.<sup>48</sup>

E assim, frequentemente empunhando *Marbury* como um *talismã*, os Tribunais americanos abandonam sua missão originária para se converterem, em matéria de controle de constitucionalidade, em cortes políticas, prontas para entrar em confronto com o Presidente ou o Congresso toda vez que seus próprios parâmetros de validade e correção não sejam atendidos. E ainda nos tempos atuais, sempre que vislumbra qualquer risco à sua autoridade, *Marbury* é lembrado pela Corte como último e inapelável fundamento de seu poder: “*Marbury es intemporal y poco importa que, como de vez en cuando se recuerda, la doctrina contenida en la sentencia haya sido en su mayor parte modificada [...] por la práctica y por decisiones posteriores.*”<sup>49</sup>

## Conclusão

---

<sup>47</sup> A partir dos anos 1940 a Suprema Corte assume por foco a valorização dos direitos dos cidadãos, o que se expressa pela proteção a grupos minoritários (negros, mulheres), proteção dos indivíduos contra o poder estatal, garantias do processo justo ou valorização do direito à autodeterminação sexual, familiar ou religiosa. A análise das causas e fundamentos desta mudança, embora extremamente relevante, não deve ser desenvolvida neste momento. Fica, assim, a referência, entre outras, à obra de Epp, Charles R. (1998). *The Rights Revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago: The University of Chicago Press.

<sup>48</sup> Sánchez, José Acosta (1998). Op. Cit., p. 126.

<sup>49</sup> Ruiz, Marian Ahumada (2006). Op. Cit., p. 121-122.

Em autores contemporâneos como Jeremy Waldron, Mark Tushnet ou Cass Sunstein é possível encontrar algumas das críticas ao sistema do *judicial review*, resgatando a celeuma sobre a legitimidade do Judiciário e, em especial, da Suprema Corte, dentro de um modelo de democracia que privilegia a representatividade popular do Parlamento, com o que se reaviva uma discussão que, certamente, está longe de chegar a um ponto de equilíbrio. Neste sentido, diante do que afirma ser uma evidente predominância do Judiciário, a afetar o equilíbrio entre os Poderes na proporção em que assume cada vez mais largo papel político, Waldron levanta duas questões: se a entrega ao Judiciário da proteção aos direitos gera uma melhor garantia do que se esta tarefa fosse confiada ao Legislativo; se a jurisdição constitucional encontra-se democraticamente legitimada, especialmente face ao sistema de escolha dos juízes.<sup>50</sup>

É evidente que a tarefa de sustentar em bases racionais a legitimidade do *judicial review* passa por um sem número de fatores, transbordando a simples discussão acerca de um precedente que, como visto, nem deveria ser tão relevante assim. O debate sobre a amplitude de *Marbury vs. Madison* não se restringe, por certo, ao caso em si, perpassando todo o debate que envolve o próprio poder judicial de interpretar a Constituição e, em defesa dela, invalidar leis. Afinal, em sua origem, *Marbury* não é um precedente tão importante no que tange à teoria constitucional, na medida em que não inovou significativamente a teoria ou a prática do *judicial review*.

A proporção que este caso assume no processo de afirmação do Judiciário como uma instância relevante, capaz de se equiparar e mesmo suplantar, eventualmente, os poderes políticos, decorre de um conjunto de circunstâncias históricas e disputas por poder. Este caso está indiscutivelmente na base de toda prática de um ativismo constitucional que se desenvolve ao longo de mais de um século, culminando no

---

<sup>50</sup> Waldron, Jeremy (2006). "The core of the case against judicial review". In *Yale Law Journal*. v. 115, p. 1348-1353, April. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>. Acesso em: 12. nov. 2011. Tushnet igualmente destaca alguns pontos que colocariam em xeque os fundamentos habitualmente invocados para conferir autoridade às decisões da Corte. Tushnet, Mark. (2003). "Alternative Forms of Judicial Review". In *Michigan Law Review*, n. 101, p. 2781-2802, Aug. Tushnet, Mark. (2005). Democracy versus Judicial Review. In *Dissent Magazine*. Spring. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 27 set. 2011. Sunstein defende que a Suprema Corte deveria adotar uma postura de autocontenção, adotando decisões minimalistas, que não adentrem em questões morais nem busquem indicar rumos para as políticas governamentais. Sunstein, Cass R. (1999). "One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court". In Garvey, John H.; Aleinikoff, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed., Minnesota: West Group.

momento vivido hoje, com uma participação constante das Cortes Constitucionais nas mais relevantes decisões dos países.

Mesmo passado tanto tempo desde a sessão de julgamento que imortalizou o juiz John Marshall, ainda é pertinente e necessário revisitar *Marbury*. Afinal, como demonstrado, não é possível que a jurisdição constitucional, no cumprimento da tarefa de fortalecer os alicerces conceituais que conferem suas bases de legitimidade, especialmente em cenários onde avulta a preocupação em promover princípios democráticos, se contente em continuar torcendo os sentidos originários daquele precedente.

## Referências

Abernathy, Charles F. (2003). "The lost European aspirations of U.S. constitutional law". In *German Law Journal*, v. 4, n. 6, Jun. p. 596. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

Ackerman, Bruce (2006a). "Marbury vs. Stuart. Trad. Maria Valvidares". In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, p. 151-202.

\_\_\_\_\_. (2006b). *Nós, o Povo Soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello, Belo Horizonte: Del Rey.

Barbosa, Rui (1893). *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Capital Federal: Companhia Impressora.

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

Bork, Robert H. (1999). "Neutral principles and some first amendment problems". In Garvey, John H.; Aleinikoff, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed., Minnesota: West Group.

Cappelletti, Mauro (1992). *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

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



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

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

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

García-Pejayo, Manuel. (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. Reimpressão, Madrid: Alianza Editorial.

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

Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John (2003). *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, Belo horizonte: Líder.

Jefferson, Thomas (1964). *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho, São Paulo: IBRASA.

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

Marshall, John (1997). *Decisões Constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo, Brasília: Ministério da Justiça.

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

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

Ruiz, Marian Ahumada (2006). "Marbury versus Madison doscientos años (y más) después". In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, p. 109-150.

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

Sanchís, Luis Prieto (2006). "Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional". In *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, p. 27-108.

Schwartz, Bernard (1966). *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro: Forense.

Sunstein, Cass R. (1999). "One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court". In Garvey, John H.; Aleinikoff, Alexander (Org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed., Minnesota: West Group.

Tushnet, Mark. (2003). "Alternative Forms of Judicial Review". In *Michigan Law Review*, n. 101, p. 2781-2802, Aug.

\_\_\_\_\_ (2005). Democracy versus Judicial Review. In *Dissent Magazine*. Spring. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 27 set. 2011.

Waldron, Jeremy (2006). "The core of the case against judicial review". In *Yale Law Journal*. v. 115, p. 1348-1353, April. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>> . Acesso em: 12. nov. 2011.

Zippelius, Reinhold. (1984). *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada, Lisboa: Calouste Gulbenkian.