

Alexandre Couto: O que aprendi com Marbury v. Madison

01/06/2023

Em fevereiro deste ano, o caso *Marbury v. Madison* completou seu 220º aniversário. Os doutores Gustavo Troccoli Carvalho de Negreiros e Pedro Filipe Araújo de Albuquerque já publicaram nesta **ConJur** um bem elaborado resumo sobre esse julgado[1].

As contribuições foram bastante pertinentes. Contudo, neste breve artigo, tentarei ir além e analisar algo mais profundo, que consiste na própria natureza da revisão judicial e seu caráter contramajoritário (ou não), e no que a história por trás do caso *Marbury* pode nos ensinar sobre essas questões.

O debate sobre a revisão judicial passou a ganhar forma quando, na Inglaterra, em 1610, o famoso juiz *sir* Edward Coke, no julgamento do *Dr. Boham's case* — no qual um cidadão chamado Thomas Boham havia processado o *Royal College of Physicians* de Londres, por tê-lo multado e prendido sem autorização legal — decidiu que "[...] quando um ato do parlamento for contrário à razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser realizado, o direito comum irá controlá-lo e julgar tal ato vazio" [2]

Como já é conhecido, a Revolução Gloriosa, em 1688, consagrou a supremacia do Parlamento inglês. Portanto, a doutrina de Coke perdeu força no Velho Mundo. Contudo, baseado nessa decisão, o juiz *sir* William Blackstone, no livro mais influente da era da fundação dos Estados Unidos, *Commentaries of the Law of England*, de 1765-1769, estabeleceu sua décima regra de construção jurisprudencial, que dispõe:

Por fim, atos do parlamento que forem impossíveis de serem realizados, não possuem validade: e se deles surgirem colaterais e absurdas consequências, manifestamente contrárias à razão comum, eles serão, com consideração a essas consequências colaterais, vazios [3].

Foi justamente com base nessa regra que Alexander Hamilton, um dos pais fundadores da Constituição dos Estados Unidos, no *Federalista* 78, trouxe a famosa arquitetura do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário:

"[...] É muito mais razoável supor que os tribunais foram concebidos para serem um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com o intuito de, entre outras coisas, manter esta última dentro dos limites traçados para a sua autoridade. A interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental. Portanto, pertence-lhes averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo. Se vier a dar-se o caso de existir uma divergência irreconciliável entre as duas, a que tem obrigatoriedade e validade superior deve, sem dúvida, ser preferida, ou, por outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao decreto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes.

Nem tão pouco esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judicial

sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e nos casos em que a vontade da legislatura, declarada nos seus decretos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última mais do que pela primeira." [4]

Com essas questões em mente, analisemos agora o contexto em que surgiu *Marbury*, um caso que ocorreu em meio à polarização política presente no início da fundação dos EUA. De um lado, havia os *Federalistas*, liderados por Alexander Hamilton e John Adams, a favor da ratificação da Constituição, e mais conservadores. Do outro, estavam os *Antifederalistas*, mais liberais e contrários à ratificação da Constituição.

Embora os antifederalistas tenham perdido a disputa política em um momento inicial, fundaram depois o partido *Democrata-Republicano*, que viria a ser a nova potência política do país, tendo como principais expoentes Thomas Jefferson, Aaron Burr (que viria a tirar a vida de Alexander Hamilton, em um duelo) e James Madison.

A primeira sucessão presidencial americana, após George Washington, deu-se pelo federalista John Adams, que tomou atitudes autoritárias durante seu mandato, entre elas o famoso Ato de Sedição e Estrangeiro — uma tentativa de criminalizar a oposição, já que ele dava ao presidente o poder de aprisionar estrangeiros considerados perigosos e punir tipógrafos contrários à sua administração [5].

O autoritarismo dos federalistas fez com que eles sofressem derrotas na eleição de 1800, tanto no Poder Executivo — assumindo a Presidência o republicano Thomas Jefferson, ocorrendo aí a primeira sucessão presidencial entre partidos opositores da história — e também no Poder Legislativo.

Os federalistas, então, apostaram sua última cartada no último braço que restava: o Judiciário. Assim, em fevereiro de 1801, nos últimos dias do mandato de John Adams, o Congresso aprovou o *Judiciary Act of 1801*, nomeando 42 juízes de paz. Porém, o trâmite final (Executivo, Senado) da aprovação dos juízes de paz do Distrito de Columbia se deu [apenas] em 3 de março de 1801, e a posse de Thomas Jefferson no cargo de presidente da República ocorreu no dia seguinte, o que dava a Adams menos de 24 horas para preparar a documentação de 42 juízes de Paz [6].

O presidente Thomas Jefferson, então, determinou que seu secretário de Estado, James Madison, não concedesse posse aos que restavam. Quatro dos prejudicados — William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper, por meio do advogado Charles Lee, propuseram um *writ of mandamus* (mandado de segurança) contra James Madison, na Suprema Corte, afirmando que esta teria competência para julgar o caso, pois assim dispunha a Seção 13 do *Judiciary Act of 1789*.

O caso viria a ser apreciado pelo Juiz John Marshall, que havia sido secretário de Estado de John Adams e nomeado chefe da Suprema Corte também por Adams.

Analisando-se o caso à luz da polarização entre federalistas e democrata-republicanos, não se deve deixar de ter em mente que os jeffersonianos eram famosos por avaliar as instituições muito mais por suas realizações — se uma instituição não fizesse o que se esperava, os democrata-republicanos a rejeitavam em favor de outra [7].

Como os federalistas estavam enfraquecidos politicamente, caso o então Chefe da Suprema Corte Juiz Marshall tivesse acolhido o pedido dos nomeados, provavelmente o Executivo simplesmente não levaria a decisão da Suprema Corte em consideração, o que a enfraqueceria e daria mais poder ainda aos jeffersonianos.

Além disso, a Suprema Corte estava sendo atacada pelos democrata-republicanos: o juiz Samuel Chase, de ideologia federalista e crítico da oposição, estava sofrendo um impeachment, e o Congresso, de maioria democrata-republicana, havia aprovado o *Judiciary Act of 1802*, que reorganizava o Poder Judiciário.

Cercado, o juiz Marshall então se eximiu de julgar o mérito do caso, afirmando que a Seção 13 do *Judiciary Act of 1789*, que dispunha da competência da Suprema Corte para julgar o caso, conflitava com o artigo III, seção 2, parágrafo 2, da Constituição Federal dos EUA[8].

No acórdão, a Corte realiza 3 perguntas: "1º. *Tem o requerente o direito à comissão que demanda?* 2º. *Se tiver o direito, e esse direito tiver sido violado, as leis do país proporcionam-lhe um remédio?* 3º. *Se lhe proporcionam um remédio, é este uma ação expedida por essa corte?*" [9]

O acórdão responde às primeira e segunda perguntas de forma positiva: o requerente tem direito à comissão que demanda, e as leis do país proporcionam-lhe uma ação. Porém, essa ação não deve ser julgada pela Suprema Corte, pois, como já se explicou, existe um conflito entre uma Lei Estatutária (o *Judiciary Act of 1789*) e a Constituição, devendo, portanto, ser reconhecida a prevalência desta última.

Desta forma, fica consagrado, como provavelmente o principal precedente de toda a história da Suprema Corte americana (se não, de todas as cortes constitucionais do mundo), o seguinte entendimento:

"Então, a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, suposto ser essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei repugnante à Constituição é vazia; e que as cortes, tanto quanto outros departamentos, são ligados a este instrumento." [10].

Destarte, o caso *Marbury v. Madison* torna-se o primeiro exemplo de controle de constitucionalidade realizado por uma corte constitucional.

Apesar de *Marbury*, atualmente, ter um enorme prestígio, o fato é que, como explica o professor Robert Lowry Clinton, a decisão não teve relevância na época: os jornais falaram muito pouco a respeito, e até os tribunais não lhe concederam importância [11]. Além disso, segundo o professor Larry D. Kramer, o *Dr. Boham's case* foi muito pouco citado na América [12], e o juiz William Blackstone era a favor da supremacia parlamentar, e não, judicial [13]. Além disso, o famoso *Federalista 78* não foi incluído na série de artigos federalistas que foram publicados nos periódicos da época, o que veio a ocorrer apenas em maio de 1788, na publicação do segundo volume de *O Federalista*, tarde demais para ter alguma influência sobre a Convenção de Ratificação, onde a maioria dos participantes ainda pensava em termos de constitucionalismo popular, e não, de supremacia judicial [14]. Em suma, segundo Larry D.

Kramer, as poucas defesas da revisão judicial se davam no sentido de funcionar como um substituto à resistência popular [15].

Nesse sentido, indaga-se: *porque então Marbury tornou-se um superprecedente? O que está por trás da "canonização" desse caso?*

Depois de *Marbury*, a Suprema Corte americana apenas veio a realizar a revisão judicial novamente 62 anos depois, em 1865, no *Dred Scott v. Sandford* [16], no qual o tribunal decidiu a favor da escravidão – talvez a mais errônea decisão da história de todas as cortes constitucionais. Após a Guerra Civil, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson* [17], a Suprema Corte considerou constitucionais leis segregacionistas que estabeleciam a doutrina "*separate but equal*" ("separados, mas iguais").

Em 1905, o caso *Lochner v. New York* [18] — no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional uma lei que proibia a jornada de trabalho por mais de dez horas, sob o argumento da liberdade de contratação — deu origem à era *Lochner*, quando o tribunal decidiu pela inconstitucionalidade de uma série de leis trabalhistas que limitavam a jornada de trabalho. Em 1934, tiveram início os julgamentos dos *New Deals cases*, decidindo-se pela inconstitucionalidade dos programas de recuperação econômica, de inspiração keynesiana, impostos pelo presidente Franklin Delano Roosevelt.

Finalmente, depois de mais de um século de julgamentos contrários aos Direitos Fundamentais pelo órgão que deveria protegê-los, em 1954, após o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* [19], que decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas do sul dos Estados Unidos, iniciou-se um período conhecido pelo mais forte ativismo liberal em toda a história da Suprema Corte americana, enquanto esta foi presidida pelo juiz Earl Warren, nomeado chefe da Suprema Corte pelo presidente Dwight D. Eisenhower.

É justamente nesse contexto, de uma corte atuante, que se inicia o processo de canonização de *Marbury*. Como explica Lowry Clinton, até 1958 o caso *Marbury* foi citado como precedente para a revisão judicial apenas dez vezes. Entre 1958 e 1983, porém, o precedente foi citado com essa finalidade 50 vezes [20]. *O real motivo para esse brusco aumento na utilização desse caso como fundamento para a revisão judicial foi o fato de a Suprema Corte americana ter necessitado encontrar, de alguma forma, uma legitimação para a forte atuação que ocorreu nas decisões antissegregacionistas.* Assim, em 1958, no caso *Cooper v. Aaron*, envolvendo segregação racial nas escolas, é que a Suprema Corte, citando *Marbury*, afirmou:

"[...] Esta decisão [Marbury] declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição da lei da Constituição, e esse princípio sempre foi respeitado por esta Corte e pelo País, como uma permanente e indispensável característica de nosso sistema constitucional" [21]

Nesse sentido, conforme explicação de Keith Whittington e Amanda Rinderle, o caso "*Cooper v. Aaron transformou Marbury no moderno símbolo de poder judicial, e elevou o argumento de John Marshall a uma diferente dimensão, em direção ao standard judicial dentro da retórica legal no fim do século 20*" [22].

A análise do caso *Marbury* demonstra o óbvio que se evita afirmar: *as cortes constitucionais não são órgãos completamente independentes da política*. Ora, ficou claro que a decisão tomada em *Marbury* ocorreu dessa forma pois o Juiz John Marshall não teria condições de vencer um conflito político contra os democrata-republicanos, liderados por Thomas Jefferson, que estava com uma alta popularidade. Além disso, durante a maior parte da história da Suprema Corte americana, *Marbury* não foi considerado um caso importante, tendo sido "requeitado" para assim garantir-se legitimidade aos casos antissegregacionistas julgados pela Corte Warren.

Outra questão interessante a ser considerada, não a respeito especificamente do caso *Marbury*, mas da própria estrutura da corte constitucional, é que, apesar de esse órgão ser pensado para agir com um caráter contramajoritário, não há como desprezar o fato de que seus juízes são nomeados por um presidente eleito por uma maioria, sabatinados por um Senado também eleito por uma maioria, e julgam com base em um documento (a Constituição) que foi o resultado da vitória de uma maioria em algum momento. Há, portanto, um paradoxo que não pode ser negado.

Não defendo aqui, obviamente, que os juízes constitucionais devem deixar de decidir conforme princípios jurídicos, passando a adotar explicitamente, em suas decisões, uma argumentação política. Acredito ser importante que esse órgão não perca seu caráter de juridicidade. Tampouco defendo que a corte constitucional deva ser abolida, pois acredito que esse órgão exerce uma importante função no sistema de *freios e contrapesos*. Contudo, ressalto que não há como deixar de reconhecer o óbvio que muitas vezes evitamos: *a corte constitucional não é um órgão completamente independente da política, e isso fica evidenciado no próprio contexto envolvendo o caso Marbury e sua canonização*.

[1] NEGREIROS, Gustavo Troccoli Carvalho de; ALBUQUERQUE, Pedro Filipe Araújo de. 220 anos de *Marbury v. Madison*. In: *Revista Consultor Jurídico*, 8 de maio de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-08/negreiros-albuquerque-220-anos-marbury-vs-madison#author>>. Acesso em 24 de maio de 2023.

[2] Tradução livre, nossa. In: *Dr. Boham's Case*, 8 Co. Rep. 113b, 118b, 77 Eng. Rep. 644, 652 (1610).

[3] Tradução livre nossa. In: BLACKSTONE, William. *Blackstone's commentaries. Vol I [1803]*. Nova Iorque: August M. Kelly, Publisheres, 1969, p. 90-91.

[4] HAMILTON, Alexander. *Federalista 78*. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O Federalista*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 685-686.

[5] LEPORE, Jill. *Estas Verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução: André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 186-187.

[6] SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2021, p. 101.

[7] CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989, p. 81.

[8] "Em todos os casos concernentes a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naqueles em que um estado se achar envolvido, a Suprema Corte exercerá jurisdição de primeiro grau. Em todos os outros casos anteriormente citados, a Suprema Corte terá jurisdição de apelação, tanto de direito como de fato, com exceções e sob normas que caberá ao congresso estabelecer". Tradução livre, nossa.

[9] Tradução livre, nossa. In: *Marbury v. Madison* — 5 U.S. 137 (1803), p. 154.

[10] Tradução livre, nossa. In: *Marbury v. Madison* — 5 U.S. 137 (1803), p. 180.

[11] CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989, p. 102.

[12] KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, 20.

[13] KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, 35.

[14] KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, 78-81.

[15] KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, 92.

[16] *Dred Scott v. Sandford* – 60 U.S. 407 (1865).

[17] *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1892).

[18] *Lochner v. New York* — 198 U.S. 45 (1905).

[19] *Brown v. Board of Education of Tupeka* 347 U.S. 483 (1954).



[20] CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989, p. 123.

[21] Tradução, livre, nossa. *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958), p. 18.

[22] Tradução, livre, nossa. WHITTINGTON, Keith; RINDERLE, Amanda. *Making a Mountain Out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*. In: *Hastings Constitutional Law Quartely*, Forthcomin, fev. 2012, p. 825.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jun-01/alexandre-couto-aprendi-marbury-madison/>