

DR. BONHAM CASE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

DR. BONHAM CASE AND THE CONSTITUTIONAL REVIEW

Raymundo Juliano Rego Feitosa¹

José Guilherme Amorim de Melo²

RESUMO

Controle de Constitucionalidade é tema obrigatório no estudo do constitucionalismo, e praticamente toda a doutrina aponta o célebre precedente norte-americano *Marbury v. Madison* como a pedra de toque do mencionado instituto jurídico. Este artigo busca trazer à tona um precedente anterior a este, o voto vencido de Sir Edward Coke no *Dr. Bonham Case*, na Inglaterra de 1610, bem como sua influência na doutrina whig, uma das fontes primárias do constitucionalismo. No artigo são apontados autores que já reconhecem a influência das ideias de Coke, porém, insistem na exigência de uma Constituição escrita e formal para se falar propriamente em controle de constitucionalidade. Pretende-se demonstrar aqui que Coke tentou exercer de fato um controle jurisdicional de constitucionalidade, e não apenas numa forma primitiva. Finda-se este artigo levantando-se uma breve discussão sobre as críticas ao modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sir Edward Coke; Controle de Constitucionalidade; Constitucionalismo; Common Law.

ABSTRACT

The Constitutional Review is a mandatory topic in the study of constitutionalism, and virtually all the doctrine points the U.S. famous precedent *Marbury v. Madison* as the foundation of that law matter. This article seeks to bring up a precedent prior to this, the dissenting opinion of Sir Edward Coke in *Dr. Bonham Case*, in England, in 1610, as well as its influence on the Whig doctrine, one of the primary sources of constitutionalism. In the article, are pointed authors who already recognize the influence of the ideas of Coke, however, insist on the requirement of a written and formal Constitution to properly speak in constitutional control. We intend to demonstrate here that Coke actually attempted to exercise jurisdictional control of constitutionality, and not only in a primitive form. This article ends up raising a brief discussion of the criticisms of the court model of constitutional review.

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru (1974), mestrado em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (1978) e doutorado em Direito - Universidad Autonoma de Madrid (1993). Pós-Doutorado na Universidad Castilla La Mancha (2005). É professor da FACISA, da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), do Mestrado em Direito da UFRN e da ASCES. Foi presidente do CONPEDI em dois mandatos (2003/2005 e 2005/2007). É o atual presidente do CONPEDI (2014/2016).

² Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB

KEYWORDS: Sir Edward Coke; Constitutional Control; Constitutionalism; Common Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo têm por objetivo apresentar o voto de Sir Edward Coke, membro do tribunal de Common Pleas, na Inglaterra de 1610, como um efetivo precedente de afirmação do poder judiciário para realizar o controle de constitucionalidade jurisdicional. Para tanto, fazem-se lembrar alguns conceitos básicos do constitucionalismo, iniciando-se por apresentar conceitos e tipos de constituições, seguidos por conceitos e tipos de inconstitucionalidade, finalizados pelas formas de controle de constitucionalidade.

Faz-se um esboço sobre o caso, a lide surgida entre o Dr. Thomas Bonham e o Royal College of Physicians. Reproduzem-se trechos do voto vencido de Sir Edward Coke, no qual este afirma o ônus do ato da coroa ou do parlamento de adequar-se aos preceitos do Common Law. Explicado o caso, demonstra-se como este é um efetivo precedente de afirmação do controle de constitucionalidade, pretendido por Coke num modelo jurisdicional e material, mesmo frente a um ordenamento com uma constituição não escrita e formal.

Elencam-se posteriormente alguns vestígios deixados pelo pensamento de Coke na doutrina whig e, por consequência, no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade.

Encerra-se por lembrar que, apesar de o objeto deste artigo ser o nascimento da teoria do controle de constitucionalidade jurisdicional, não pode-se negligenciar as relevantes críticas e reflexões hora feitas sobre tal modelo.

1- NOÇÕES PROPEDEÚTICAS

1.1- CONCEITOS E TIPOS DE CONSTITUIÇÃO

As Constituições nascem da busca por segurança e estabilidade pelos Estados e sociedades modernos. Conforme afirma Gilmar (MENDES; BRANCO, 2011, p.1053), a Constituição, como documento escrito que busca institucionalizar um sistema preconcebido é inovação das revoluções francesa e americana. Todavia, não pode-se negar o grande arcabouço teórico e jurídico anterior a tais documentos. José Guilherme Merquior (MERQUIOR, 1991, p. 48) aponta as raízes do constitucionalismo, nas ideias de Grotius, Hobbes, Pufendorf, Locke e Rousseau, por suas ideias relativas aos direitos, ao consentimento, às liberdades e ao contrato social.

Porém, sem prejuízo das diversas raízes teóricas e históricas do constitucionalismo, podem-se apontar características básicas das constituições. É o que faz Hesse, conforme lição de Gilmar (MENDES; BRANCO, 2011, p.1054), quando consagra “um conceito que contemple, a um só tempo, o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição”, no afirma que “enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura”. Segue Mendes (MENDES; BRANCO, 2011, p.1055) lembrando as características de rigidez e flexibilidade das Constituições, que advém da relação equilibrada entre estabilidade e desenvolvimento, “evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica”.

José Afonso da Silva (SILVA, 2009, p.38) elenca ainda outras opiniões sobre o que vêm a ser uma constituição. O entendimento de Lassale, que é sentido sociológico de Constituição, segundo o qual esta é a soma dos fatores reais de poder que regem o país. Outro é o de Carl Schmitt, o sentido político, pelo qual a Constituição é uma decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Destaca ainda o sentido jurídico, de Hans Kelsen, para quem Constituição é o fundamento lógico transcendental de validade das demais normas.

Para fins deste estudo, devemos destacar o que vêm a ser uma Constituição material, não-escrita e flexível. Estes conceitos serão necessários para ilustra-se a validade um precedente de direito inglês para todo o constitucionalismo moderno.

Constituição em sentido material é o conjunto de normas fundamentais do Estado, independentemente de sua posição no ordenamento jurídico. Tais normas fundamentais são tidas como parte da Constituição por sua substância, pela matéria que

disciplinam, e não pelo rigor específico em sua elaboração ou sua origem. Diz Gonet Branco que Constituição em sentido material é:

o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também [...] as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos [...]. (MENDES; BRANCO, 2011, p.1055)

Marca forte das normas materialmente integrantes da Constituição é, portanto, definir a estrutura básica do Estado e os direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade. Conforme a doutrina liberal clássica foi sendo relativizada, abandonada ou aperfeiçoada, de acordo com o ponto de vista de cada ideologia, novas matérias passaram a ser parte da Constituição, substancialmente falando, como os direitos sociais e difusos.

Uma Constituição não-escrita é aquela que não se encontra em um texto único. ela pode ser formada por costumes, jurisprudência, documentos diversos. Portanto, tal Constituição possui grande afinidade com a definição material, já que ela será identificada por fatores outros que não necessariamente a solenidade e formalidade de seu texto ou elaboração deste.

Entende-se por Constituição flexível é aquela que não exige formalidade diferenciada e específica para sua modificação. Via de regra, “lei ordinária”, aqui em sentido amplo, em confronto com a Constituição, simplesmente a modifica. As Constituições rígidas exigem procedimento especial de alteração de seu texto. Segundo Gonet Branco, “a rigidez é atributo que se liga muito proximamente com o princípio da supremacia da Constituição.[...] Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição[...]”. (MENDES; BRANCO, 2011, p.72).

1.2- CONCEITO E TIPOS DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE E A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Conforme lição do mestre português Jorge Miranda, exposta na obra de Gilmar Mendes e Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1055-1056), constitucionalidade e inconstitucionalidade são relações de caráter normativo e valorativo entre um comportamento e a Constituição, e, através do juízo de adequação feito pela análise de tal relação, determina-se se tal comportamento está ou não de acordo com o que preconiza o texto fundamental. É, portanto, um mecanismo de efetivação do texto constitucional, deixando seu cumprimento independente da vontade do agente, mas um dever jurídico imposto a este. É assim que afirma-se o texto constitucional e se declara nulo e ineficaz todo ato normativo que lhe seja contrário.

Vale a pena, para enriquecer o entendimento do tema, abordar os três sentidos de inconstitucionalidade descritos por Dicey, eminente jurista inglês, citado em obra de Rui Barbosa (MENDES; BRANCO, 2011, p.1056). A primeira acepção de inconstitucionalidade é aquela de ato do parlamento inglês, que significa que tal ato vai contra o espírito da Constituição inglesa na opinião do intérprete, mas não se fala em nulidade de tal ato. A segunda acepção é a referente a lei das câmaras francesas, que até pode ser contrária ao texto constitucional, mas não se verá um tribunal francês descumprindo tal documento por sua inconstitucionalidade. Finalmente, se o termo inconstitucionalidade é empregado contra ato do Congresso norte-americano, tal ato é reputado como nulo. Diferentemente dos dois sentidos primeiros, em que há forte senso de reprovação, no sentido norte-americano este é secundado pela declaração de nulidade do ato, mesmo se tido como benéfico para a nação.

Quanto aos tipos de inconstitucionalidade, muitas são as possíveis classificações. Pode-se falar em inconstitucionalidade formal ou material; por ação ou omissão; total ou parcial; direta ou indireta, entre outras. Optou-se neste estudo por abordar-se a inconstitucionalidade formal ou informal, que é a mais correlata ao case em foco.

A inconstitucionalidade formal é aquela na qual o processo de criação da lei não seguiu o devido processo legal, aqui no sentido de haver sido tal processo de criação em desconformidade com os ditames da constituição para a produção de tal lei. Bulos (BULOS, 2011, p.138-140). fala em inconstitucionalidade formal de três formas: a propriamente dita, a orgânica, e a temporal. A inconstitucionalidade formal propriamente dita é a simples inobservância de pressuposto de elaboração de lei, pressupostos técnicos para sua feitura, como falta de quórum específico. A

inconstitucionalidade formal orgânica é aquela em que há vício de competência para a elaboração do ato normativo, ou seja, ocorre quando órgão edita norma sem que seja de sua competência para fazê-lo. Já a inconstitucionalidade formal temporal ocorre quando órgão competente para editar o ato o faz, observando formalidades técnicas, mas em momento proibido, a exemplo de emenda a Constituição em vigência de intervenção federal.

A inconstitucionalidade material, também chamada de substancial ou intrínseca, é relativa a observação, pela norma em questão, do conteúdo das disposições constitucionais. É, portanto, violação à substância da constituição, a seus princípios, aos direitos e garantias por esta outorgados, aos valores defendidos nesta (BULOS, 2011, p.140-145). Deve-se guardar com atenção este conceito, para fins de compreensão da forma de controle de constitucionalidade proposta no precedente trazido como tema central deste estudo.

Cabe ainda falar da presunção de constitucionalidade das leis. Tal presunção, tal e qual a presunção de legalidade dos atos administrativos para a administração pública, é fundamental para a independência e harmonia entre os poderes. Não havendo tal presunção, os atos normativos seriam obrigados a submeter-se a um controle prévio, necessitando portanto para sua validade e produção de efeitos de um aval do judiciário, o que seria uma afronta descomunal ao princípio da separação dos poderes. Todavia, conforme afirma Tourinho Filho (LEAL, 2010, p.10), tal presunção é *juris tantum*, ou seja, ato normativo é constitucional até prova em contrário.

1.3- FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A supremacia da Constituição, conforme já mencionado, pode ser apenas uma bela e ineficaz ideia, se não estabelecida uma forma de efetivação desta. A experiência política, os gregos até hoje, mostra que aquele que possui o poder tende a utilizá-lo de forma desproporcional. O cerne do constitucionalismo é o equilíbrio do poder, o controle do abuso de poder pelo próprio poder, e, para tanto, não basta que um texto constitucional seja escrito. Assim, criam-se as formas de controle de constitucionalidade. Dado que é a regra entre as nações civilizadas a existência de uma

Constituição, e sua efetivação, criaram-se, no tempo e no espaço, diversas formas de controle de constitucionalidade.

Pode-se classificar o controle de constitucionalidade quanto ao órgão em duas diferentes formas: o controle político e o jurisdicional. Preleciona o constitucionalista português Joaquim José Canotilho (CANOTILHO, 2003, p.897-899) que o controle político é aquele feito por órgãos políticos, como assembleias representativas, modelo de inspiração rousseauiana-jacobina, que reputava a lei como vontade geral soberana, e, portanto, controlável apenas pelo próprio órgão que a criou. Afirma ainda que o controle jurisdicional, aquele exercido por órgão do poder judiciário ou corte constitucional, possui duas grandes modalidades, quais sejam, o sistema difuso ou americano, e o sistema concentrado ou austríaco. Conforme já informado, abordaremos tais tópicos em ponto específico. Mendes (MENDES; BRANCO, 2011, p.1061) aponta ainda que forma clássica de controle de constitucionalidade político é o veto oposto pelo executivo a projeto de lei.

Outra classificação é aquela quanto à forma. Esta pode ser incidental, no qual a “inconstitucionalidade do ato normativo só pode ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais [...], no decurso de um processo comum” (CANOTILHO, 2003, p.899). É portanto um controle muito associado com o difuso. Pode ser ainda por via principal, quando a inconstitucionalidade é apreciada em processo autônomo, cuja demanda é exclusivamente a apreciação da constitucionalidade da norma em questão, e, portanto, é associado com o modelo abstrato ou concreto.

Quanto ao momento, podemos vislumbrar duas formas: o controle preventivo; ou o repressivo ou sucessivo. O controle preventivo pode ser exercido pelo poder executivo, com o veto do chefe deste contra projeto de lei, ou seja contra a norma antes do nascimento desta propriamente dito. Pode também ser feito pelo legislativo, no caso brasileiro, pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação, que faz um controle da constitucionalidade dos projetos de lei, antes que estes entrem em vigor. Pode-se ainda falar de um controle preventivo pelo judiciário, já que o STF pode ser chamado pelo congresso a intervir em processo legislativo gravemente viciado. É o caso de parlamentar que, via mandado de segurança, alerta o STF sobre proposta de emenda constitucional que tente abolir cláusula pétrea. Todavia, deve-se frisar que, como já dito, pelo princípio da separação dos poderes, não pode o judiciário fazer controle de

constitucionalidade prévio de leis pelos critérios que lhe apeteçam. (LEAL, 2010, p.50-53).

Ainda quanto ao momento, podemos falar do controle repressivo ou sucessivo, que é aquele que “expurga do ordenamento jurídico leis e atos normativos inconstitucionais; [se controla] a posteriori, só podendo ser acionado depois que a lei estiver em pleno vigor; excepcionalmente, pode ser desempenhado por órgão legislativo” (BULOS, 2011, p.381-383). Continua Bulos tratando do tema afirmando que, em nosso país, o controle repressivo é exercido, via de regra, pelo judiciário, sem prejuízo das duas possibilidades de controle repressivo pelo legislativo: para sustar atos normativos do executivo e pela apreciação de medidas provisórias.

Canotilho (CANOTILHO, 2003, p.896) fala de modelo, do ponto de vista organizatório, unitário ou separado. O modelo unitário é aquele no qual a “justiça constitucional não têm autonomia organizativo-institucional”, sendo a jurisdição constitucional plenamente integrada à jurisdição comum. O autor português elenca EUA, Canadá, Japão e Brasil entre países de modelo unitário. Todavia, sabe-se que nosso modelo é misto (MENDES; BRANCO, 2011, p.1062), já que possuímos um tribunal, o STF, com competências exclusivas para controle concentrado. Pois justamente é esta a característica do modelo separado, segundo Canotilho, no qual a justiça constitucional é confiada a um tribunal específico e exclusivamente competente para julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas.

Podemos, com esta base, adentrar nos modelos concreto e abstrato de controle de constitucionalidade. Preleciona Canotilho (CANOTILHO, 2003, p.900) que, modelo abstrato é aquele concentrado e principal, no qual a impugnação da norma se faz independentemente de litígio concreto. No modelo abstrato separa-se o direito de fiscalização (Prüfungsrecht) da competência de rejeição (Verwerfungskompetenz), já que o direito de fiscalização é um poder-dever de todos os tribunais de controle de validade das leis em sua aplicação ao caso concreto, e a competência de rejeição é a de decidir, com efeitos gerais, a inconstitucionalidade da norma, pelo Tribunal competente.

Já o modelo concreto é difuso e incidental. Trata-se do judicial review norte-americano, pelo qual “qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas (CANOTILHO, 2003, p.901).

Deve-se guardar com redobrada atenção, para a leitura dos próximos pontos, os conceitos de controle de constitucionalidade jurisdicional, incidental, sucessivo e difuso e concreto.

2- O DR. BONHAM CASE

De início, cabe aqui falar do tribunal que apreciou o Dr Bonham case. Foi este o Court of Common Pleas (Tribunal de Apelações Comuns, tradução nossa), instituído em 1178 por Henrique II, para julgar casos de natureza cível entre indivíduos, nos quais a coroa não figurasse como parte interessada. Seus julgados estavam sujeitos a revisão pelo Court of King's Bench. (The Editors of Encyclopædia Britannica, 2014).

Em abril de 1606, Thomas Bonham, diplomado em Cambridge, foi chamado pelo Royal College of Physicians de Londres a prestar esclarecimentos sobre a prática da medicina sem autorização do mesmo. Por não conseguir sua autorização, foi multado em 100 xelins e proibido de exercer a medicina, sob pena de prisão. Bonham, todavia, continuou suas atividades médicas e por isso foi novamente chamado a prestar esclarecimentos e multado. Após alguns meses, ele foi até o Royal College of Physicians e declarou que, como doutor em medicina pela Universidade de Cambridge, não estava sujeito aos poderes do College, e acabou preso.

O caso foi levado ao Court of Common Pleas, e, o Royal College of Physicians, para defender-se das acusações de Bonham de que não teriam competência para avaliá-lo, apresentaram documentos emitidos por Henrique VIII que autorizavam-nos a gerir o controle sobre a prática da medicina em Londres, além de impor multas e prisões, quando necessárias. Tais prerrogativas teriam sido confirmadas pelo parlamento. Pelo fato de que metade do valor arrecadado em multas revertiam para o próprio College, Coke julgou tal autorização contrária ao direito consuetudinário, uma vez que aqueles que avaliavam e controlavam os médicos na capital não gozavam de imparcialidade, mas, pelo contrário, eram interessados na aplicação de multas (SMITH, 2014).

Assim, no ano de 1610, Sir Edward Coke afirmava que “o Direito Consuetudinário controlará Atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará

inteiramente nulos; pois quando um Ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, ou incompatível com estes, ou de execução impossível, o Direito Consuetudinário controlará este ato e o julgará nulo” (HAYEK, 1985, p.144).

3- A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE COKE NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Pretende-se neste ponto demonstrar o voto vencido de Sir Edward Coke no Dr. Bonham case, bem como suas ideias, raízes do pensamento jurídico dos Whigs, como uma base sólida para a propositura de um controle de constitucionalidade jurisdicional. Pretende-se mostrar que o modelo proposto por Coke em seu voto era, de fato, um modelo de controle jurisdicional.

3.1- O DR. BONHAM CASE COMO UM PRECEDENTE DE EFETIVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

É recorrente na doutrina a tese de que o controle de constitucionalidade pressupõe uma Constituição formal, escrita e rígida. Assim o afirma Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.264), abalizado em Clèmerson Merlin Clève, Celso Ribeiro Bastos e Jorge Miranda. Afirma o mesmo que, do ponto de vista sociológico, as Constituições costumeiras ou históricas são naturalmente rígidas, continuando sendo juridicamente flexíveis.

Canotilho divide o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos em observância ao sistema formal de produção de normas, e a conformidade substancial de tais normas com a Constituição, que estes “não contrariem [...] os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais”. (CANOTILHO, 2003, p.890). É o que o autor português chama de superlegalidade material.

Bulos cita duas formas de supremacia da Constituição: a formal e a material (BULOS, 2011, p.130-131). A formal seria aquela fundada na rigidez da Constituição, nos processos diferenciados de elaboração de leis e emendas, pela qual a Constituição se tornaria juridicamente a norma fundamental. A supremacia material seria sobretudo sociológica, e não propriamente técnico-jurídica, uma vez que seria baseada na consciência constitucional.

O Dr. Bonham case é um precedente que quebra com a exigência de uma Constituição formal e escrita para o exercício do controle de constitucionalidade. A constituição inglesa é sabidamente não-escrita, histórica e flexível. Pelo entendimento de Sir Edward Coke, ao menos o núcleo duro da Constituição inglesa, aqui portanto entendida em sentido material, é imutável, significado de sua célebre declaração “o Direito Consuetudinário controlará atos do parlamento, e algumas vezes os julgará inteiramente nulos (HAYEK, 1985, p.144). Porém, a **rigidez material** do núcleo duro da Constituição, o que Coke chama de “Direito Consuetudinário”, não afasta o fato de que a Constituição inglesa continua não escrita, e que esta continua a não exigir formalidade especial para sua modificação. Fala-se aqui, portanto, num controle de constitucionalidade que reprime a inconstitucionalidade material, ou seja, a não adequação da norma em análise aos preceitos da Constituição. Mas, mesmo assim, de um controle de constitucionalidade exercido sob a égide de uma Constituição não escrita e não formal.

Conforme lição do renomado constitucionalista português Jorge Miranda, anteriormente citado, constitucionalidade e inconstitucionalidade são relações de caráter normativo e valorativo entre um comportamento e a Constituição, e, através do juízo de adequação feito pela análise de tal relação, determina-se se tal comportamento está ou não de acordo com o que preconiza o texto fundamental. Ora, tal foi o juízo exercido por Coke, conforme demonstrado.

Assim, pode-se dizer que o voto vencido de Sir Edward Coke no Dr. Bonham case é efetivamente uma tentativa de exercer um controle de constitucionalidade material, efetivamente jurídico, sem que o fato de a Constituição inglesa ser informal e não escrita prejudique isto.

3.2- COKE COMO FUNDAMENTO DO SISTEMA NORTE-AMERICANO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Cabe iniciar este pondo fazendo um breve passeio pela história do clássico caso *Marbury vs Madison*, tido pela doutrina como um precedente de controle de constitucionalidade que o fundamentou não apenas nos EUA, mas em todos os países que verdadeiramente possuem uma Constituição. Vale lembrar que a doutrina de Sir Edward Coke, membro do Tribunal das Common Pleas, é abandonado após a revolução gloriosa de 1688, que consagra a supremacia do parlamento. Todavia, as lições de Coke são incorporadas na doutrina Whig, que gozava de grande prestígio entre os founding fathers, os idealizadores e construtores dos EUA.

A força da doutrina Whig, inspirada, entre outras fontes, nas lições de Coke, como um esboço do controle de constitucionalidade moderno, fica clara em alguns trechos da clássica obra de Hamilton, Madison e Jay, *O Federalista*, mais especificamente nos seguintes trechos do capítulo 78:

A independência rigorosa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar bills of attainder e decretos de prescrição, leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática, senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p.459).

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. [...] Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p.460).

É inspirado e fundamentado neste pensamento que Marshall decide o caso que seria reverenciado por todos os povos civilizados. É de fundamental importância entender o motivo pelo qual os norte-americanos depositaram em sua Constituição as garantias de suas liberdades e sua segurança jurídica. Não era novidade para ninguém que reis podiam apresentar comportamentos tirânicos, mas, o que os norte-americanos sofreram foi uma agressão vinda de um parlamento eleito. Quando da revolução americana, o império britânico era governado não pelo monarca, mas pelo parlamento, e foi este o ente político que esmagou as treze colônias com impostos e outras prestações abusivas, como a requisição de suas casas para fins de alojamento de militares. Os ingleses estavam, então, comemorando as grandes vitórias da guerra dos sete anos sobre seus velhos inimigos, os franceses, até então senhores do Canadá e de outros domínios. Apesar das vitórias, o sistema financeiro do governo inglês não fora capaz de arcar com os custos decorrentes da manutenção da gigante marinha e exército recrutados para a guerra, e, para pagar os empréstimos contraídos na guerra, criou novos tributos sobre os colonos. Foi, portanto, para que não vissem seus direitos individuais aviltados por seu próprio governo, criado após anos de guerra, que os norte-americanos criaram sua Constituição, bem como mecanismos para efetivá-la.

O célebre caso *Marbury vs Madison*, em 1802, criou um precedente que consolidou, de uma vez por todas, o poder do judiciário de fiscalizar a obediência total à Constituição. Em linhas gerais, no caso, William Marbury, indicado para juiz de paz pelo presidente Adams, não recebeu sua nomeação. Toma posse como presidente Jefferson, em 1801, e instrui seu secretário de Estado, Madison, a não entregar a nomeação de Marbury. Este processa Madison frente a suprema corte, através de um writ of mandamus, de competência originária de tal corte. Jefferson afirma publicamente que a Suprema Corte não pode obrigar o executivo a praticar um ato que é de sua competência por determinação constitucional. Após graves atritos entre os três poderes, a Suprema Corte afirma seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Arremata Gonet Branco:

Ao redigir a decisão da Suprema Corte para o caso *Marbury v. Madison*, Marshall afirmou que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a Marbury a ordem impetrada. Isso porque, o writ de que Marbury se valera havia sido incluído na lista dos temas da competência originária da Suprema Corte por lei ordinária. Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte estava fixada pela

Constituição, não podendo ser alargada por diploma infraconstitucional. A lei que o pretendesse fazer entraria em atrito com o Texto Magno. Aqui, então, desenvolveu a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la. (MENDES; BRANCO, 2011, p.60).

Demonstrada a influência direta do pensamento de Coke na fundamentação do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, resta também demonstrada a influência deste juiz inglês sobre o controle de constitucionalidade como um todo. É sabido que a essência do controle de constitucionalidade é efetivar os valores veiculados pelas normas constitucionais, além de fazer valer o devido processo legislativo nela estabelecido. Conclui-se, portanto, por afirmar que, ao menos o controle de constitucionalidade material advém diretamente da ideia de Coke da supremacia do Direito Consuetudinário sobre os atos da coroa e mesmo do parlamento.

4- TODO PODER AOS GUARDIÕES DO DIREITO

Ao longo deste estudo, demonstrou-se que o Dr. Bonham case foi uma inspiração para o consagrado modelo de controle de constitucionalidade jurisdicional. Sem prejuízo do tema central deste, cabe-se fazer uma breve reflexão sobre os desdobramentos de tal modelo de controle, desde o tribunal de Common Pleas até os modelos contemporâneos de controle de constitucionalidade.

Para ilustrar os prós e contras relativos ao modelo de controle de constitucionalidade jurisdicional, inicia-se aqui por trazer o clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmidt sobre o tema (LORENZETTO, 2014). É sabido que Schmidt defendeu um modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo presidente, como representante da vontade do povo, enquanto Kelsen, desconfiado dos abusos do executivo e da histórica incapacidade de fazê-lo pelo legislativo, apontada desde as fracassadas tentativas de controle de constitucionalidade pelas assembleias estaduais nas antigas treze colônias, propõe um órgão jurisdicional com competência exclusiva para controle de constitucionalidade, um tribunal constitucional.

Tal debate enseja uma das grandes discussões jurídicas atuais: como controlar o poder de quem diz o significado da Constituição, e em que se fundamenta tal poder. Sem dúvida o modelo mais comum de controle de constitucionalidade hoje é o jurisdicional. O presidente, no caso brasileiro, possui ainda o poder de veto, importante para evitar o abuso de poder pelo legislativo, e é legitimado para propor ações em controle de constitucionalidade concentrado. Porém, este não têm o poder de efetivar controle repressivo de constitucionalidade, realizado de forma concentrada pelo STF, sem prejuízo do controle incidental e difuso.

Porém, importante questionamento feito ao controle jurisdicional é a ameaça que este pode representar para a democracia. Sabe-se que um pilar do constitucionalismo é a escolha por valores fundamentais à sociedade, valores estes que são incorporados como princípios ao texto maior, adquirindo ares de eternidade. Todavia, tais princípios e sua afirmação no tempo e no espaço é feita por órgãos do Estado, que, em última análise, dizem o que é a norma.

Schmidt propõe o controle pelo presidente, sendo este representante do povo. Esta é uma proposição que parece aplacar as ânsias por participação democrática no controle de constitucionalidade, não fossem as provas fático-históricas inequívocas da impropriedade deste modelo, sabidas as consequências de outorgar ao presidente o poder de dizer a Constituição. Schmidt critica o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado, afirmando que este seria verdadeira aristocracia de toga. Kelsen apela para a clássica neutralidade do poder judiciário, e propõe uma solução que, se não perfeita e livre de críticas, parece ser mais durável e equilibrada.

Propõe o conhecido modelo concentrado de controle de constitucionalidade, diferente do modelo difuso norte-americano, no qual qualquer magistrado pode recusar-se a aplicar lei, alegando sua inconstitucionalidade. Como já explicitado, ele propõe a criação de um tribunal constitucional, com competência exclusiva para afirmar a inconstitucionalidade das leis (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.280).

Apesar da consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade hoje, não há que se pensar que este é isento de críticas, e este estudo restaria incompleto sem ao menos um alerta sobre as importantes e necessárias reflexões sobre o mesmo que se manifestam em relevantes discussões jurídicas hoje.

Importante análise crítica ao controle de constitucionalidade jurisdicional é feita por Miguel Gualano de Godoy (GODOY, 2012, p. 133-160), baseado no pensamento de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Ele traz ao debate sobre o controle de constitucionalidade, primeiramente, as ideais de Nino, para quem o controle de constitucionalidade jurisdicional deve ser excepcional, apenas formal, ou seja, quanto a validade do processo de formação da lei, de acordo com devido processo legal legislativo estabelecido na Constituição, afim de assegurar o caráter democrático da lei. Também caberia tal modelo para a defesa da autonomia individual, impedindo que interesses não relativos à moral pública fossem prejudicados por decisões democráticas. Uma terceira possibilidade seria para defender a Constituição como prática social, basicamente assegurando o Estado de Direito quanto às chamadas “conquistas sociais”.

Segue Godoy expondo o pensamento de Gargarella, que propõe o reenvio da lei “inconstitucional” à apreciação do legislador, para sua reedição. Godoy aponta em sua obra as salutares discussões interinstitucionais advindas deste modelo de revisão da lei, pelo qual o judiciário não se coloca numa posição de supremacia em relação aos outros poderes, como o detentor da última palavra sobre a norma, mas continua a exercer seu papel de salvaguarda e catalisador de discussões, não relegado à passividade ou ao silêncio.

Jeremy Waldron (WALDRON, 2005, p. 337-372) é um conhecido crítico da compatibilidade de democracia e controle jurisdicional de constitucionalidade. Este expõe o pensamento de Dworkin sobre o controle de constitucionalidade, para quem o modelo jurisdicional de controle não causaria prejuízo à democracia, mas antes a aperfeiçoaria e seria o melhor mecanismo de efetivação de direitos. Waldron não questiona a necessidade de tal mecanismo, mas se propõe a demonstrar sua incompatibilidade, em maior ou menor medida, com a democracia. Para Waldron, o modelo de supremacia da Constituição e sua afirmação através de um órgão é uma instituição antidemocrática, que visaria combater a ditadura da maioria através de um mecanismo capaz de dizer a Constituição, definir, mesmo que com parâmetros estabelecidos, os próprios limites das competências, inclusive da sua. Seria, portanto, uma espécie de conselho supremo que, em última instância, diria o Direito, de acordo com suas próprias convicções.

CONCLUSÃO

Este artigo trouxe à discussão um antigo precedente, o Dr Bonham case, através da discussão do polêmico voto de Sir Edward Coke, tendo por objetivo demonstrar como este propôs as linhas fundamentais do atual modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade.

Outra não poderia ser a finalização desta pesquisa que não a de que, sem um bom modelo de controle de constitucionalidade, de pouco valor é uma Constituição. Um ordenamento jurídico que não possui as balizas e diretrizes estabelecidas por uma Constituição eficaz é um ordenamento suscetível a todo tipo de abuso e desequilíbrio, legando o povo submetido a tal ordenamento ao caos.

Tentou-se delimitar aqui as formas e modelos de controle de constitucionalidade estabelecidos pelos mais diversos doutrinadores, e como estas foram adotadas nos mais diversos países afim de se encaixar a ideia de Coke como a pedra de toque do controle jurisdicional de constitucionalidade no que tange ao controle material, da adequação da lei aos princípios veiculados pela lei maior.

Finalizou-se este artigo com um esboço sobre as críticas elaboradas pela teoria do direito ao controle de constitucionalidade, a começar pela crítica de Schmitt, seguidas pelas de Nino e Gargarella, fechando-se com as de Jeremy Waldron. Porém, ficou claro que, mesmo para os críticos do modelo de controle de constitucionalidade jurisdicional clássico, alguma forma de controle de constitucionalidade se faz necessária para que se observe efetivamente a supremacia da Constituição.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon N. **O Controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 264.

GODOY, Miguel Gualano de. **CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA. Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade – Normas e Ordem**. São Paulo: Visão, 1985.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O DEBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf
>. Acesso em: 27 jul. 2014

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveria. Belo Horizonte: Líder, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalismo antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, George P. **Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?**. Disponível em <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=sulr>
>. Acesso em: 27 jul. 2014.

THE EDITORS OF ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Court of Common Pleas**. Encyclopædia Britannica. Disponível em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/128597/Court-of-Common-Pleas>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

WALDRON, Jeremy. **DERECHO Y DESACUERDOS**. Madrid: Marcial Pons, 2005.