



## QUEBRANTAMENTO DE UMA TRADIÇÃO OU A VOLTA AO *BONHAM' CASE*?

*Edilson Pereira Nobre Júnior\**

É ponto incontroverso e decisivo para a criação do Estado constitucional a aceitação da Constituição como a norma suprema do ordenamento jurídico, resultante da manifestação do poder constituinte (*pouvoir constituant*), à qual se subordina toda autoridade estatal. Para tanto, afigura-se imprescindível garantir que toda expressão dos atos estatais que com aquela colida não possa adquirir validade.

A experiência permite notar que, na tarefa voltada à afirmação do conceito de Constituição e, de conseguinte, da sua eficácia como lei fundamental, a realidade vivenciada pelos vários sistemas jurídicos não se mostrou uniforme.

Pode-se, com escopo predominantemente didático, agrupar quatro sistemas. Um deles, denominado de controle político, foi o que, inicialmente, e por demasiado espaço de tempo, permaneceu na França, originário da mescla entre a convicção da racionalidade e perfeição técnica da lei, diante do temor liberal na postura conservadora dos parlamentos (*parlements*) que, a despeito da nomenclatura, eram órgãos jurisdicionais.

Um segundo – e que também eclodiu como resultado da efervescência de um movimento revolucionário liberal – é o norte-americano, cujo agrupamento das treze colônias, ao contrário de firmar-se no espelho britânico, optou por ganhar coesão em um texto escrito e rígido, a moldar a estrutura política e social do país, permitindo, a partir do Artigo VI da Constituição de 1787, a Suprema Corte pudessem fincar, em bases sólidas, a competência dos juízes em revisar os atos da legislatura. Muito se deveu também ao movimento de reação às leis intoleráveis editadas pelo Parlamento britânico ao depois da Guerra dos Sete Anos.

---

\* Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Com traços embrionários no final do século XIX, e alcançando prosseguimento durante o primeiro pós-guerra, foi-se delineando o modelo europeu continental que, de irrupção tardia em face da forte crença na natureza meramente programática do texto constitucional, baseia-se na previsão do monopólio, em favor de determinado órgão (tribunal constitucional), para o exercício da competência de invalidar os atos dos órgãos envolvidos no processo legislativo.

Ultimando a tipologia, tem-se o modelo britânico, singularizado pela ausência de controle de constitucionalidade. Alguns motivos podem ser enumerados como justificativa.

O primeiro deles é peculiaridade do sistema de fontes, integrado pelo *statute law* (leis escritas), o *common law* (precedentes jurisprudenciais) e as *conventions*, consistentes em práticas que são consideradas com força de norma constitucional.

Dentro desse contexto, releva notar, principalmente, que, nas relações entre a lei escrita e o precedente, este somente pode estabelecer princípios para a solução de um caso concreto quando aquela seja omissa, ou quando haja necessidade de interpretá-la na hipótese de ser obscuro o seu significado.

Isso significa dizer que não se pode falar em superioridade, sob o aspecto hierárquico, da *common law* sobre o direito legal. Pelo contrário, o direito legislado ostenta primazia, estando acima dos precedentes judiciais.

Esse aspecto foi objeto de realce por Leslie Scarman (1978, p. 16), ao apontar que, muito embora a magistratura visualize a lei como uma exceção ao *customary law*, tributa uma lealdade inabalável à palavra do Parlamento, interpretando-a de modo estrito, louvando-se na premissa, manifestada implicitamente, de que esta é elaborada em bases opostas ao direito consuetudinário.

Um outro fator se centra na afirmação da supremacia do Parlamento, o qual, no dizer de García-Pelayo (1993, p. 309), é o titular do poder supremo na Grã-Bretanha. Daí se segue, de logo, que inexistente diferenciação de forma entre a Constituição e a lei ordinária, podendo o Parlamento, sem adotar procedimento específico, promover reforma constitucional, seguindo-se, ainda, como expressão dessa superioridade, a ausência de poder por parte dos tribunais para decidir sobre a validade das leis que elabora.

Num prisma histórico, a soberania do Parlamento, assinala Maurizio Fioravanti (2007, p. 146), tem o seu lastro na circunstância daquele não dever sua existência a uma lei

superior precedente, de natureza constituinte, ou seja, “porque não aparecia como uma autoridade derivada, legitimada pelo princípio democrático da soberania popular”<sup>1</sup>.

Em sendo assim, uma lei parlamentar não poderia ser modificada ou revisada por outra autoridade, inclusive a judicial.

Ainda se poderia falar que a inexistência de controle judicial decorreria da característica do direito britânico, em desconformidade com os países do direito europeu continental, não possuir uma constituição escrita, simbolizada num texto único.

A dinâmica da vida social, à qual o direito nunca pode dissociar-se, vem, nos dias atuais, mostrando que esse quadro vem sofrendo profunda alteração.

Isso, porém, não obscurece o fato – incontestável, aliás – de que a contribuição histórica do constitucionalismo inglês, a despeito da opção pela preponderância parlamentar, forneceu o germen para a formulação da ideia de supremacia da Constituição e, de conseguinte, para o surgimento do controle jurisdicional da constitucionalidade.

Primeiramente, não se pode menosprezar, como um dos mais eloquentes antecedentes do controle judicial dos atos normativos, a manifestação do Juiz Sir Edward Coke no julgamento, realizado no ano de 1610, do caso *The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*<sup>2</sup>, no qual restou compreendido que o exercício da medicina sem licença do Colégio de Médicos, mas com habilidade suficiente para tanto, configurava apenas algo que hoje é reputado infração administrativa e, portanto, não poderia justificar a imposição de restrição da liberdade de locomoção, por afastar-se do razoável.

Em seu pronunciamento, sustentou a possibilidade do *common law* controlar os atos do Parlamento, de sorte que estes, quando contrários ao direito ou à razão comum, seriam nulos.

A tentativa não permaneceu encerrada ao campo judicial. Espalhou-se também para o campo da política, tanto que o *Agreement of the people*, elaborado pelo Conselho de Guerra de Cromwell, submetido sem êxito à Câmara dos Comuns, bem como, já ultimada a guerra civil, o *Instrument of government*, promulgado em 16 de dezembro de 1653, dirigiam o pensamento ao estabelecimento duma lei suprema, situada fora do alcance do Parlamento, de

<sup>1</sup> Tradução livre para “porque no aparecia como una autoridad derivada, legitimada por el principio democrático de la soberanía popular.

<sup>2</sup> Minuciosa narrativa desse julgamento, bem como do que lhe antecedeu, consta de Fernando Rey Martínez, “Una relectura del *Dr. Bonham 'case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 81, set./dez. de 2007, p. 163-181.

maneira a limitar os poderes deste e a reconhecer, por via de proibições expressas, quais são os direitos reservados à nação e que nenhuma autoridade poderia desprezar<sup>3</sup>.

Ainda quanto à lição de Coke, não se pode omitir que floresceu fora da Inglaterra, mais precisamente nas colônias da América do Norte. Conforme lembrado por Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2008, p. 99), as lições do magistrado influenciaram o pensamento político de Roger Williams, um dos principais doutrinadores do período e que foi fundador da colônia de Rhode Island, a qual possuiu, a partir dos pactos puritanos, uma das primeiras cartas coloniais, promulgada em 1663.

Esses ensinamentos, demais de enraizarem nos colonos, como resultado da Revolução Gloriosa, a aspiração e o orgulho dos direitos e liberdades dos ingleses, em cujo universo pensavam estar inclusos, propiciaram a fundamentação do controle judicial como peça de resistência daqueles perante a aplicação pelas autoridades inglesas das chamadas leis intoleráveis (*Intolerable Acts*).

Prova disso está consignada em relato de Klaus Stern (2009, p. 151), ao salientar que uma ressurreição da doutrina de Coke em solo americano ocorreu aproximadamente cento e cinquenta anos depois, na pena de James Otis, advogado em Boston, mediante a defesa da existência de leis superiores às quais a legislação deveria ajustar-se, vindo o termo inconstitucional a ser empregado pouco depois por outros advogados, especialmente em resistência ao *Stamp Act* de 1765.

Disso se permite concluir que os ingleses, mesmo diante do triunfo da soberania parlamentar, não deixaram de sofrer influência da compreensão acerca da presença de normas superiores que não poderiam sofrer desrespeito pela legislatura.

Essa tendência, na Grã-Bretanha, veio a ressurgir, com intensidade, na segunda metade da centúria passada, quando, passadas as duas guerras mundiais, permeou a Europa a preocupação tendente ao respeito aos direitos humanos, tendo o Reino Unido sido o primeiro país a ratificar a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 04 de novembro de 1950.

Funcionou como mecanismo propulsor o recurso transnacional previsto no art. 25º da Convenção para a Comissão Europeia de Direitos do Homem, a cuja interposição é legitimada qualquer pessoa, organização não governamental, ou grupo de particulares, alegando ser vítima de violação dos direitos naquela reconhecidos por qualquer dos seus Estados signatários.

---

<sup>3</sup> A menção às concepções basilares de tais documentos é referida por Carlos S. Fayt, “Derecho político”. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 12.

Diante da adesão do Reino Unido a tal cláusula, manifestada em 1967, houve a interposição de muitos recursos impugnando atos legislativos ingleses, o que, a despeito de inicialmente provocar inquietações ao atingir queridas tradições, mereceram a resignação das autoridades inglesas, inclusive do Parlamento, pois, em nenhum momento, aquele se utilizou da faculdade de denunciar a Convenção (art. 65º).

Isso, no entanto, não foi o bastante para resultar numa proteção adequada aos direitos humanos, a qual persistiu a depender da lei parlamentar, insuscetível de verificação pelos tribunais, conforme sucedeu com a impossibilidade de correção do efeito retroativo da lei de imigração de 1971 (*Immigration Act*).

Constatando que a dificuldade do sistema jurídico britânico em melhor acomodar a tutela dos direitos humanos decorria do desamparo daquela frente à soberania parlamentar, Leslie Scarman (1978, p. 28) esboçava a necessidade de: a) ser incorporada ao direito inglês uma declaração de direitos humanos; b) serem tais direitos protegidos contra toda interferência, estatal ou não, mesmo quando seja exercida por uma instituição representativa como o Parlamento.

Em decorrência de reclamos semelhantes, em 09 de novembro de 1998 foi promulgado o *Human Rights Act*, o qual, no seu art. 1º, declara como incorporados ao direito interno, na qualidade de direitos e liberdades fundamentais, os direitos consignados nos arts. 2º a 14, nos arts. 1º a 3º e art. 1º do Primeiro e Décimo Terceiro Protocolo, todos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Com o propósito de assegurar a observância de tais direitos pelo Parlamento, é previsto, no art. 3.1., que, em sendo possível, a legislação deverá ser aplicada de forma compatível com os direitos assegurados na Convenção, o que parece indicar uma superioridade destes frente aos atos do Parlamento, muito embora reconheça que, em assim o fazendo, não se tem como efeito a invalidade destes.

Num segundo plano, adveio o instituto da declaração de incompatibilidade, que permite possam emitir os órgãos jurisdicionais mencionados no seu art. 4º, se concluírem pela contrariedade aos direitos da Convenção de um ato legislativo, uma declaração de incompatibilidade.

Uma primeira consequência foi produzida, com a exclusão da competência jurisdicional da *House of Lords*, substituída, por força do Constitucional *Reform Act* de 2005, mediante a instituição da Suprema Corte do Reino Unido.

O direito britânico, pois, retornou às suas origens.

**REFERÊNCIAS**

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GARCÍA-PELAYO. **Derecho constitucional comparado.** Introdução de Manuel Aragon. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UNB, 2008.

SCARMAN, Leslie. **O direito inglês:** a nova dimensão. Trad. de Inez Tóffoli Baptista com a colaboração de Anna Maria Villela. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978.

STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdicción constitucional y legislador.** Trad. e notas de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.