IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-431-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. História do federalismo e liberdades raciais, liberdade de expressão e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

LINEAMENTOS HISTÓRICO-POLÍTICOS DO CASO MARBURY V. MADISON: A DECISÃO DO CHIEF JUSTICE JOHN MARSHAL E SUA REPERCUSSÃO NA COMPREENSÃO CONCEITUAL DA CONSTITUIÇÃO E NA COMPETÊNCIA PARA SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

HISTORICAL AND POLITICAL LINES OF THE MARBURY V. MADISON CASE: THE DECISION OF CHIEF JUSTICE JOHN MARSHAL AND ITS REPERCUSSION ON CONCEPTUAL UNDERSTANDING OF THE CONSTITUTION

Yuri Anderson Pereira Jurubeba [1]
Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba [2]
Rubem Ribeiro de Carvalho [3]

Resumo

O presente ensaio objetiva analisar o caso Marbury v. Madison, dentro da conjuntura fática e histórica que se inseriu, que foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803, usualmente apontado como precursor da possibilidade de judicial review. Desprendendo-se das críticas a escolha da situação como leading case, busca-se demonstrar que, indiscutivelmente, a decisão sedimentou uma nova estrutura constitucional e institucional, consolidando a supremacia da Constituição frente às leis e afirmando o Poder Judiciário como intérprete final e aplicador do Texto constitucional podendo, para tanto, reconhecer a invalidade (inconstitucionalidade) de atos normativos que a ela se oponham.

Palavras-chave: Marbury v. madison, Judicial review, Supremacia da constituição, Poder judiciário, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to analyze the case Marbury v. Madison which was judged by the Supreme Court of the United States of America in 1803, and it is usually appointed as a precursor of the possibility of judicial review. Detaching from the criticisms of the choice of the situation as a leading case, the study seek to demonstrate that the decision consolidated a new constitutional structure, consolidating the supremacy of the Constitution over the laws and affirming the Judiciary Branch as the final interpreter of the Constitutional text, being able to recognize the invalidity of normative acts that oppose it.

---

[1] Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT. Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

[2] Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR-CE; Mestre em Direito pela UEA/AM; Professora da UNITINS; Assessora Jurídica de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

[3] Doutorando em Desenvolvimento Regional pela UFT; Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT; Juiz Titular do 2º Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Palmas/TO.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marbury v. madison, Judicial review, Supremacy of the constitution, Judiciary branch, Review of constitutionality

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Americana, fruto da Convenção da Filadélfia de 1787 e que inspirou inúmeras outras Cartas Constitucionais, não trazia previsão expressa sobre a fiscalização da constitucionalidade das leis, tampouco, ainda, a quem incumbia tal atribuição. Os *Founding Fathers of the United States*, líderes políticos que participaram da elaboração da Constituição dos Estados Unidos, foram omissos.

Se, de um lado, não se confiava tal mister ao Poder Legislativo, eis que, ao analisar a constitucionalidade dos seus próprios atos poderia desconsiderar mandamento constitucional, que representa a expressão maior da soberania popular, a seu livre arbítrio; de outro se discutia se o Judiciário ou Executivo se apresentariam legítimos para tal intento, considerando-se o princípio da separação dos poderes.

É que se admitir que uma lei regularmente editada pelo Poder competente para tanto e válida no território nacional pode ser revista e declarada inconstitucional, implicaria no reconhecimento da preponderância de um poder sobre outro. Sobre a questão, Hamilton:

> Some perplexity respecting the right of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the grounds on which it rests cannot be unacceptable. (2005, p. 414)[1]

Discutiu-se, àquela época, inclusive a criação de um Conselho de Revisão (*Council of Revision*) a quem competiria fazer um controle de constitucionalidade prévio das leis, e que seria composto pelo Presidente da República e membros do Judiciário. Já se verificava a possibilidade de serem as leis injustas, imprudentes e perigosas, mas não

[1] Alguma perplexidade a respeito do direito dos tribunais de declararem nulos os atos legislativos, porque contrários à constituição, surgiu de um imaginário de que a doutrina implicaria uma superioridade do judiciário em relação ao poder legislativo. Eis que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outrem deve ser necessariamente superior àquela cujos atos podem ser declarados nulos. Como essa doutrina é de grande importância em todas as constituições americanas, uma breve discussão dos fundamentos em que ela se baseia não pode ser inaceitável. (Tradução livre)

inconstitucionais a ponto de justificar os juízes recusarem dar-lhes efeito, mas a proposta do Conselho não prosperou.

E não foram poucas as discussões acerca da possibilidade do *judicial review*, pois aquiescer à mencionada prática significava consentir na mitigação de uma lei regularmente editada pelo Poder Legislativo e cuja aplicabilidade restaria afastada por um juiz sob o argumento de incompatibilidade com o texto constitucional.

Nesse contexto, a despeito das críticas legítimas à escolha do episódio como o que deu origem ao controle judicial nos Estados Unidos, tem-se, historicamente, o caso Marbury v. Madison, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1803, como o ponto de partida do *judicial review.*

2 A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO NO CONTEXTO HISTÓRICO DO NASCIMENTO DA CARTA AMERICANA

Larry Kramer, inicia a obra intitulada "The people themselves: popular constitutionalism and judicial review" falando sobre os sentidos que a terminologia "Constituição" alcançou nos séculos XVII e XVIII e que não correspondiam aos significados modernos.

Para alguns seria o arranjo das leis e práticas então existentes e que constituíam o governo; já outros atrelavam o termo Constituição à "direito comum" e confundiam constitucionalidade como legalidade. Havia, ainda, quem significava a Constituição como "Lei Fundamental", esta última expressão igualmente sofrendo variações interpretativas. Para alguns, se referiria a costumes arraigados e aos quais se atribuía considerável carga valorativa; para outros, seriam regras que estabeleciam procedimentos para o exercício do poder legislativo. Entrementes, o uso mais comum da expressão "Lei Fundamental" foi como sinônimo de um corpo de princípios imutáveis e de observância cogente, é dizer, fora do alcance de qualquer instituição governamental (KRAMER, 2004).

A despeito de verificada uma sobreposição substancial na Lei Fundamental de princípios permanentes da *common law*, tinha-se a concepção de que não se confundiam, assim como também aquela não se confundia com as leis da natureza (ou leis da razão,

para alguns do Século XVIII), que se entendiam transcendentes e superiores ao direito positivo (KRAMER, 2004).

Não adentrando nesta seara de discussão (direito natural vs direito positivo), porquanto desinteressante ao objetivo deste, cumpre consignar, inclusive nos termos das teorias contratualistas de origem do Estado, que é assente que a "lei" formal se baseia no consentimento dos governados que, transferindo àquele suas parcelas individuais de poder, aceitam se submeter a determinados regramentos para uma convivência harmônica em sociedade.

Especificamente em relação à Constituição Norte-americana, convém relembrar as palavras de James Madison em seu discurso sobre o Tratado de Jay no Quarto Congresso, quando pontuou que embora tenha o instrumento vindo da Convenção da Filadélfia como um "esboço de um plano, nada mais que uma letra morta", a "vida e a validade lhe foram sopradas pela voz do povo, falando através das diversas Convenções Estaduais" (KRAMER, 2004, p. 78).

E, nesse cariz, cumpriria ao Judiciário, enquanto intérprete das leis e projetado para atuar como intermediário entre o povo e o legislativo, manter este último dentro dos limites atribuídos à sua autoridade, em consonância com as premissas aceitas pelo constitucionalismo popular à época.

Ou seja, na contramão do modelo inglês no qual o Parlamento era supremo, criava-se um modelo com fundamento na ideia de que haveria limites jurídicos ao Poder Legislativo e tais balizas seriam analisadas pelo Poder Judiciário.

Destarte, não obstante tenha o Texto Constitucional de 1787 elaborado pela Convenção Constituinte da Filadélfia sido omisso acerca do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, doutrina majoritária aponta que após a decisão de John Marshall a lacuna se colmatou.

Sobre a questão, João Carlos Souto pontua que nos países democráticos, embora seja comum a previsão minuciosa no texto constitucional das competências e atribuições dos Poderes, no século XVIII (quando a Carta americana foi elaborada), as constituições não eram tão meticulosas e, no caso específico, a imprecisão também se deveu ao momento histórico que cercou a Convenção Constituinte da Filadélfia, consignando o

autor que acaso houvesse previsão expressa a ratificação do Texto pelos Estados certamente teria enfrentado maior resistência ainda (SOUTO, 2021).

É que embora tenha a Revolução Americana representado processo de liberação do julgo colonial inglês, também se ambicionava a criação de um Estado com nova configuração e com uma forma diferente de política, mais democrática, com afirmação de direitos e um poder político noutro formato. Stern afirma que "neste processo, institutos que até hoje norteiam a política de grande parte dos Estados são desenvolvidos, como a experiência federalista e presidencialista" (2016, p. 197).

Não se olvida que a Declaração da Independência, anos antes, em 1776, certamente, desempenhou papel preponderante sobre o viés democrático da revolução e dos seus desideratos. A Declaração destacava duas temáticas: os direitos individuais e o direito de revolução. E, talvez, numa tentativa de controle jurídico e lineamento do que se formava, notadamente o revolucionamento e do próprio processo de democratização, surgiu a Constituição onze anos depois. Analisa Griffin:

> It is important, therefore, to consider the state of politics when the Constitution was adopted. At the time, Americans politics was in transition from an older hierarquical model of politics to a more democratic model. The Framers os 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. (1996, p. 12)[2]

Imperioso elucidar que, uma vez terminada a Convenção da Filadélfia, fazia-se necessária a ratificação do texto aprovado por nove dos treze Estados (ex-colônias) e tal tarefa não foi fácil em razão de discordâncias veementes sobre institutos nela previstos que iam de encontro aos ideais de alguns representantes.

Nalguns casos havia oposição à forma de governo federativa, noutros críticas quanto à inexistência de previsão expressa de declaração de direitos e, nessa conjuntura,

[2] É importante, portanto, considerar o estado da política quando a Constituição foi adotada. Na época, a política americana estava em transição de um modelo hierárquico mais antigo de política para um modelo mais democrático. Os elaboradores da Constituição aspiravam ao modelo mais antigo, embora reconhecendo as novas tendências democráticas aceleradas pela Revolução Americana. A Constituição não foi projetada para interromper esse processo, mas para controlá-lo. (Tradução livre)

Alexander Hamilton, James Madison e John Jay escreviam textos numa tentativa de demonstrar as vantagens da União (textos que posteriormente foram reunidos na obra "O Federalista").

Nesse diapasão, para a adequada compreensão do contexto em que se inseriu a possibilidade do *judicial review* faz-se este retrospecto ao cenário político, jurídico e social dos Estados Unidos da América na época (fim do século XVIII e início do século XIX) para se analisar, a seguir, o emblemático caso *Marbury v. Madison* que revela campo de disputa política e, porque não dizer, de autoafirmação de uma jovem Suprema Corte de performance pouco expressiva até então.

3 OS BASTIDORES DO CASO MARBURY v. MADISON

Com efeito, merece registro que já defendia Hamilton no capítulo 78 da obra intitulada "O Federalista", mencionada alhures, ao analisar os três poderes e tratando especificamente do Poder Judiciário a possibilidade de os atos contrários à Constituição serem declarados inválidos, *verbis:*

> [...] every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorise, but what they forbid. (2005, p. 414)[3]

E, ainda, foi além, já defendendo, àquela época, que caberia ao Poder Judiciário tal análise e revisão, enquanto incumbido da tarefa de interpretar e aplicar a lei, pontuando

[3] [...] todo ato emanado de autoridade delegada que contraria o teor do comando sob o qual é exercido, é nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à Constituição pode ser considerado válido. Refutar isso seria afirmar que o substituto é maior que o principal; que o servo está acima do seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens agindo em virtude de poderes podem fazer não apenas o que seus poderes não autorizam, mas o que eles proíbem. (Tradução livre)

que a Constituição deveria preferir a quaisquer outros atos normativos, senão veja-se em suas palavras:

> The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcileable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. (2005, p. 415)[4]

Assente-se que tais afirmações não indicavam superioridade do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo, mas apenas que o poder do povo seria superior a ambos e onde a vontade legal se encontrasse em oposição àquela declarada pelo povo na Constituição, os juízes deveriam fazer esse controle guiando suas decisões pela Lei Fundamental.

Nas linhas volvidas pode-se encontrar fundamento para o havido no julgamento do caso Marbury v. Madison, mas antes da análise jurídica, convém uma retrospectiva fática/política do cenário em que se deu a demanda.

Início do Século XIX e a política norte-americana se polarizava em dois partidos: os Federalistas e os Democrata-Republicanos. O primeiro presidente dos Estados Unidos, George Washington, sem partido, tinha como vice John Adams, Federalista, que lhe sucedeu no mandato que se iniciou em 4 de março de 1797. John Adams, tinha como vice-presidente Thomas Jefferson, Democrata-Republicano, que disputou com ele a presidência do país na quarta eleição quadrienal americana realizada entre 31 de outubro a 3 de dezembro e não raras vezes denominada "Revolução de 1800" – mas sem derramamento de sangue – e a que particularmente interessa ao presente estudo.

Disputaram entre si John Adams (Massachusetts), então Presidente; Thomas Jefferson (Virginia), vice; Aaron Burr (New York), ex-senador; e Charles Cotesworth Pinckney (South Carolina), ex-ministro dos Estados Unidos na França. A eleição

---

[4] A interpretação das leis é de competência própria e peculiar dos Tribunais. A constituição factualmente é e deve ser considerada pelos juízes como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles verificar o seu significado, bem como o significado de qualquer ato específico proveniente do órgão legislativo. Se por acaso houver uma variação irreconciliável entre os dois, aquele que tem a obrigação e validade superiores deve ser preferido; ou em outras palavras, a constituição deve ser preferida às leis, a intenção do povo à intenção dos seus agentes. (Tradução livre).

funcionava da seguinte maneira: os membros do Colégio Eleitoral votavam apenas no Presidente e cada eleitor poderia votar em dois candidatos.

O vice-presidente seria o segundo colocado no número de votos, o que, na ocasião, demonstrou a equivocidade no método de escolha e ensejou a Emenda nº 12 ao Texto Constitucional. Isso porque, na ocasião, Aaron Burr e Thomas Jefferson ficaram empatados com 73 votos eleitorais, tendo sido a eleição decidida pela *House of Representatives* (Câmara dos Representantes) que era controlada pelo partido Federalista, mas que permitiu Jefferson ascender à presidência após terem os votos sido computados mais de trinta vezes (LIBRARY OF CONGRESS, 1801).

Nessa conjuntura política, Barroso relata um estratagema levado a efeito pelos federalistas para manter influência política a despeito da derrota para Thomas Jefferson, *verbis:*

> No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham 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; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.
>
> Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (the Organic Act of the District of Columbia) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (commissions) dos novos juízes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (Chief Justice). E, embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los (2016, p. 25-26).

Do excerto trasladado, vê-se que o Senado aprovou as nomeações na véspera da posse de Thomas Jefferson, fazendo com que a investidura dos juízes de paz nomeados,

a cargo de John Marshall (secretário de John Adams e Ministro da Suprema Corte no governo vindouro) se desse apressadamente, fato que os fez conhecidos como *Midnight judges*. Todavia, com a posse de Thomas Jefferson, seu novo secretário James Madison, seguindo suas orientações, não entregou os atos de investidura (*commissions*) àqueles que não os receberam, entre eles William Marbury que, embora nomeado, não recebeu seu ato de investidura (BENOIT, 1994).

Registre-se que o novo Presidente, ao assumir, de pronto, declarou a invalidade das indicações de John Adams, recusando-se a entregar as *commissions* remanescentes, além de ter enviado mensagem ao Congresso requerendo que o *Judiciary Act* fosse revogado (REINSTEIN, 2005).

Vendo seu direito profligado, Marbury impetrou em dezembro de 1801 *writ of mandamus* na Suprema Corte requerendo que o Poder Judiciário determinasse ao Secretário de Estado que lhe entregasse o ato de investidura a fim de que pudesse acessar o cargo para o qual foi nomeado com fundamento no *Judiciary Act* que havia atribuído à Suprema Corte competência para apreciação de casos desta estirpe. Entrementes, a lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act) havia sido revogada pelo Congresso, que já ostentava maioria republicana, havendo sido extintos os cargos outrora criados e destituídos os seus ocupantes. E, não obstante designada sessão para apreciação do caso proposto por Marbury, esta foi suspensa em 1802, tendo a Corte ficado sem reunião de dezembro de 1801 a fevereiro de 1803 (BARROSO, 2016).

Era de conhecimento público que o governo do novo Presidente se apresentava adverso à Suprema Corte dos Estados Unidos e se sabia que descumpriria eventual decisão judicial favorável ao impetrante William Marbury, tanto é que o secretário Madison sequer ofereceu resposta no processo judicial. Tal comportamento presidencial tinha por supedâneo a ideia de que a questão ajuizada era de sua exclusiva competência e o Chefe do Executivo só deveria responder ao povo e ao Congresso, nunca ao Poder Judiciário (REINSTEIN, 2005).

4 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A REPERCUSSÃO DO CASO MARBURY v. MADISON

É comum entre os constitucionalistas se indicar o caso Marbury v. Madison como *leading case* histórico que firmou a competência do Poder Judiciário para apreciar, quando provocado, a constitucionalidade das leis, declarando inconstitucionais as que contradigam o Texto Fundamental. E sobre isso, a propósito, Paulsen critica a exemplificação do caso como legitimação de suposta *judicial supremacy*, porquanto a celeuma só aponta para a *constitutional supremacy* (PAULSEN, 2003).

Também se deve assentar que, no momento em que o caso foi decidido, em 1803, os Estados Unidos da América atravessavam período turbulento na política, com o início de uma democracia sem precedentes históricos.

Conforme afirmado alhures, caso a Suprema Corte decidisse em favor do impetrante, corria sério risco de se ver desmoralizada ao ter a decisão desrespeitada pelo Presidente. Lado outro, se a Corte deliberasse contra os interesses de Marbury seria vista como subordinada ao Chefe do Poder Executivo, além de descontentar, evidentemente, os Federalistas. Nesse cenário, tem-se, pois, que o Chief Justice John Marshall via diante de si um difícil julgamento.

No caso, a Corte, invertendo a ordem de procedimento usual, examinou primeiro o mérito da questão e de sua revisão chegou à conclusão de que um mandado de segurança, caso tivesse sido solicitado em um tribunal com jurisdição para o caso, teria sido, sem dúvida, o remédio adequado (CORWIN, 1914).

É que se iniciou apontando que o impetrante teria direito à investidura no cargo, reconhecendo que o ato de investidura assinado pelo Presidente dos Estados Unidos já tinha o condão de nomeá-lo juiz de paz e que a recusa em lhe entregar o título jurídico para o cargo qual ele tem direito a investir-se configurava violação ao direito. Entrementes, passou-se a discorrer sobre o direito do impetrante ao remédio jurídico postulado que dependeria da natureza do *writ* e do poder ou competência da Corte que foi provocada, *verbis:*

> It is, then, the opinion of the Court: 1st. That by signing the commission of Mr. Marbury, the President of the United States appointed him a justice of peace for the County of Washington in the District of Columbia, and that the seal of the United States, affixed thereto by the Secretary of State, is conclusive testimony of the verity of the signature, and of the completion of the appointment, and that the appointment conferred on him a legal right to the office for the space of five years.

> 2nd. That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy. It remains to be inquired whether: He is entitled to the remedy for which he applies. This depends on 1 The nature of the writ applied for; and 2 The power of this court. (JUSTIA, 1803).[5]

Após dissertar extensamente sobre a natureza do *writ* afirmando-o comportável à situação, em continuidade, assentou o Chief Justice que a competência da Suprema Corte se cingia a decisões sobre direitos individuais, não lhe sendo atribuída autoridade para decidir se e como o Poder Executivo e seus agentes cumpriam os deveres em relação aos quais têm juízo, que no raciocínio afastaria a competência da Corte para apreciação de questões políticas.

Contudo, consignou que quando o Chefe de um Poder tem o dever jurídico de praticar certo ato que viola direitos individuais, não podem os Tribunais americanos escusarem-se do dever de prestar jurisdição, senão veja-se:

> The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court.
> [...]
> It is not by the office of the person to whom the writ is directed, but the nature of the thing to be done, that the propriety or impropriety of issuing a mandamus is to be determined. Where the head of a department acts in a case in which Executive discretion is to be exercised, in which he is the mere organ of Executive will, it is again repeated, that any application to a court to control, in any respect, his conduct, would be rejected without hesitation.
> But where he is directed by law to do a certain act affecting the absolute rights of individuals, in the performance of which he is not placed under the particular direction of the President, and the performance of which the President cannot lawfully forbid, and therefore is never presumed to have forbidden -- as for example, to record a commission, or a patent for land, which has received all the legal solemnities; or to give a copy

[5] É, então, a opinião da Corte: 1ª. Que, ao assinar o ato de investidura do Sr. Marbury, o Presidente dos Estados Unidos o nomeou juiz de paz para o Condado de Washington, no Distrito de Columbia, e que o selo dos Estados Unidos, afixado pelo Secretário de Estado, é o testemunho conclusivo da veracidade da assinatura e do cumprimento da nomeação, e de que a nomeação lhe conferiu o direito legal ao cargo pelo espaço de cinco anos. 2ª Que, tendo o título legal para o cargo, ele tem o consequente direito ao ato de investidura (comissão); e a recusa de entrega é uma clara violação desse direito, para a qual as leis de seu país lhe oferecem um remédio. Resta saber se: Ele tem direito ao recurso a que pede. Isso depende de: 1. A natureza do pedido requerido; e 2. O poder deste tribunal. (Tradução livre)

> of such record -- in such cases, it is not perceived on what ground the Courts of the country are further excused from the duty of giving judgment that right to be done to an injured individual than if the same services were to be performed by a person not the head of a department. [...]
> The Secretary of State, being a person, holding an office under the authority of the United States, is precisely within the letter of the description, and if this Court is not authorized to issue a writ of mandamus to such an officer, it must be because the law is unconstitutional, and therefore absolutely incapable of conferring the authority and assigning the duties which its words purport to confer and assign. (JUSTIA, 1803)[6]

Vê-se do excerto que Marshall já se encaminhava para uma conclusão, para o enfrentamento do tema fulcral posto na situação: se poderia a Suprema Corte deixar de aplicar uma lei inconstitucional considerando-a inválida.

Isso porque a competência da Corte, até então, era de natureza recursal, sendo a Constituição de 1787 silente sobre a questão, como explanado anteriormente neste estudo e, de outro lado, a Seção 13 do Judiciary Act de 1789[7] atribuiu à Suprema Corte a

---

[6] A competência do Tribunal é unicamente decidir sobre os direitos dos indivíduos, e não indagar como o Executivo ou os oficiais executivos desempenham as funções que lhes cabem discricionariamente. As questões, por sua natureza política ou que sejam, pela Constituição e pelas leis, submetidas ao Executivo, nunca poderão ser formuladas neste tribunal. [...] Não é pelo cargo da pessoa a quem o mandado é dirigido, mas pela natureza do que deve ser feito, que se deve determinar a propriedade ou impropriedade de emitir um mandado de segurança. Quando o chefe de um departamento atua em um caso em que o arbítrio executivo deve ser exercido, no qual ele é o mero órgão do Executivo, é novamente repetido que qualquer pedido a um tribunal para controlar, em qualquer aspecto, sua conduta, seria rejeitado sem hesitação. Mas quando ele é orientado por lei a praticar um certo ato que afeta os direitos absolutos dos indivíduos, em cujo desempenho ele não está colocado sob a direção específica do presidente, e cuja execução o presidente não pode legalmente proibir e, portanto, nunca se presumiu ter proibido - como, por exemplo, registrar uma comissão, ou uma patente de terreno, que recebeu todas as solenidades legais; ou para dar uma cópia de tal registro - em tais casos, não é percebido em que fundamento os tribunais do país estão ainda isentos do dever de julgar esse direito ferido de um indivíduo, ainda que o mesmo serviço fosse realizado por uma pessoa que não seja o chefe de um departamento. [...] O Secretário de Estado, sendo uma pessoa que ocupa um cargo sob a autoridade dos Estados Unidos, está precisamente dentro da letra da descrição, e se este Tribunal não estiver autorizado a emitir um mandado de segurança para tal oficial, deve ser porque a lei é inconstitucional e, portanto, absolutamente incapaz de conferir a autoridade e atribuir as funções que suas palavras pretendem conferir e atribuir. (Tradução livre)

[7] Sec. 13. That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors or other public ministers, or in which a consul or vice-consul shall be a party. And the trial of issues in fact in the Supreme Court in all actions at

competência originária para resolver sobre eventuais demandas que implicassem indivíduos indicados a postos no Judiciário ou que ocupassem cargo público no Governo Federal, como na espécie.

Nesse diapasão, o Chief Justice Marshall reconheceu a inconstitucionalidade da *Section* 13 do Judiciary Act de 1789, notadamente porque criou competência originária da Suprema Corte não prevista na Constituição Federal, o que ensejou o não conhecimento do *writ of mandamus* impetrado por Marburry.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão de que as cortes constitucionais são árbitros imparciais para as disputas institucionais é frequentemente e persistentemente apresentada por constitucionalistas na maioria dos estados federais e quase federais modernos. Normalmente, essa visão segue do pressuposto legal de que o ramo judicial do governo é neutro e não é afetado por pressões políticas que, de outra forma, se infiltrariam em todos os demais aspectos do governo (legislativo e executivo). Essa visão positivista da função judicial é, além disso, aceita pela maioria dos operadores do direito.

Entretanto, não há dúvidas que a decisão jurídica do Chief Justice John Marshall igualmente teve notável viés político. Perceba-se que não desatendeu os interesses do Presidente da República, tampouco deixou de reconhecer o direito de William Marbury, só não o implementando por incompetência para tanto, cuja discussão competiria às instâncias inferiores.

Entrementes, é indiscutível que o mencionado *decisum*, talvez despropositadamente naquela ocasião, representa precedente comumente atrelado ao *judicial review.*

---

law against citizens of the United States shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states in the cases hereinafter specially provided for and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office under the authority of the United States. (The Judiciary Act of 1789)

Não obstante a Constituição Americana não previsse expressamente a competência da Suprema Corte para julgar a constitucionalidade das leis, os fundamentos lançados por Marshall solidificaram esta possibilidade com fulcro na supremacia constitucional. Decidiu-se que os tribunais federais americanos têm o poder de se recusar a dar qualquer efeito à legislação do Congresso que seja inconsistente com sua interpretação da Constituição - um movimento conhecido como "striking down laws".

Marbury v. Madison é considerada por muitos a decisão mais importante no direito constitucional americano, pois estabeleceu a autoridade dos juízes para revisar a constitucionalidade dos atos legislativos do Congresso, e até hoje o poder da Suprema Corte de revisar a constitucionalidade das leis americanas em nível federal e estadual.

Reitere-se que há críticas quanto à eleição do caso como precursor, mas não restam dúvidas de que é ele o recorrentemente apontado seja pela maestria política com que foi conduzido – evitando séria crise política e institucional nos Estados Unidos da América à época –, seja pela consolidação da supremacia da Constituição frente às leis; seja, ainda, pela afirmação do Poder Judiciário como intérprete final e aplicador do Texto constitucional podendo, para tanto, reconhecer a invalidade (inconstitucionalidade) de atos normativos que a ela se oponham.

Além disso, é questionável se Marshall deveria ter participado do caso Marbury por causa de sua participação na disputa. Marshall ainda era o Secretário de Estado interino quando as nomeações foram feitas. Este potencial conflito de interesses levanta fortes motivos para Marshall ter se retirado do caso. Em retrospectiva, o fato de Marshall não ter se retirado de Marbury é provavelmente indicativo de sua ânsia de ouvir o caso e usá-lo para estabelecer *judicial review.*

Desta feita, não obstante já se pudessem encontrar premissas do *judicial review* em momentos pretéritos que, inclusive, consubstanciaram supedâneo para a decisão emblemática cerne deste ensaio, certamente o caso *Marbury v. Madison* tem lugar de honra no trajeto institucional do Poder Judiciário e da própria construção de um novo conceito de Constituição.

REFERÊNCIAS

BENOIT, William L.; D'AGOSTINE, J. Michael. The case of the midnight judges and multiple audience discourse: Chief Justice Marshall and Marbury V. Madison, *Southern Communication Journal*, 59:2, 89-96, DOI: 10.1080/10417949409372928. 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e a análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORWIN, Edward S. *Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review.* V. 12. N. 7. May, 1914, p. 538-572. Michigan Law Review Association: 1914. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1274986?seq=2#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 10 ago. 2021.

GRIFFIN, Stephen M. *American constitucionalism:*from theory to politics. Princeton: Princeton University Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist.* Edited with historical and literary annotations and introduction by J.R. Pole. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.

JUSTIA US Supreme Court. Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/. Acesso em 11 ago. 2021.

KRAMER, Larry D. *The people themselves:* popular constitutionalism and judicial review. Oxford: University Press, 2004.

LIBRARY OF CONGRESS. *Today in History – February 17.* 1801. Disponível em: https://www.loc.gov/item/today-in-history/february-17/. Acesso em: 10 ago. 2021.

MASHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

PAULSEN, Michael Stokes. The irrrepressible myth of Marbury. *Michigan Law Review, v. 101. n. 8. p. 2706-2743, ago. 2003.*

REINSTEIN, Robert J.; RAHDERT, Mark C. *Reconstructing Marbury,* In: Arkansas Law Review. n. 57. p. 730-833; 2005.

SOUTO, João Carlos Souto. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: Principais decisões. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

STERN, Ana Luiza Saramago. O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político. *Revista direito e liberdade.* Rio Grande do Norte: ESMARN. v. 18, n. 3, p. 193-212, set/dez. 2016.

THE JUDICIARY ACT OF 1789. Disponível em: https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/8.htm. Acesso em 11 ago. 2021.