

REVISITANDO O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DAS RAÍZES DA OBJEÇÃO DEMOCRÁTICA À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

REVISITING THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES FROM THE ROOTS OF THE DEMOCRATIC OBJECTION TO THE PERFORMANCE OF THE JUDICIAL POWER

Juvêncio Borges Silva¹
Luiz Felipe Machado Muraca²

RESUMO

Este artigo ocupa-se de analisar o controle judicial das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Essa análise será feita a partir da análise das raízes da dicotomia entre constitucionalismo e democracia. Esse esforço histórico possui dúplice justificativa. Por um lado, a compreensão do processo de sedimentação da ideia de que o Poder Judiciário pode sustar atos de outros poderes pode auxiliar sobremaneira na compreensão da questão da judicialização das políticas públicas. Lado outro, compreender que o estado atual de coisas não é um dado imutável, mas sim o resultado de uma construção histórica é fundamental para o enfrentamento desse tipo de questão. Para tanto, inicialmente serão apresentadas as circunstâncias que envolvem o *Bonham's Case* e o caso *Marbury vs. Madison*, provavelmente as decisões mais relevantes sobre o assunto. Por fim, alguns aspectos do desenho institucional do Brasil contemporâneo serão apresentados. Concluir-se-á que a possibilidade de interferência por parte do Judiciário no que seria tradicionalmente o campo de atuação de outros poderes é uma construção histórica e, atualmente, se liga à noção de Estado Democrático de Direito. Essa conclusão se baseou em uma pesquisa qualitativa e teórica, por meio da revisão da bibliografia concernente aos conceitos ora estudados.

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; doutor pela UNESP, mestre pela UNICAMP, graduado em direito pela Faculdade de Direito de Franca e graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos. Docente do Programa de Pós-graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Email: juvencioborges@gmail.com

² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Bacharel em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Membro dos grupos de pesquisa Constituição e Cidadania e Jurisdição Constitucional e Tutela dos Direitos Coletivos, certificados pelo CNPq. Durante a graduação foi bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e monitor da disciplina de Direito Constitucional no curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto (2018/2). Foi membro do Colegiado do Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto, tendo possuído mandato como representante discente (2018-2020). É membro do Conselho do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisa os seguintes temas: Direito Constitucional, Ciência Política e Cidadania..Email: lfmuraca@gmail.com

Palavras-chave: políticas públicas; controle jurisdicional; objeção democrática; constitucionalismo; democracia.

ABSTRACT

This article analyzes the judicial control of public policies by the Judiciary. This analysis will be made from the analysis of the roots of the dichotomy between constitutionalism and democracy. This historic effort has a double justification. On the one hand, understanding the process of sedimentation of the idea that the Judicial Power can stop acts of other powers can greatly help in understanding the issue of judicialization of public policies. On the other hand, understanding that the current state of affairs is not an immutable fact, but rather the result of a historical construction, is fundamental for facing this type of issue. To do so, the circumstances surrounding *Bonham's Case* and *Marbury v. Madison*, probably the most relevant decisions on the subject. Finally, some aspects of the institutional design of contemporary Brazil will be presented. It will be concluded that the possibility of interference by the Judiciary in what would traditionally be the field of action of other powers is a historical construction and, currently, is linked to the notion of the Democratic State of Law. This conclusion was based on a qualitative and theoretical research, through a review of the bibliography concerning the concepts studied here.

Palavras-chave: public policies; judicial control; democratic objection; constitutionalism; democracy.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente cresce cada vez mais a tensão entre os poderes da República. Interferências mútuas e, muitas vezes, ingerências acabam por corroer o tecido estatal e a harmonia entre os poderes. De toda sorte, parece haver elevada incompreensão acerca das funções institucionais do Poder Judiciário, especialmente em sua relação com os demais poderes. Após mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal, diversos atores políticos ainda são refratários à atuação concretizadora do Poder Judiciário. Sendo assim, é de fundamental importância a análise histórica da gênese da atuação do Poder Judiciário, inicialmente invalidando atos de outros poderes e, mais atualmente, determinando programas de ação cogentes aos demais ramos do Estado. Somente assim poder-se-á perceber que há um movimento no sentido da afirmação do Poder Judiciário como bastião das mais diversas dimensões de direitos fundamentais. Essa incumbência se apresenta, em termos práticos, na invalidação de atos normativos inconstitucionais e na determinação de atuações positivas por

parte do estado, exemplificativamente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

A possibilidade de o Judiciário controlar atos emanados dos outros poderes e, eventualmente, expurgá-los do ordenamento jurídico, tem como marco fundamental o caso *Marbury vs. Madison*. Contudo, o *leading case* foi, em verdade, a cristalização de uma ideia que já vinha sendo construída historicamente na realidade da Inglaterra e, posteriormente, das suas colônias na América do Norte³. Portanto, antes de se passar ao caso estadunidense, serão genericamente analisadas as peculiaridades do *common law* enquanto sistema jurídico e a disputa judicial conhecida como *Bonham's case*. Ato contínuo, as circunstâncias que envolvem a sedimentação em solo norte-americano da ideia de supremacia da constituição e da consequente prática da *judicial review* serão devidamente consideradas. Esse esforço histórico se justifica na medida em que grande parte das justificativas e objeções opostas à atuação do Poder Judiciário na atualidade remontam, de algum modo, às discussões relacionadas ao *Marbury vs. Madison* ou, anteriormente, ao período de desenvolvimento e ratificação da Constituição estadunidense. Para além disso, a análise da atuação do Judiciário não pode preterir do estudo das bases nas quais os institutos ora analisados se alicerçam. Por fim, este artigo se presta à finalidade de demonstrar que, já no início do século XIX, a objeção democrática à atuação do Judiciário se apresenta como um tema digno de atenção por parte da comunidade política.

Para a consecução das finalidades propostas, será feita uma pesquisa qualitativa e teórica, por meio da revisão da bibliografia concernente aos conceitos ora estudados.

2 O COMMON LAW E O BONHAM'S CASE

Antes de apresentar a lide que envolvia Dr. Bonham, é relevante que se demonstre, mesmo que em linhas gerais, as características da tradição jurídica da qual a decisão emergiu (*common law*). Demonstrar-se-á no decorrer destas considerações que o sistema no qual a decisão de Sir. Edward Coke foi proferida influenciou decisivamente em seus argumentos, assim como em suas posteriores consequências. Isto é, para uma correta aproximação ao *Bonham's*

³ É o que defendem Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud em: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. *Revista de Processo*, v. 229, p. 433, 2014.

Case e compreensão de sua importância para a teoria constitucional, é necessário que se compreenda o momento jurídico-político da Inglaterra seiscentista e toda a tradição jurídica que por lá se formava⁴. A desconsideração dessas questões pode levar a equívocos verificados nas referências que a comunidade jurídica brasileira faz ao sistema desenvolvido na ilha. Apenas a título exemplificativo, ao tratar da diferenciação entre *common law* e *civil law*, a doutrina brasileira de um modo geral confere lugar de destaque à ausência de codificação que, supostamente, vige em países que adotam a primeira tradição. Isso é apenas uma verdade parcial, pois que atualmente certos países que historicamente são considerados consuetudinários possuem códigos em seus ordenamentos. É o caso dos Estados Unidos da América que, no entanto, não possui codificação das matérias cíveis. É aí que atualmente reside a grande diferenciação no que toca à codificação presente nesses sistemas: a ausência de um código civil.

Outro ponto que deve ser devidamente esclarecido é a influência exercida pelo direito romano na Europa continental e na Inglaterra. Ao tratar desse tema, as tradições jurídicas não podem ser consideradas um rol de dogmas estanques, refratárias a qualquer influência externa. Exemplo disso na atualidade é a atenção acadêmica dispensada aos chamados “transplantes legais”, mas há muito tempo que esse intercâmbio de conceitos ocorre. Dessa forma, pode-se afirmar que o direito romano exerceu, em níveis distintos, influência tanto no *common law* quanto no *civil law*. A distinção está no fato de que na tradição europeia continental os cânones romanos foram adotados como fonte primária do direito. No direito consuetudinário, por outro lado, eles se prestavam a colmatar lacunas que eventualmente surgissem, visto que as fontes primárias eram os costumes e as decisões judiciais⁵. Indo mais além:

Assim, a diferença entre *civil law* e *common law* não se resume apenas à diferente posição das fontes do direito ou então dos processos históricos de sua formação, o próprio conteúdo jurídico dos institutos apresenta sensíveis diferenças entre cada um dos sistemas. Outrossim, diferença marcante entre

⁴ Isso porque, em se tratando da tradição do *common law*, seus principais institutos e as bases em que se fundam não foram construídos artificialmente. Diversamente, tem-se que as notas essenciais do direito consuetudinário estão umbilicalmente ligadas ao percurso de afirmação histórica da Inglaterra enquanto Estado-nação e, posteriormente, de suas colônias já independentes. Isso ilide qualquer tentativa de transposição automática dos institutos que têm sua gênese no *common law* para outras realidades nacionais, uma vez que eles advêm da experiência institucional e social de determinados países e estão circunscritos a determinado espaço/tempo. Cf. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 352.

⁵ *Ibidem*, p. 348.

os dois sistemas é a doutrina de precedentes e o sistema do *stare decisis* característicos da tradição do *common law*⁶.

Uma questão que se apresenta como fundamental neste debate é a definição do que é costume, bem como de que modo ele se relaciona com a decisão judicial e com o direito legislado. De pronto é importante mencionar o fato de que costume não se refere a qualquer hábito praticado em algum canto do Reino, pelo menos se considerarmos o exemplo inglês. Para que seja costume e, portanto, tenha o condão de servir de fundamento para uma decisão judicial, o hábito deve ser dotado de antiguidade e generalidade. Ele deve, então, remontar a tempos longínquos e ser praticado em todo o Reino. Não se admite, por exemplo, que um costume de uma região específica possa servir como fundamentação de uma decisão judicial⁷. Em relação à antiguidade do costume, apoiado em Postema, Sérgio Victor diz que

afirmar a existência imemorial do *common law* significa dizer que a validade e a cogência de cada nova regra de direito são dependentes não da proveniência da norma (de quem a promulgou ou criou, por exemplo), mas de sua efetiva recepção e aprovação no Reino Unido⁸.

Esses costumes são fonte do direito, ou seja, servem como fundamentação das decisões judiciais. No entanto, essas decisões também passam a fazer parte do *common law*, em um processo de simbiose. Ainda Victor:

Ressalte-se que essa integração de costumes, legislação e decisões judiciais que veio a definir o *common law* não é simplesmente matéria de coerência e consistência lógica, mas antes de tudo é fruto do trabalho prático, inserido em seu contexto histórico. A integração dos elementos costume, legislação e decisões judiciais é tema inerente à prática jurídica, porque apenas por meio da efetiva utilização (pelas pessoas em geral, bem como pelos profissionais do Direito e oficiais públicos) das regras e dados que surgem no sistema é que os referidos elementos vão se integrando ao ordenamento. *A empreitada é também histórica em razão do fato de que somente pelo decurso do tempo pode-se ter certeza de que determinada regra ou prática foi efetivamente integrada ao common law*⁹. (grifo nosso)

Em um sistema como esse, os profissionais que lidam com o direito e, de modo especial, os juízes possuem relevante função criativa. Entrementes, o fato de as decisões possuírem aderência aos costumes faz com que a retórica dos juízes seja de que eles estão, na verdade,

⁶ *Ibidem*, p. 356.

⁷ Cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁹ *Ibidem*, p. 33

descobrimos e não criando o direito. Essa “descoberta” se daria por meio da especialização que esses profissionais adquiririam ao decorrer de longos anos de estudo. Justamente por isso o *common law* pode ser interpretado como fruto de uma “razão artificial adquirida pelos operadores do direito, treinados por meio de longas horas de estudo, observação e experiência”¹⁰. Esses apontamentos são de dantesca importância para a compreensão da *ratio* utilizada pelo juiz Coke ao decidir o *Bonham’s case*. Vejamos.

O dissídio envolvia o Dr. Thomas Bonham e o Colégio de Médicos, instituição criada em 1518 e que possuía a incumbência de regular o exercício de medicina em Londres. Seus amplos poderes foram confirmados por um ato do Parlamento datado de 1540 que, dentre outras coisas, conferia ao Colégio a possibilidade de punir aqueles que não se submetessem à sua autoridade ou realizassem má prática da medicina. É de se notar que, na época, ter frequentado uma universidade não era requisito para que uma pessoa exercesse a medicina, bastando a inscrição no Colégio de Médicos. As sanções que poderiam ser impostas pelo Colégio vão desde multa a pena de prisão. Nesse contexto, Roger Jenkins, um médico que não havia se submetido à autoridade do Colégio e foi apenado com prisão pelo ato, impetrou um *habeas corpus* requerendo sua soltura, alegando a ilegalidade de sua prisão. O tribunal (*Common Pleas*) julgou improcedente a pretensão do médico, firmando precedente no sentido de que caberia aos tribunais tão somente a análise das formalidades atinentes à prisão, mas não de seu mérito¹¹.

Anos depois, já em 1605, Thomas Bonham, médico formado pela Universidade de Cambridge, requereu ao Colégio de Médicos autorização para que pudesse administrar medicamentos, pedido que foi negado pela instituição. Diante da negativa, Bonham seguiu exercendo a medicina, fato que lhe rendeu uma pena de multa. Chamado a prestar esclarecimentos, o médico contestou a autoridade do Colégio de Médicos e foi preso por desacato. Buscando reverter a prisão que considerava ilegal, Dr. Bonham impetrou um *habeas corpus* que foi provido pelo *Common Pleas*, a essa altura presidido pelo juiz Edward Coke. O Colégio levou a lide aos tribunais do *Common Law* e ao *King’s Bench*, onde obteve vitória sob a argumentação de que a lei de 1540 era suficientemente clara ao conferir à instituição a prerrogativa de aprisionar médicos e, além disso, que a decisão anterior contrariava a doutrina

¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito, *op. cit.*, p. 3.

Jenkins. Por outro lado, Bonham alegava que sua prisão iria contra a finalidade da própria lei, uma vez que ela se destinaria a coibir errôneas práticas de medicina, o que não era o caso, pois ele era médico devidamente formado em Cambridge. Argumentou também que seu título universitário o isentava da autoridade do Colégio de Médicos¹².

Mais de um ano depois, o *Common Pleas* presidido por Coke decidiu em favor de Bonham, superando a doutrina Jenkins e firmando relevante precedente para o que futuramente viria a ser o controle judicial de constitucionalidade das leis. Na decisão, o argumento do *chief justice* diferencia as duas autoridades concedidas ao Colégio pelo ato do Parlamento: o exercício de medicina sem a devida autorização e a má prática de medicina. Segundo Coke, apenas esta autorizaria a pena de prisão, enquanto aquela poderia ser apenada tão somente com multa. Sob o prisma histórico, no entanto, o ponto fulcral da decisão está em um argumento secundário utilizado pelo juiz. Segundo ele, a possibilidade de o Colégio de Médicos apenar a prática de medicina sem sua autorização era contrária ao *common law*, uma vez que ele seria a parte beneficiada por uma eventual condenação e, ao mesmo tempo, o órgão julgador do mérito. Deste modo, segundo Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud:

Na referida decisão, Coke destacou que o *common law* regula e controla os atos do Parlamento, e, em certas ocasiões julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, o *common law* fará seu controle e julgá-lo-á nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento. Contudo, esta somente adquire validade substancial, quando é racional, e o controle de seu conteúdo corresponde aos juízes do *common law*¹³.

Sob um enfoque prospectivo, Sergio Antonio Ferreira Victor observa que a decisão de Coke pôde contribuir para a afirmação da soberania do Parlamento¹⁴. Para sustentar sua tese, Victor parte da afirmação de Charles McIlwain de que a história do constitucionalismo se refere à distinção entre *Jurisdictio* (submissão à lei em sentido amplo) e *Gubernaculum* (prerrogativa de dirigir os rumos do Estado, até então conferida à coroa)¹⁵. Deste modo, no contexto da Inglaterra seiscentista, havia uma crescente tensão entre o juiz Coke e o Rei James I. Essa tensão

¹² *Ibidem*, p. 4.

¹³ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*, op. cit., p. 61 e segs.

¹⁵ *Ibidem*, p. 53.

se liga, de alguma forma, à afirmação do Parlamento na relação entre os poderes da nação, isso porque ela representava uma limitação aos próprio Rei. Para além disso, não havia àquela altura distinção clara entre as atribuições das cortes e do Parlamento, isto é, a diferenciação entre a função de criar e dizer o direito. Essa confusão também se devia a uma certa permeabilidade entre membros das cortes e do Parlamento, o que confirma, de certo modo, a tradição do *common law* na qual os juízes possuem função criativa adquirida com base em uma razão artificial. Essa indistinção é uma reminiscência da Idade Média, período no qual não havia, em absoluto, separação entre as funções de estabelecer e aplicar a lei¹⁶. Ou seja, as cortes estavam ao lado do Parlamento na batalha travada com o objetivo de cindir *Jurisdictio* de *Gubernaculum*.

A decisão de Coke, deste modo, influenciou decisivamente os debates constitucionais nos Estados Unidos entre sua independência e o século XIX, sendo notório que o *chief justice* Marshall, responsável pela decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, lia os escritos de Coke¹⁷. Além disso, a *ratio* utilizada por Coke é semelhante àquela que Marshall lançou mão no aresto de *Marbury vs. Madison*, de sorte que o *Bonham's Case* pode ser considerado uma referência para o estabelecimento da *judicial review* como a conhecemos.

3 DO OUTRO LADO DO ATLÂNTICO: O CASO *MARBURY VS. MADISON*

Alguns fatos ocorridos no hiato temporal existente entre o *Bonham's Case* e o *Marbury vs. Madison* não podem ser desconsiderados. Isso em razão de que o ideal de limitação de poderes e o próprio constitucionalismo evoluíram sobremaneira nesse período, o que possibilitou o aresto paradigmático objeto deste tópico. Durante o período de dominação britânica das colônias americanas houve, mesmo que de modo discreto, uma espécie de controle dos atos produzidos pelas colônias. Ainda sobre uma das interpretações apresentadas no tópico anterior, a decisão de Coke era corriqueira porque apenas desempenhava a prerrogativa presente em uma lei (*Act of Parliament*) de 1504 que permitia aos tribunais controlar atos das

¹⁶ *Ibidem*, p. 54.

¹⁷ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABBOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito, *op. cit.*, p. 4.

corporações. De acordo com o ato do Parlamento, essas entidades poderiam criar suas próprias regras, mas os tribunais possuíam a incumbência de controlar o seu conteúdo, protegendo os cidadãos das arbitrariedades que as corporações poderiam impor. As disposições das corporações, portanto, deveriam estar em plena conformidade com o *common law*. Isso é muito importante para a história constitucional dos Estados Unidos da América, já que, enquanto colônia, a atual nação era considerada uma corporação. Dessarte, assim como as corporações, as colônias foram paulatinamente criando seus próprios Poderes Legislativos e Judiciários que, entretanto, estavam subordinados ao direito comum inglês. Sendo assim, já havia no que futuramente seriam os Estados Unidos da América uma espécie de controle dos atos de poder¹⁸.

Por tudo isso, Sérgio Antônio Ferreira Victor afirma que “os primeiros contatos empíricos, ou seja, em termos de experiência institucional vivenciada, que os americanos tiveram com alguma forma de invalidação de leis foram as experiências coloniais”¹⁹. A colônia foi apresentando maior resistência a essa limitação na medida em que seus costumes foram se distanciando daqueles praticados na ilha. As colônias britânicas começaram a criar um direito comum a elas particular, que se diferenciava, no seu conteúdo, do *common law* inglês. Posteriormente, essa experiência foi relevante quando as colônias, já independentes, se uniram para redigir um texto constitucional. James Madison, um dos mais importantes delegados da Convenção de Filadélfia, propôs que o Congresso pudesse tornar sem efeito leis estaduais que fossem contrárias à Constituição, o que ficou conhecido como *Legislative negative*²⁰. Essa proposição foi recusada, mas outra foi aprovada em seu lugar com o objetivo de resolver eventuais desconformidades entre os direitos estaduais e federal. Trata-se da *supremacy clause*, que obrigava os juízes e tribunais estaduais, em caso de conflito entre leis estaduais e federais, ou entre leis estaduais e a Constituição, a dar preferência ao direito federal²¹. Isso significa que a Constituição de 1787 prevê expressamente a possibilidade de uma espécie de *judicial review* estadual. O texto foi omissivo, no entanto, em relação à possibilidade de a Suprema Corte controlar os atos normativos oriundos do Legislativo nacional.

¹⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*, op. cit., p. 66 e segs.

¹⁹ *Ibidem*, p. 74.

²⁰ *Ibidem*, p. 78.

²¹ *Ibidem*, p. 80.

Isso não quer dizer que os *founding fathers* não cogitavam a possibilidade de a Suprema Corte declarar nulos atos emanados do Congresso contrários à Constituição. Isso pode ser demonstrado pelos escritos federalistas, que tinham por objetivo informar a população quando da ratificação da Constituição pelos estados-membros. Os argumentos ali inseridos, inclusive, podem ser percebidos na decisão proferida pelo juiz Marshall, visto que é notória a influência póstuma que os *papers* federalistas possuem para o constitucionalismo norte-americano. Em um desses textos, publicado em 1787, Alexander Hamilton defende expressamente o instituto da *judicial review*, mesmo sem assim denominá-lo. Vem a calhar, portanto, a transcrição dessa passagem:

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 proscrição, 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 particulares²².

A passagem acima, de modo suficientemente claro, representa uma defesa à possibilidade de o Poder Judiciário tornar sem efeito atos produzidos pelos outros Poderes – em especial o Legislativo. Hamilton segue em sua argumentação respondendo a eventuais críticas que poderiam ser opostas ao seu posicionamento. Ele afirma que, devido ao fato de a autoridade do Congresso derivar da Constituição, qualquer ato por ele produzido e a ela contrário será nulo²³. Hamilton considera também que a *judicial review* é uma função inerente à atuação jurisdicional, como veremos no trecho a seguir:

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos

²² HAMILTON, Alexander et al. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 459.

²³ *Ibidem*.

tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à de seus agentes²⁴.

As declarações acima colacionadas, apesar de longas, são fundamentais para a compreensão do ambiente em que o *Marbury vs. Madison* foi decidido. Não obstante o que disse, Alexander Hamilton alerta que isso não conduz a uma superioridade do Poder Judiciário em relação ao Legislativo. Na realidade, segundo ele, nesses casos de atuação judicial estar-se-á diante da superioridade do povo – cuja vontade estaria encerrada Constituição – em detrimento dos poderes constituídos. Não há, portanto, defesa de qualquer espécie de supremacia judicial por parte de Hamilton. A defesa de que essa atuação é inerente à própria natureza da atividade judicante e consequência da conhecida afirmação de que os tribunais têm por função dizer o direito. Dessa feita, dizer o bom direito estaria relacionado com *judgment* (juízo) e não com *will* (vontade). Não haveria nenhuma anomalia nessa atividade.

Após essas considerações iniciais, responsáveis por proporcionar o *common ground* necessário à adequada compreensão dos fatos ligados ao *Marbury vs. Madison* e toda a discussão teórica travada a partir do *leading case*, passar-se-á ao caso em si. Assim como no *Bonham's Case*, em *Marbury vs. Madison* o pano de fundo político influi de modo crucial na decisão, o que demonstra a responsabilidade política ínsita à atuação das cortes constitucionais. À época do julgamento da lide (1803), os Estados Unidos eram governados pelo seu terceiro presidente, o democrata-republicano Thomas Jefferson. A eleição que o elegeu, no ano de 1800, foi extremamente acirrada e consagrou a derrota do então presidente John Adams, do partido federalista²⁵. No período compreendido entre sua derrota e a posse do novo Presidente, Adams realizou uma série de reformas na estrutura do Poder Judiciário estadunidense, tendo em conta que seu partido havia perdido o controle dos outros dois poderes. Essa manobra, que ficou conhecida como *Midnight Judges Act*, dentre outras providências, nomeou inúmeras pessoas

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABBOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito, *op. cit.*, p. 5.

afinadas politicamente com os federalistas para o cargo de juiz de paz, uma posição relevante na estrutura estatal daquela época²⁶.

Entre esses juízes estava Willian Marbury, nomeado para o Distrito de Columbia. Ocorre que o Secretário de Justiça à época, John Marshall, não dispôs de prazo suficiente para a lavratura de todos os diplomas dos novos nomeados, sendo que alguns deles ficaram sem a devida formalização. Ou seja, essas pessoas haviam sido nomeadas pelo Presidente, mas não possuíam o documento que lhes empossava no cargo. Diante dessa situação atípica, Marbury propôs uma ação mandamental (*writ of mandamus*) diretamente na Suprema Corte, prerrogativa que lhe era conferida por uma lei (ato do Congresso) de 1789. Cumpre salientar que, àquela altura, o *chief justice* da Suprema Corte era John Marshall, que anteriormente havia servido o governo Adams como Secretário de Justiça. Sua nomeação ao posto na Corte ocorreu por meio do mesmo ato que nomeou Willian Marbury juiz de paz do Distrito de Columbia, o *Midnight Judges Act*. Entretanto, a manobra política realizada pelos federalistas sofreu uma contrarreforma realizada por Thomas Jefferson e pelo Congresso em que seu partido possuía ampla maioria. Houve, inclusive, um processo de *impeachment* na Câmara contra um juiz federalista²⁷.

Quando do julgamento do caso, a situação política do país era extremamente precária. A Suprema Corte, até então uma instituição de interesse secundário no arranjo norte-americano, tinha sua existência ameaçada por um Presidente refratário a qualquer espécie de intervenção judicial em seus atos. Jefferson dava sinais de que não cumpriria um eventual mandamento da Suprema Corte e impediu seu funcionamento regular durante todo o ano de 1802. Justamente por isso o caso foi julgado somente em 1803, quando as sessões da Corte voltaram a ocorrer regularmente. O juiz Marshall se deparou, então, com um impasse de difícil solução, dado que uma decisão mal pensada poderia ameaçar a própria existência da instituição que representava²⁸. De enorme perspicácia política, a decisão de Marshall ficou marcada na história do constitucionalismo mundial e será esquadrihada nos parágrafos seguintes.

²⁶ *Ibidem*, p. 6.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ LEÓN, Mauro Arturo Rivera. Jurisdicción Constitucional: ecos del argumento contramayoritario. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. v. 22, p. 223-260, 2010, p. 227.

A decisão de Marshall se desenvolveu em torno de quatro questionamentos principais: i) se Marbury fora regularmente nomeado juiz de paz e, portanto, teria direito ao cargo; ii) se havia algum instrumento jurídico à sua disposição para eventual violação de seu direito; iii) se esse instrumento seria o *writ of mandamus*; e iv) se a competência da Suprema Corte era originária. A decisão é extensa e repleta de referências. Mas, para o fim que aqui importa, basta a constatação de que as três primeiras questões foram respondidas de modo afirmativo. É em relação à competência originária da Suprema Corte que Marshall cravou o argumento que fez com que a decisão seja até os dias atuais a mais estudada da Corte. Segundo Marshall, o ato de Congresso de 1789 que garantia aos cidadãos a possibilidade de acessar diretamente a Suprema Corte ampliava seu rol de competências estabelecido na Constituição. Assim, uma lei infraconstitucional não poderia alargar as competências já previstas na Constituição e, por ser contrária a ela, não poderia ser aplicada ao caso concreto. Esse argumento fez com que pela primeira vez a Corte efetivamente limitasse o campo de atuação do Legislativo federal. Além disso, serviu de fundamento para todo o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Buscando uma saída para um entreviro político, Marshall modificou de modo definitivo o constitucionalismo mundial, uma vez que os argumentos de sua decisão ultrapassaram fronteiras e até hoje são citados e debatidos²⁹. É certo também que o todo da decisão representa muito mais do que estas breves considerações. Outros argumentos e referências utilizados por Marshall influenciaram o desenvolvimento de diversos institutos, questão que merece análise pormenorizada em trabalho específico (exemplo disso são as chamadas *political questions*).

De toda sorte, a decisão serviu bem aos fins que a Suprema Corte necessitava para sua sobrevivência institucional. Por um lado, não havia possibilidade de desobediência por parte de Jefferson, uma vez que nada lhe foi ordenado; por outro, afirmou a competência que a Corte possui para invalidar atos normativos contrários à Constituição. É certo que a decisão de *Marbury vs. Madison* contribuiu para a existência e afirmação da autoridade da Suprema Corte na arena política estadunidense. Mas, à época, a decisão não foi isenta de críticas, como veremos a seguir. Mesmo tendo se valido de sua autoproclamada competência com parcimônia

²⁹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*, op. cit., p. 82 e segs.

durante todo o século XIX, a corte sofreu contundentes críticas por parte de Thomas Jefferson, que não considerava a *judicial review* autoevidente. Em uma oportunidade, escreveu Jefferson:

Você parece cogitar, nas páginas 84 e 148, que os juízes são os últimos árbitros para questões constitucionais. De fato, esta é uma doutrina muito perigosa e que nos coloca sob o despotismo de uma oligarquia. Nossos juízes são tão honestos quanto quaisquer outros homens e nada mais. Eles possuem, como qualquer outro, as mesmas paixões por partidos, poder e privilégios de suas corporações (...) Seu poder é perigoso porque passam a vida em escritórios e não são responsáveis diante do eleitor, como outros funcionários são³⁰.

Mesmo que não se concorde com as ponderações de Thomas Jefferson e, hodiernamente, se reconheça uma função estratégica para a atuação da jurisdição constitucional, sua desconfiança não pode ser desconsiderada. Isso porque, já no início do século XIX, seus escritos tratam da questão da objeção democrática à *judicial review*. Esse tema ocupará grande parte dos debates da teoria constitucional durante o século XX e neste início do século XXI. Jefferson aponta, portanto, para o perigo da interferência de juízes nas escolhas realizadas pelos representantes do povo e questiona a legitimidade que eles possuem para definir o sentido das disposições constitucionais. Esse germe encontrará ressonância em quase todos os textos que tratam da atividade jurisdicional constitucional nos dias atuais.

4 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Após vinte e um anos de ditadura, o então Presidente José Sarney cumpriu a promessa de campanha feita por Tancredo Neves e convocou uma Assembleia Nacional Constituinte que, em 5 de outubro de 1988, promulgou a Constituição cidadã. Trata-se, a toda evidência, de uma verdadeira mudança nos rumos do país. O texto promulgado é compromissário e dirigente, comprometido com a transformação do *status quo*. O Brasil se tornou, então, um Estado Democrático de Direito. Não se trata de mero neologismo para o Estado Social, visto que o Estado Democrático de Direito pode ser tido como uma “evolução” se comparado ao Estado Social. O *welfare state* representa a superação do Estado Liberal, ao objetivar a garantia de um mínimo existencial a todos os cidadãos. Essa necessidade surge dos conflitos urbanos e da

³⁰ JEFFERSON, Thomas. *Writings of Thomas Jefferson*. Nova York: Derby and Jackson, 1854. p. 178.

emergência dos pleitos das classes operárias. Essa prestação positiva que se exigia do Estado está baseada na ideia de que deve haver mínima igualdade material para que os direitos fundamentais de primeira dimensão possam ser fruídos por todos. Nas palavras de Marcelo Neves, o Estado Social “diz respeito à função compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende da institucionalização dos ‘direitos fundamentais sociais’”³¹.

Ocorre que, a princípio, o engendramento e a execução de um plano de transformação para o Estado Social dependiam quase que exclusivamente do Poder Executivo. Isso se deve ao fato de que é o Executivo que possui as condições de financiamento necessárias para que o Estado possa assegurar direitos prestacionais. Com a ampliação dos pleitos populares, no entanto, o Estado Social passa por uma crise de financiamento e passa a ser contestado ao redor do globo. No Brasil, por outro lado, vale citar a afirmação de Lenio Streck, para quem o Estado Social no Brasil não passou de um simulacro³². O Estado brasileiro nunca conseguiu efetivamente lograr êxito em reduzir as gritantes desigualdades que assolam o país. E é por isso que o Estado Democrático de Direito se apresenta, neste momento, em todo seu esplendor. Isso porque, atrelado à ideia de Estado Democrático de Direito, se encontra o constitucionalismo dirigente³³. Isto é: ocorre a adesão constitucional à democracia e aos direitos fundamentais. Deste modo, a implementação dos direitos fundamentais das mais diversas dimensões passa a não depender tão somente deste ou daquele governo, pois há um programa constitucional que aponta para a transformação da realidade social.

É facilmente perceptível que uma Constituição dirigente altera a dinâmica da relação entre os poderes, mormente se considerarmos o atual paradigma da força normativa da Constituição³⁴. Ocorre, então, um deslocamento na esfera de tensão entre os poderes³⁵. Se antes todas as questões referentes à implementação dos direitos sociais eram de competência do Poder Executivo, agora o Judiciário se apresenta como lugar possível de implementação desses

³¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 71.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 62.

³³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

³⁴ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 101 e segs.

direitos. Talvez a grande mudança resida justamente na dinâmica entre os Poderes Executivo e Judiciário. Percebe-se, inclusive, um movimento mundial de agigantamento do Poder Judiciário³⁶. Em um primeiro momento essa alteração na relação entre os poderes pode parecer um problema, tendo em vista que a separação entre os poderes é um dos dogmas sagrados do constitucionalismo³⁷. A separação entre os poderes, todavia, foi uma teoria criada em um momento de afirmação dos direitos individuais de primeira dimensão, no qual buscava-se acabar com as ingerências dos Estados absolutos³⁸. No entanto, historicamente há uma movimentação na dinâmica entre os poderes. Além disso, diversas opções políticas podem influenciar nas competências dos ramos do Estado. Exemplificativamente, a relação Executivo-Legislativo em um sistema parlamentarista é profundamente diferente da que ocorre no presidencialismo. É exatamente o que afirmam Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira:

O conceito de separação de poderes não é um conceito natural, de modo que só exista sua ocorrência nos casos em que visualizamos uma divisão de funções, normalmente de forma tripartite. Vale dizer, não se trata de um conceito estático, mas, sim, dinâmico. Não existe uma fórmula definida e definitiva sobre o que seja e como funciona a divisão de poderes. Na verdade, como conceito histórico-político, a separação de poderes sofre alterações de significado constantes, principalmente, no contexto das experiências constitucionais de curta duração. Todavia, o elemento subjacente que permanece com uma carga reguladora do conceito – e que, por isso, desdobra-se em uma dimensão de expectativa ou de longa duração – é a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu a respeito do "poder que controla o poder". Portanto, o conceito que nos orienta na análise da separação de poderes é o de limitação efetiva do poder político e não a velha tentativa de análise que se apoia na configuração tripartite.³⁹

Talvez um dos temas mais sensíveis quando se trata da nova separação de poderes no Brasil são as políticas públicas. Vale lembrar que antes de 1988 os tribunais brasileiros eram refratários a qualquer tipo de interferência no mérito dos atos administrativos⁴⁰. Isso porque, por excelência, as políticas públicas “constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública”⁴¹. Isto é: antes de as constituições preverem direitos

³⁶ Cf. TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

³⁷ Sobre o caráter obsoleto do dogma da separação de poderes, ver: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 54 e segs.

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214.

³⁹ ABOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. *Revista de Processo*, v. 233, p.13, 2014, p. 3.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, 2010.

⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Conceito de Política Pública em Direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

prestacionais, as políticas públicas não eram tema de interesse do Direito. No entanto, com o advento das constituições do pós-guerra, a questão fundamental passa a ser a implementação dos direitos sociais por meio das políticas públicas:

Um aspecto notável desse novo constitucionalismo reside justamente em introduzir a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário, ganham lugar privilegiado, nas arenas de socialização política, em especial o Poder Legislativo, mas também, de certa forma, o Poder Judiciário, os embates sociais por direitos⁴².

As políticas públicas podem ser conceituadas como sendo a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁴³. Sendo assim, a opção por uma constituição dirigente coloca as políticas públicas no centro da tensão entre Judiciário e Executivo. O Judiciário passa a ser um *player* relevante na concreção dos direitos sociais, examinando inclusive o mérito do ato administrativo. Isso não se dá, entretanto, por opção do próprio Poder Judiciário. É o desenho institucional que cria essa possibilidade – e por que não necessidade – de atuação jurisdicional. Cabe ao Judiciário, nesse sentido, a verificação da conformidade entre a opção do administrador e o programa constitucional de realização dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

O processo de afirmação do Poder Judiciário pode ser expresso por meio da luta pela cisão entre *jurisdictio* e *gubernaculum*. Nesse sentido, o *Bonham's Case* é um precedente fundamental, pois foi uma das primeiras decisões judiciais que consideraram a subordinação do Parlamento a um direito a ele superior. Essa ideia foi se cristalizando na realidade das colônias britânicas na América do Norte por meio dos tribunais locais. Durante o processo de elaboração da Constituição estadunidense de 1787, discutiu-se a possibilidade de subordinação dos poderes constituídos às diretrizes constitucionais, mas essa proposta foi rejeitada. No entanto, em uma decisão elaborada com extrema astúcia, a própria Suprema Corte afirmou sua

⁴² *Ibidem*, p. 6.

⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, 1997, p. 91.

autoridade para realizar a verificação da conformidade entre os atos normativos editados por outros poderes e a Constituição.

O Brasil atual passa também por uma revolução no campo da teoria constitucional representada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Se anteriormente havia larga margem de discricionariedade para a conformação dos atos administrativos, especialmente os que se prestam a concretizar direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas, atualmente a própria Constituição condiciona o modo de realização desses direitos. Não há de se cogitar, portanto, uma inversão na ordem de valores, subordinando o poder constituinte aos poderes constituídos. Se a tônica do constitucionalismo, como quer Loewenstein, não reside em uma tripartição mecânica de poderes e sim na questão do controle dos atos dos detentores do poder político, nada mais adequado do que a redução na margem de discricionariedade do administrador representada pelo controle do conteúdo dos atos administrativos. Isso não autoriza, contudo, qualquer tipo de ingerência por parte do Poder Judiciário, que tem que basear suas decisões em *standards* de racionalidade prefixados. Não soa adequado, no Estado Democrático de Direito, que a hercúlea tarefa de concretizar as disposições constitucionais seja compartilhada por diferentes detentores do poder.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. *Revista de Processo*, v. 233, p.13, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Conceito de Política Pública em Direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, 2010.

HAMILTON, Alexander *et al.* *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JEFFERSON, Thomas. *Writings of Thomas Jefferson*. Nova York: Derby and Jackson, 1854.

LEÓN, Mauro Arturo Rivera. Jurisdicción Constitucional: ecos del argumento contramayoritario. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. v. 22, p. 223-260, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABBoud, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. *Revista de Processo*, v. 229, p. 433, 2014.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Submetido em 04.10.2021

Aceito em 18.10.2021