



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI:

*WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW* E PROMOÇÃO DO  
DIÁLOGO INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

**Bel. Anderson Santos dos Passos**

**Coimbra, junho de 2015.**

À minha eterna “mãe-vó” Onézia Oza Cavalcanti da Silva (*in memoriam*), por tudo que foi na minha vida e pelo que sempre representará: o amor verdadeiro.

## **Agradecimentos**

Este trabalho é o produto da frequência no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e, claramente, o resultado deste período de dois anos tem muitos responsáveis, sendo muito difícil nominá-los nestas poucas linhas. De toda forma, não posso deixar de agradecer às minhas companheiras de todas as alegrias e tristezas: minha esposa Fabiana Passos e minha filha Laura Passos. Sou muito grato pelo incondicional carinho, amor e compreensão que recebi delas em todo este período, externando, desde logo, um sincero pedido de desculpas pelos momentos “roubados” em razão das incontáveis horas de estudos. Fabiana e Laura são a razão da minha vida e tê-las ao meu lado tornou cada um destes dias em Coimbra mais felizes.

Também faço um agradecimento especial à minha avó Onézia Oza por ter sido a melhor “mãe-avó” do mundo. Graças à incomparável coragem, perseverança e determinação ela conseguiu superar a pobreza e o sofrimento na periferia de uma grande cidade brasileira e nutrir-me com inúmeros valores morais e educacionais que me permitem ser o que hoje sou. Infelizmente agora não estamos mais no mesmo “plano existencial”, mas as lições de vida e o amor continuam (e continuarão) vivos em meu coração pelo resto da minha vida.

Quero ainda deixar um muito obrigado ao meu amado pai Josione Passos, homem lutador, exemplar e dedicado que sempre esteve e está ao meu lado em todos os momentos, mesmo quando as distâncias geográficas são imensas. Ele fez por mim muito mais do que aquilo que mereço, além de ensinar-me o verdadeiro significado da palavra “pai”.

À minha mãe Rosiene, agradeço pela disposição e imensa ajuda nestes dias em Portugal, aos meus irmãos e demais familiares, bem como à minha sogra Djanira e meu sogro Iron, pessoas que estão marcadas em meu coração.

No plano acadêmico, agradeço à minha orientadora Doutora Suzana Tavares da Silva, professora da mais distinta qualidade, exemplo de inteligência, dedicação e amor pela docência. A oportunidade de conhecê-la e compartilhar ideias sobre diversos temas de

direito constitucional foi uma oportunidade ímpar na minha vida acadêmica. Ademais, as magistrais aulas e os debates que se seguiram foram uma das melhores experiências que já tive e certamente ficarão marcadas em minha memória.

Aqui cabe também deixar um agradecimento especial ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho, pelas diversas oportunidades que recebi para conversar e debater acerca de inúmeros temas de direito constitucional, seja em aulas, palestras, pelos corredores da FDUC, em reuniões em seu gabinete ou até em uma inusitada boleia numa tarde chuvosa de Coimbra. A oportunidade de ter ouvido os magníficos ensinamentos do Professor Canotilho e de ter conhecido esta importante figura do direito constitucional contemporâneo foi única e indescritível.

Também digo obrigado à Doutora Paula Veiga, professora que tive a honra de ser aluno na disciplina de Direito Constitucional II neste mestrado em Ciências Jurídico-Políticas e ainda publicar um artigo científico em coautoria; ao Professor Doutor Alves Correia, grande mestre que a mim ministrou a unidade curricular de Direito Constitucional I; ao Doutor Pereira Coelho, com o qual tive o prazer de estudar Direito Civil e à Doutora Cláudia Santos, professora da disciplina de Criminologia, a qual conseguiu mostrar-me uma outra forma de enxergar a criminologia através das suas magníficas aulas, além de ter-me convidado a participar de um instigante projeto de investigação científica no Instituto de Direito Penal Económico e Europeu.

Quero deixar registrada a minha satisfação e um agradecimento à Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*, instituição na qual pude realizar pesquisas ao abrigo do programa Erasmus+ e que muito cooperaram para os resultados aqui obtidos, bem como ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, pelo apoio e confiança.

Por fim, deixo meus agradecimentos aos diversos professores da Universidade de Coimbra que pude conhecer e com os quais aprendi importantes lições, além dos inúmeros amigos que cá fiz, brasileiros, portugueses e de outras nacionalidades. Graças a companhia destes amigos os dias em Coimbra tornaram-se mais doces e menos frios.

## Abreviaturas

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CCORF	<i>Canadian Charter Of Rights and Freedoms</i>
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais)
CF	Constituição Federal
HRA	<i>United Kingdom's Human Rights Act</i>
NZBRA	<i>New Zealand's Bill of Rights Act</i>
P.	Página
PEC	Projeto de emenda constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## Índice

<b>1. Introdução: <i>judicial review</i>, soberania do Parlamento e <i>weak-form judicial review</i>: dois polos distintos e o surgimento de uma terceira via.....</b>	<b>8</b>
<b>2. <i>Judicial review of legislation</i>: a soberania judicial.....</b>	<b>10</b>
2.1. O caso norte-americano .....	10
2.2. O caso europeu .....	13
<b>3. A soberania do Parlamento.....</b>	<b>15</b>
<b>4. A <i>strong-form judicial review</i>.....</b>	<b>19</b>
<b>5. <i>Weak-form judicial review</i> na <i>Commonwealth</i> – o novo constitucionalismo da comunidade britânica.....</b>	<b>22</b>
<b>5.1. O modelo canadense.....</b>	<b>25</b>
5.1.1. A <i>Canadian Bill of Rights</i> de 1960.....	25
5.1.2. A <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> de 1982.....	29
<b>5.2. O modelo neozelandês .....</b>	<b>38</b>
5.2.1. O <i>New Zealand's Bill of Rights Act</i> de 1990.....	38
<b>5.3. O modelo britânico .....</b>	<b>43</b>
5.3.1. O <i>United Kingdom's Human Rights Act</i> , de 1990.....	43
5.3.2. “Fortificação” judicial e status jurídico dos direitos da Convenção no ordenamento britânico .....	51
<b>6. As características da <i>weak-form judicial review</i> .....</b>	<b>54</b>
<b>7. Os modos de atuação da <i>weak-form judicial review</i>.....</b>	<b>58</b>
7.1. Mandado interpretativo.....	58
7.2. Mandado interpretativo-argumentativo .....	61
7.3. Mandado argumentativo-dialógico .....	64
<b>8. <i>Strong-form judicial review</i> x <i>weak-form judicial review</i> – a prevalência do diálogo .....</b>	<b>66</b>
<b>9. Avaliando os modelos de <i>weak-form judicial review</i> .....</b>	<b>67</b>
<b>10. Os potenciais benefícios dos sistemas de <i>weak-form judicial review</i> – o diálogo institucional democrático.....</b>	<b>74</b>
<b>11. <i>Judicial review</i>, legitimidade e diálogo .....</b>	<b>78</b>
11.1. O debate Dworkin x Waldron .....	78
11.2. Diálogo e legitimação da <i>judicial review</i> .....	83
<b>12. A <i>judicial review</i> como instrumento de diálogo entre o legislador e a Corte – o diálogo sequencial canadense.....</b>	<b>85</b>
12.1. O problema dos “casos retornados” .....	98
12.2. A suspensão da declaração de invalidez .....	100
12.3. Os resultados .....	101
12.4. As críticas.....	102
12.5. A resposta .....	104
<b>13. Diálogo institucional no direito constitucional brasileiro.....</b>	<b>106</b>
13.1. O sistema brasileiro como “super” <i>strong-form judicial review</i> .....	106
13.3. Traços de diálogo institucional no sistema brasileiro .....	109

<b>13.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e apelo ao legislador na jurisprudência brasileira: instrumentos de diálogo.....</b>	<b>119</b>
<b>13.4. Reedição de lei declarada inconstitucional .....</b>	<b>122</b>
<b>13.5. A proposta de emenda constitucional (PEC) n.º 33/2011 – Diálogo institucional no sistema brasileiro?.....</b>	<b>127</b>
<b>14. Conclusões/teses.....</b>	<b>133</b>
<b>15. Referências bibliográficas.....</b>	<b>140</b>

## **1. Introdução: *judicial review*, soberania do Parlamento e *weak-form judicial review*: dois polos distintos e o surgimento de uma terceira via.**

Após 1945, o mundo observou um crescimento exponencial do constitucionalismo. Este movimento abarcou inúmeros países, especialmente aqueles que haviam sofrido na Europa com o nazi-fascismo e com ditaduras militares, como a Itália<sup>1</sup>, a Alemanha, a Áustria, a Espanha e Portugal. Com a queda do muro de Berlin e da “cortina de ferro”, o movimento constitucionalista avançou sobre os países da Europa central e oriental. Um fenômeno semelhante ocorreu na América Latina após o fim das ditaduras militares. Em todos estes exemplos o caminho traçado orientou-se na formulação de um modelo constitucional à luz da experiência norte-americana, mesclada com as ideias do constitucionalismo europeu-continental de matriz austro-germânica.

O traço básico de tais modelos foi a instituição de uma carta de direitos fundamentais “positivada” em estatutos jurídicos de hierarquia superior e a existência de mecanismos de controlo de constitucionalidade de natureza jurisdicional (justiça constitucional), com poder para averiguar a compatibilidade dos atos normativos produzidos pelo Poder Legislativo em face da *Bill of Rights* e eventualmente anular tais atos quando entendidos como contrários ao texto constitucional. Os arranjos estruturais do controlo de constitucionalidade foram firmados sob diversas configurações, a depender de cada país, mas sempre com a constante de conceder ao Poder Judiciário a palavra final sobre o que é o direito da nação.

Entretanto, paralelamente a este movimento, uma outra matriz jurídica permaneceu viva em um polo oposto, qual seja, a soberania parlamentar. Tal modelo rejeita a opção norte-americana e europeia-continental de controlo de constitucionalidade, prezando pelo princípio da democracia majoritária e por isto credita ao Parlamento a função de órgão supremo na definição do que é o direito. Os órgãos jurisdicionais existem, mas sem o poder de negar aplicação às leis. Tal modelo, inspirado na secular doutrina parlamentar britânica, ainda hoje se encontra presente em algumas nações.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> No caso específico da Itália, mesmo com forte oposição, a Constituição republicana de 1948 inseriu

<sup>2</sup> Os Países Baixos e Luxemburgo podem ser citados como exemplos de nações que ainda mantêm a



Deste modo, durante muitos anos a doutrina constitucional viu-se dividida entre dois grandes “grupos” paralelos de organização jurídica, que podem ser denominados de *a)* modelos de *judicial review of legislation* ou soberania judicial e *b)* modelos de soberania parlamentar.

Contudo, a história constitucional não permaneceu estática e nos últimos anos novas formas de arranjos jurídico-constitucionais foram desenhadas e implementadas em alguns países, sempre objetivando a construção de alternativas “intermediárias” entre a soberania parlamentar e a soberania judicial. Neste sentido, pode-se dizer que há hoje um “novo constitucionalismo”<sup>3</sup> nascido em países da *Commonwealth*, o qual se apresenta como uma opção viável e interessante (sobretudo do ponto de vista do equilíbrio entre democracia e proteção de direitos fundamentais), em substituição aos clássicos sistemas até então existentes e ainda hoje predominantes. Estes modernos arranjos ficaram conhecidos pelo fato de instituírem formas “menos intensas” de controlo de constitucionalidade (SILVA, 2014, p. 21), formulando novos papéis a serem desempenhados pelo Judiciário e pelo Legislativo no âmbito da definição do direito constitucional.

É neste sentido que o presente trabalho procura desenvolver um estudo comparado entre os clássicos modelos de *judicial review* de matriz norte-americana e/ou austro-germânica, os sistemas de soberania parlamentar e os novos modelos de *judicial review* desenvolvidos no Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia, aqui agrupados sob a denominação de *weak-form judicial review*.

O estudo inicia fazendo uma rápida alusão às características próprias da *judicial review of legislation* norte americana e europeia-continental, para depois fazer o mesmo em relação aos sistemas de soberania parlamentar. Em sucessivo, o trabalho ingressa em seu ponto central: a análise das características e dos modos de atuação dos sistemas de *weak-form judicial review*. Neste ponto, o estudo procura identificar de que modo e em qual medida as novas opções trazidas pelo “*New Commonwealth Model of*

---

soberania parlamentar em sua forma mais tradicional.

<sup>3</sup> Neste sentido, veja-se dois importantes artigos de Stephen Gardbaum: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* (2002) e *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism* (2010).

*Constitutionalism*” podem equilibrar a tensão entre o Parlamento e o Poder Judiciário, buscando proteger, simultaneamente, tanto o princípio democrático quanto os direitos fundamentais. É a partir daí que se desenvolve a perspectiva do diálogo institucional nos sistemas de *weak-form judicial review*, de modo que o trabalho tenta observar se tais sistemas conseguem (ou não) produzir mecanismos de interação eficiente entre o Judiciário e o Legislativo, na busca da superação do monólogo judicial (próprio dos sistemas de *judicial review* “forte”) e do monólogo legislativo (próprio dos sistemas de soberania parlamentar) em benefício de um modelo que privilegie o diálogo entre estes dois poderes.

Em seguida, o trabalho procura identificar no sistema constitucional brasileiro traços de diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, destacando algumas disposições constitucionais e decisões importantes já proferidas pela Corte Constitucional brasileira e que podem representar algum nível de diálogo institucional. Por fim, analisa-se criticamente a proposta de emenda constitucional n.º 33/2011, a qual pretende estabelecer uma espécie de controlo legislativo posterior sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controlo de constitucionalidade, com fundamento na suposta criação de um espaço de diálogo entre os poderes.

## ***2. Judicial review of legislation: a soberania judicial***

### **2.1. O caso norte-americano**

A história da *judicial review of legislation* está intimamente ligada ao papel assumido pelo Poder Judiciário no direito constitucional norte-americano a partir do célebre julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, pelo então Juiz Presidente da Suprema Corte norte-americana John Marshall.<sup>4</sup>

A referida decisão, talvez a mais citada da história constitucional (BONAVIDES, 2013, p. 21), tornou-se famosa não pelo aspecto central do julgado (o pedido de nomeação de Marbury como juiz de paz do distrito de Colúmbia), mais sim por um elemento

---

<sup>4</sup> Na opinião de Luis Roberto Barroso (1996, p. 156), esta foi “a mais célebre decisão judicial de todos os tempos.”

incidental: o reconhecimento, pelo próprio Poder Judiciário, da função de supremo guardião da Constituição e a consequente competência para averiguar a compatibilidade dos atos normativos produzidos pelos poderes públicos com o texto constitucional.<sup>5</sup>

A argumentação construída por Marshall, a partir do artigo VI, cláusula 2.<sup>a</sup>, da Constituição norte-americana,<sup>6</sup> permitiu a “extração” de uma interpretação própria para a época, defendendo o postulado da supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas e, em consequência, o poder e dever de todos os juízes norte-americanos de negar respeito e aplicação às leis que fossem contrárias à Constituição (CAPPELLETTI, 1992, p. 47). Ou seja, para Marshall os juízes seriam, por excelência, os responsáveis pela análise da compatibilidade do texto legal com o texto constitucional e, em caso de haver um “conflito” entre a Constituição e qualquer outra norma jurídica, os juízes não deveriam aplicar a norma incompatível, mas sim dar prevalência ao texto Constitucional.

Durante o século que se seguiu a Marshall, o direito constitucional norte-americano vivenciou um verdadeiro processo de solidificação das ideias de supremacia da Constituição e do Poder Judiciário como legítimo e último intérprete do texto constitucional, chegando a posicionamentos extremos. Em 1958, por exemplo, em resposta a questionamentos do governo sobre a autoridade judicial de definir o sentido das normas constitucionais, o *Chief Justice* Earl Warren<sup>7</sup> apresentou a sua própria interpretação da famosa sentença de John Marshall, dizendo que o dever do Judiciário é “*say what the law is*” (WHITTINGTON, 2009, p. 150).

---

<sup>5</sup> Como bem afirma Suzana Tavares da Silva (2014, p. 20), esta foi “uma solução que acabaria por se consolidar definitivamente em 1803, com a famosa decisão *Marbury v. Madison*, na qual o juiz Marshall haveria de anunciar que os actos legislativos contrários à Constituição teriam de ser considerados nulos, que esta era uma lei superior e parâmetro (*paramount law*) para o Poder Legislativo, prevalecendo sobre os actos daquele, e que o Tribunal tinha poderes para, neste caso, aplicar diretamente a Constituição.

<sup>6</sup> “O artigo VI, cláusula 2.<sup>a</sup>, da Constituição norte-americana tem a seguinte redação: “*this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)*”

<sup>7</sup> A Corte Warren reafirmou a sua posição de entender o Poder Judiciário como o único “supremo” intérprete da Constituição em inúmeras outras decisões. Em uma delas declarou expressamente que “*this decision declared the basic principal that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land. (...) Every state legislator and executive and judicial officer is solemnly committed by oath pursuant to Art. VI, cl. 3, ‘to support this Constitution.’*” (WHITTINGTON, 2009, p. 155). Na verdade, durante anos a Corte Warren fez questão de deixar claro ao Congresso norte-americano e ao Presidente da República que, na respectiva visão, a Suprema Corte era o legítimo intérprete da Constituição.

Ou seja, para a teoria constitucional norte-americana há uma verdadeira hierarquia de legisladores. No ápice encontra-se o legislador constituinte originário, o qual possui a autoridade de criar o instrumento orgânico e supremo que rege o Estado, sendo tais normas a lei superior do país. A seguir na hierarquia legislativa está o Congresso Nacional, cujos membros eleitos pelo povo têm a autoridade de aprovar estatutos jurídicos aplicáveis a todos, contanto que estes não sejam incompatíveis com a Constituição. Na base da hierarquia legislativa acha-se o Executivo, cujo poder de legislar só é válido se não entrar em conflito com a Constituição e os estatutos aprovados pelo Legislativo (SCHWARTZ, 1966, p. 26).

Paralelamente a tudo isto se encontra o Poder Judiciário, o qual possui a prerrogativa de, em última instância, interpretar e dizer o que é o direito, podendo, através do controlo de constitucionalidade, negar aplicação a qualquer norma jurídica que seja entendida (pelo próprio Poder Judiciário) como incompatível com o texto da Constituição (inconstitucional).

Esta construção teórica norte-americana gerou um Judiciário extremamente independente e com ampla autoridade para “articular” o sentido da norma constitucional, além de uma extrema deferência à interpretação judicial por parte de todos os outros atores políticos (WHITTINGTON 2009, p. 163). Como resultado, para a doutrina tradicional norte-americana prevalece o entendimento de que a supremacia judicial é uma decorrência lógica do formato constitucional (*constitutional design*) e que desde a “declaração de independência judicial” de Marshall este princípio foi e deverá ser respeitado pela própria Corte Suprema e por todos os demais agentes políticos (SCHWARTZ, 1966, p. 25). O Judiciário, assim, possui a última palavra sobre o que é o direito.<sup>8</sup>

Deste modo e como bem acentua Schwartz, para um jurista americano o poder de decisão de seus Tribunais sobre questões de constitucionalidade é algo implícito na própria essência do poder judicial que lhes é delegado pela Constituição, de modo que o texto

---

<sup>8</sup> “O Judiciário tem, em último recurso, o dever de decidir sobre a constitucionalidade dos atos e das leis dos Governos federal e estaduais, desde que se tornem objeto de controvérsia judicial” (SCHWARTZ, 1966, p. 25).

constitucional seria apenas um pedaço de papel se as restrições nele contidas não pudessem ser postas em vigor pelos Tribunais (SCHWARTZ, 1966, p. 26).

## 2.2. O caso europeu

Por um longo período de tempo, os Estados Unidos da América permaneceram como o único Estado no mundo a permitir que as decisões emanadas do Poder Legislativo pudessem ser censuradas por um órgão jurisdicional (GRIMM, 2006, p. 3). Não obstante a adoção de Constituições pelos países europeus ainda no século XIX, levou-se mais de cem anos para que a jurisdição constitucional obtivesse reconhecimento no velho continente. Isto porque a solução encontrada nos Estados Unidos da América no início do século XIX foi, inicialmente, amplamente rejeitada na Europa.

Os europeus, desde o início das revoluções liberais, “desconfiavam dos juízes, receavam que a casta judicial se pudesse converter num obstáculo às transformações sociais, temiam o chamado *governo dos juízes*” (NOVAIS, 2014, p. 31). Um documento chamado Constituição existia, contudo limitava-se a “possuir um valor político, simbólico, mas não aplicado pelos Tribunais e, nunca, invocado como fundamento para eventual desaplicação, por inconstitucionalidade, das leis em vigor” (NOVAIS, 2014, p. 31).

A fundamentação contrária à implementação da *judicial review of legislation* na Europa do século XIX era a alegada incompatibilidade do controlo de constitucionalidade com o princípio da soberania do monarca, o qual estava em vigor na grande maioria dos Estados Europeus (GRIMM, 2006, p. 4).

Mesmo com a queda das monarquias, o controlo de constitucionalidade continuou a ser rejeitado na Europa, sob o fundamento de incompatibilidade com o regime democrático e com o novel princípio da soberania popular (GRIMM, 2006, p. 4), o qual veio a substituir a noção anterior de soberania do rei. Segundo o entendimento dominante, não seria admissível que o Parlamento -reflexo do poder popular- sofresse restrições em sua competência legislativa por parte de um órgão externo não eleito (GRIMM, 2006, p. 4). A força de tal entendimento impediu a implementação da Justiça Constitucional na Europa

por um século e meio. A primeira exceção foi a Áustria que, em 1920, instituíra em seu sistema jurídico-político uma Corte constitucional com o poder de reformular normas criadas pelo Legislativo.

Como bem explica Dieter Grimm (2006, p. 5), “foi preciso a experiência vivida no século XX através de ditaduras que desdenharam os direitos humanos de tal forma para que fossem superadas as antigas reservas ao controlo judicial de constitucionalidade e as portas se abrissem para ele.” Ou seja, o “*start*” histórico para a criação da justiça constitucional na Europa foi justamente o cometimento de atrocidades pelos regimes totalitários na primeira metade do século XX, com base na lei e no princípio da legalidade e soberania da vontade majoritária expressada pelo Parlamento. Assim, “com toda a panóplia de horrores praticados por governos eleitos democraticamente e apoiados, muitas vezes, pela maioria da população”(NOVAIS, 2014, p. 31) percebeu-se a necessidade da criação de instituições que pudessem proteger os direitos fundamentais e liberdade inclusive contra as maiorias que estivessem no poder.

Neste sentido, as ideias de Kelsen quanto ao controlo de constitucionalidade, as quais já haviam sido acolhidas pela Constituição austríaca de 1920, serviram de inspiração a vários outros países europeus. Alemanha<sup>9</sup> e Itália<sup>10</sup> nas constituições do pós-guerra. Portugal<sup>11</sup> e Espanha<sup>12</sup> após o fim das ditaduras militares. Os países da antiga URSS nas

---

<sup>9</sup> Como bem afirma Giuseppe de Vergottini (2007, p. 265) “*la legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del 1949 ha istituito un Tribunale costituzionale federale (artt. 93-94), prevedendo sia l'azione diretta del governo federale e dello stato membro o di un terzo dei membri del Bundestag, che il procedimento incidentale (legge 12 dicembre 1951).*”

<sup>10</sup> No caso específico da Itália, De Vergottini explica que foi a Constituição de 1948 que, nos arts. 134-137, “*ha previsto l'azione diretta ad opera del governo e dele giunte regional insieme al procedimento incidentale in occasione di processo pendente di fronte a un giudice, che di sua iniziativa o su eccezione di parte può sollevare la questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale (legge 9 febbraio 1948 n. 1 e legge 11 marzo 1953, n. 87)*”(DE VERGOTTINI, 2007, p. 265)

<sup>11</sup> Em Portugal, a criação de um órgão concentrado para a realização do controlo de constitucionalidade teve origem na revisão constitucional de 1971, a qual alterou o texto da antiga Constituição de 1933, instituindo um sistema misto de controlo judicial difuso e controlo concentrado (CANOTILHO, 2003, p. 915). A Constituição de 1976 conservou os traços fundamentais deste sistema, mantendo a fiscalização judicial difusa e a fiscalização judicial abstrata, esta última realizada pela Comissão Constitucional. Por fim, como afirma Canotilho (2003, p. 916), “com a revisão de 1982 ficou praticamente definido o actual sistema de fiscalização de constitucionalidade. O sistema complexo misto de controlo consolida-se como elemento estruturante mas, em substituição da Comissão Constitucional, criou-se um Tribunal Constitucional, configurado como verdadeiro órgão jurisdicional.”

<sup>12</sup> Como explica Lucio Pegoraro, em Espanha a Constituição de 1978 criou um Tribunal Constitucional “*che l'art. 1 LOTC definisce interprete supremo della Costituzione, cosicché le sue interpretazioni sono vincolanti nei confronti di qualsiasi potere, compreso il Tribunale supremo.*”

novas Constituições seguintes à queda do regime soviético.<sup>13 14</sup>

Este constitucionalismo europeu, não obstante algumas diferenças marcantes, acolheu vários dos princípios dorsais do modelo norte-americano, tais como a supremacia da Constituição,<sup>15</sup> a existência de um Poder Judiciário forte e independente, além da possibilidade de censura das normas produzidas pelo Parlamento através do controlo de constitucionalidade (exercido pelo Poder Judiciário e/ou por Cortes Constitucionais).

### 3. A soberania do Parlamento

Enquanto todo o continente americano e boa parte dos países europeus “rendiam-se” ao discurso constitucionalista norte-americano e/ou germânico-austriaco, um sistema secular ainda sobrevivía do outro lado do Canal da Mancha e em alguns poucos países da Europa continental e da *Commonwealth*: a soberania do Parlamento. Tal sistema foi (e talvez ainda seja) o mais característico princípio do constitucionalismo desenvolvido no Reino Unido, sendo o resultado de um longo processo histórico de progressiva consolidação do poder político nas mãos do Parlamento em detrimento do monarca.

A revolução gloriosa<sup>16</sup>(1688) e a promulgação do *Bill of Rights* (1689) foram

---

(PEGORARO, 2007, p. 48). Também se referindo a Espanha, De Vergottini afirma que “*la costituzione del 1978 prevede un Tribunale costituzionale (artt. 159-165), disciplina il controllo di costituzionalità su azione diretta ad opera del governo, del Difensore del popolo, di cinquanta deputati o cinquanta senatori e degli organi delle comunità autonome o, in via incidentale, nei confronti delle leggi e degli atti con forza di legge.*” (DE VERGOTTINI, 2007, p. 266).

<sup>13</sup> “*Dopo la caduta del regime sovietico e la successiva adozione nell’este europeu di testi costituzionali di ispirazione liberal-democratica, il sistema accentrato è stato sostanzialmente mantenuto in Polonia ed in Ungheria ed introdotto ex novo in Slovenia, Romania, Albania, Russia, Repubblica Ceca e Repubblica Slovacca.*” (DE VERGOTTINI, 2007, p. 267).

<sup>14</sup> Em 2005, de 138 nações com sistemas de controlo de constitucionalidade, 85 delas (62 por cento) tinham adotado o modelo Kelseniano e suas variações. Sobre isto veja-se o artigo “*Constitutional Courts*”, de autoria de Alec Stone Sweet (SWEET, 2013, p. 819).

<sup>15</sup> A ideia de supremacia da Constituição na Europa pós-gerra verifica-se tanto no plano formal (posição hierárquica superior da Constituição em relação às normas não-constitucionais), quanto no aspecto material (reconhecimento de uma grande quantidade de direitos fundamentais de carácter liberal, democrático e social). Neste último ponto e referindo-se à realidade portuguesa, o professor José Carlos Vieira de Andrade explica que “a atual Constituição (1976), tal como a generalidade das constituições europeias do pós-guerra, dá uma proteção sólida às liberdades e dedica-lhes um grande número de preceitos, embora às dimensões liberal e democrática se acrescente agora outra, a dimensão social.” (ANDRADE, 2012, p. 25).

<sup>16</sup> Cabe destacar que não foi a Revolução Gloriosa o único evento histórico responsável pelo surgimento do princípio da soberania parlamentar na Inglaterra. Necessitou-se ainda de muitos anos para a

responsáveis por impor à Coroa inglesa uma série de restrições e limitações ao exercício do poder político, transferindo ao Parlamento o papel central de órgão produtor de normas jurídicas. Com efeito, “ao rei não mais se admitia legislar de forma independente e autônoma, devendo seus atos se submeterem ao controle do Legislativo. Surgia, portanto, a monarquia constitucional em oposição à monarquia absolutista.” (LARANJEIRA, 2013, p. 2).

Este processo de consolidação de poderes nas mãos do Parlamento também já havia subtraído do rei o importante poder de julgar. Isto porque, ainda antes da revolução gloriosa, ambas as Casas do Parlamento britânico (*House of Commons* e *House of Lords*) haviam assumido (com exclusividade) a competência para julgar, como instância final, as demandas recusais de Tribunais inferiores. Após 1399 esta “competência judicial” do Parlamento foi reservada ao *Appellate Committee of House of Lords*, concentrando-se nas mãos da *House of Lords* a função de mais alta Corte de apelação do Reino Unido.<sup>17</sup>

Em 1876 veio a lume o *Appellate Jurisdiction Act*, por intermédio do qual foi criada a figura dos lordes de apelação (*Lords of Appeal in Ordinary* ou *Law Lords*), juízes altamente qualificados que deveriam se dedicar exclusivamente às questões judiciais submetidas ao Parlamento. Tais juízes passaram a integrar o que veio a ser denominado de Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes (*Appellate Committee*) (LARANJEIRA, 2013, p. 311) e eram igualmente membros do Parlamento. Os *Law Lords*, além de exercerem a função jurisdicional, poderiam votar a legislação como os demais membros do Parlamento (o que, na prática, raramente faziam).<sup>18</sup>

---

afirmação e consolidação das respectivas características. A soma de diversos fatores históricos, tais como o controle parlamentar sobre o governo na votação da proposta tributária anual, a criação de dois partidos homogêneos (“Whigs” e “Tories”), a alta cultura da aristocracia inglesa e o advento de uma linhagem estrangeira de reis que se mostraram (por diversas causas) incapazes de acompanhar os debates e deliberações de seu ministério (BONAVIDES, 2010, p. 422), contribuíram decisivamente para a criação de um sistema de governo próprio e original na Inglaterra, onde a centralidade do poder político está nas mãos do Parlamento.

<sup>17</sup> Um resumo histórico do antigo “*Appellate Committee of House of Lords*” e da atual Suprema Corte do Reino Unido pode ser encontrado no sítio eletrônico desta última (“History - The Supreme Court” <https://www.supremecourt.uk/about/history.html>).

<sup>18</sup> Esta antiga estrutura jurídica britânica, com a cúpula judicial vinculada ao Parlamento, permaneceu em pleno funcionamento até o ano de 2009, quando uma grande mudança na “arquitetura” do Judiciário do Reino Unido se consolidou a partir da criação de uma Corte Suprema com estrutura independente do Parlamento.



Assim, nesta estrutura vigente até poucos anos atrás no Reino Unido, o Parlamento cumulava tanto a função de cúpula judicial do Reino quanto a função legislativa, possuindo plena liberdade para inovar na ordem jurídica.

Assim, diferentemente do modelo norte-americano (onde a Constituição é um limite jurídico para o Congresso Nacional), no sistema britânico o Parlamento é formalmente supremo, uma vez que a modificação de qualquer norma jurídica depende exclusivamente da atuação dos legisladores, mediante aprovação por maioria simples e sem a presença de limites jurídicos às reformas implementadas. A própria Constituição<sup>19</sup>, por exemplo, pode ser alterada pelo Parlamento sem a necessidade de um procedimento específico ou mais “difícil”, em razão da inexistência de um texto com hierarquia suprema e com poder “paralisante” em face do Legislativo ordinário.<sup>20</sup>

A teoria clássica da soberania do Parlamento parte de uma premissa completamente diversa daquela defendida pelo Constitucionalismo norte-americano. A ideia central deste sistema é a concepção do Parlamento como a autoridade legal suprema, dotada de competência ilimitada para criar ou revogar normas jurídicas a qualquer tempo.<sup>21</sup> Assim, e diante da ausência de um parâmetro constitucional de hierarquia diferenciada, as Cortes não podem anular uma lei regulante aprovada pelo Parlamento (*statute law*). Da mesma forma, o próprio Legislativo não pode impedir que as leis por ele criadas sofram modificações promovidas pelas legislaturas futuras. Tem-se, desta feita, uma ampla liberdade do Parlamento no exercício da função legislativa. Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 56), “a 'soberania do Parlamento' exprimirá também a ideia de que o

---

<sup>19</sup> Cabe ainda esclarecer que a Constituição do Reino Unido é muitas vezes referida como uma Carta não escrita. No entanto, tal afirmação não é inteiramente correta, posto que há muitas normas constitucionais britânicas que já estão positivadas através de leis escritas aprovadas pelo Legislativo (*statute law*) convivendo com outras normas puramente costumeiras. Na verdade, o correto é referir-se à Constituição do Reino Unido como parcialmente escrita, mas não codificada, por não se encontrarem as normas constitucionais reunidas em um único diploma Legislativo.

<sup>20</sup> Assim, nos sistemas clássicos de soberania parlamentar as normas constitucionais não estão em um patamar formal superior à lei, podendo, por conseguinte, sofrer modificações (revogação, emendas, revisões) pelo mesmo processo empregado para a emenda ou revogação das leis ordinárias. Paulo Bonavides descreve esta característica como sendo um traço próprio das Constituições flexíveis. Diz ele que “país típico de Constituição flexível é a Inglaterra, onde as partes escritas de sua constituição podem ser juridicamente alteradas pelo Parlamento com a mesma facilidade com que se altera a lei ordinária” (BONAVIDES, 2013, p. 87).

<sup>21</sup> Como já foi referido e diferentemente do modelo norte-americano, não há no clássico sistema de soberania parlamentar um texto normativo escrito com posição hierárquica formalmente superior e imune à alteração promovida pelo legislador ordinário. Tem-se uma Constituição, mas de caráter flexível.

'poder supremo' deveria exercer-se através da forma de lei do Parlamento. Esta ideia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*.”

Em um cenário como este, a concepção dos poderes conferidos ao Judiciário é completamente diversa daquela própria do constitucionalismo norte-americano ou germânico-austriaco. Como bem explanam John Ferejohn e Pasquale Pasquino (2002), regimes de supremacia parlamentar compreendem o poder Executivo e os Tribunais como subordinados ao Poder Legislativo. A noção de *judicial review of legislation* é, por este motivo, completamente estranha, posto que os juízes não têm competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.<sup>22</sup> Como regra geral, os regimes de supremacia parlamentar formulam um “controle de constitucionalidade” apenas na esfera do próprio poder Legislativo,<sup>23</sup> cabendo ao Poder Judiciário a função de interpretar a lei, mas nunca de declará-la inconstitucional.

Gomes Canotilho explicita que o controle de constitucionalidade de natureza política (e não jurisdicional) é uma característica “típica da doutrina da soberania do Parlamento inglês. A posição paradigmática de Blackstone merece ser referida: *‘The Power of Parliament is absolute and without control.’*” (CANOTILHO, 2003, p. 897).<sup>24</sup>

Como se vê, a teoria da clássica supremacia parlamentar defende que o Legislativo deverá ser o local, por excelência, da solução das controvérsias constitucionais, possuindo a última palavra sobre as questões de direito.<sup>25</sup> Nisto, coloca-se em situação

---

<sup>22</sup> No modelo inglês isto fica bem claro, tanto que, até 2009, a cúpula do Poder Judiciário britânico era, na verdade, o próprio Parlamento (*House of Lords*). Desta feita, até então cabia ao Parlamento, em última instância, decidir sobre questões constitucionais e com caráter vinculativo a todos os Tribunais inferiores.

<sup>23</sup> Deve ser ressaltado que não existe ligação direta entre regime de governo parlamentar e soberania do Parlamento. É claramente possível a existência de regimes parlamentaristas onde exista uma constituição soberana, com restrições à reforma ou emenda de seus termos pelo Parlamento e com reconhecimento de uma *judicial review* forte. Neste sentido, Anthony D. Bradley e Cesare Pinelli (2012, p. 652) explicam que “we must emphasize that there is no necessary connection between parliamentarism and parliamentary sovereignty. As mentioned in the previous paragraph, constitution that are founded on parliamentarism often provide for judicial review of legislation and a special procedure for constitutional amendment.”

<sup>24</sup> Para melhor desenvolvimento sobre a posição de Blackstone acerca da soberania do Parlamento, leia-se o artigo “*Sovereignty and Liberty in William Blackstone's ‘Commentaries on the Laws of England’*” de Howard Lubert (2010).

<sup>25</sup> “Under the latter [legislative supremacy], the legislature is not legally limited at all; its legislative acts constitute the highest form of law known to the legal system; there are no laws that it cannot by ordinary majority amend or repeal; and no other institution has the power to question the validity of any of its legislative acts.”(GARDBAUM, 2002, p. 718).

diametralmente oposta ao constitucionalismo norte-americano e germânico-austríaco, os quais conferem ao Poder Judiciário (e/ou às Cortes Constitucionais) a supremacia na análise da constitucionalidade dos atos normativos, ficando o Poder Legislativo alijado desta competência.

#### **4. A *strong-form judicial review***

Na maioria dos estudos de direito comparado sobre jurisdição constitucional, os pesquisadores costumam focar em dois aspectos principais: o tipo de controlo (difuso ou concreto, abstrato ou concentrado) ou a competência subjetiva para exercer este controlo (juiz singular ou Tribunais constitucionais). Contudo, no presente trabalho procura-se estudar um aspecto diverso dos sistemas de controlo da constitucionalidade, qual seja: a “força” das decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade de um ato legislativo, no sentido da existência (ou não) de mecanismos (e respectivo grau de dificuldade) de superação do pronunciamento judicial pelo Poder Legislativo.

Assim, observando os sistemas de *judicial review* de matriz norte-americana ou austro-germânica, pode afirmar-se que em tais modelos a decisão judicial em sede de controlo de constitucionalidade é praticamente uma decisão final, imodificável num curto espaço de tempo, sendo o Judiciário o responsável por definir o que é o direito da nação e geralmente com um amplo espectro de liberdade. Basta lembrar a famosa frase do Juiz Hughes nos Estados Unidos, ao dizer que “estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é, e o Judiciário é a salvaguarda da liberdade e da propriedade nos termos da Constituição.”<sup>26</sup>

É neste sentido que os sistemas de raízes norte-americanas e/ou germânico-austríacas são classificados como *strong-form judicial review* por Mark Tushnet (2003), Jeremy Waldron (2006) e Walter Sinnott-Armstrong (2003), por exemplo. Contudo, convém perguntar: o que é um sistema de *strong-form judicial review*? Quais são as suas

---

<sup>26</sup> Tradução livre. No original o texto do discurso proferido na Câmara de Comércio, Elmira, Nova Iorque em 03 de maio de 1907 é o seguinte: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution.*”(HUGHES, 2013, p. 137).

características?

Quanto à primeira pergunta, pode-se dizer que os *sistemas de controlo de constitucionalidade forte* são os modelos nos quais o Poder Judiciário (e/ou uma Corte Constitucional) detém a prerrogativa de impor aos outros *Poderes* a sua interpretação sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas jurídicas, só podendo haver a superação da decisão judicial por vontade do próprio Tribunal ou por um processo Legislativo difícil de emenda constitucional. Como bem descreve Tushnet (2008, p. 6), nos sistemas de *strong-form judicial review* as Cortes têm a autoridade geral para determinar o que a Constituição significa.<sup>27</sup> E, ainda mais importante, a interpretação constitucional das Cortes é autoritária e vinculativa para os outros *Poderes*, pelo menos num curto ou médio prazo.

Quando Tushnet escreve sobre a vinculatividade e autoridade da decisão judicial em um curto ou médio prazo (*in the short to medium run*), ele se refere ao fato de que, num sistema de *strong-form judicial review*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é um fato praticamente definitivo, irreversível. Isto porque os mecanismos à disposição do Poder Legislativo para eventual superação do entendimento judicial firmado no julgamento de inconstitucionalidade são inexistentes ou ineficazes.

Neste sentido, Walter Sinnott-Armstrong, professor da Universidade de Duke, explica que nos sistemas de *strong-form judicial review* existem apenas três formas de superar (*overturn*) a interpretação da Corte sobre a inconstitucionalidade de uma lei: a) a Corte modifica o entendimento por vontade própria; b) a Corte modifica a sua interpretação anterior em razão do desenvolvimento informal da *common law*; c) O legislador emenda a Constituição (SINNOTT-ARMSTRONG, 2003, p. 381).

Como se vê, todas as três opções são incomuns e difíceis de ocorrer. Nas duas primeiras, depende-se da vontade da própria Corte, de modo que o Poder Legislativo não possui qualquer meio para interferir ou promover tais hipóteses. Na última possibilidade

---

<sup>27</sup> “In *strong-form judicial review*, the courts have general authority to determine what the Constitution means.” (TUSHNET, 2008, p. 6).

(emenda constitucional) a maioria dos sistemas possui dificuldades procedimentais para emenda da Constituição tão grandes que praticamente inviabilizam uma atuação legislativa nestes termos.

Assim, nos sistemas de *strong-form judicial review* as decisões das Cortes em matéria de inconstitucionalidade das leis são manifestações finais (última palavra), as quais dificilmente podem ser modificadas pelo Poder Legislativo. Desta feita, a interpretação constitucional que prevalece é sempre (ou quase sempre) aquela definida pelo Poder Judiciário, não obstante eventual interpretação constitucional razoável feita pelo Legislativo através da lei e em sentido diverso. Quando a Corte entende ser inconstitucional uma determinada norma, esta decisão terá que ser seguida pelo Legislativo e pelos demais agentes públicos e privados<sup>28</sup> (vinculatividade), não havendo mecanismo hábil para a superação do entendimento judicial de forma relativamente rápida ou média-rápida. Caso o Legislativo crie uma outra lei no mesmo sentido, o Judiciário certamente a invalidará mais uma vez.

Nestes casos, excluídas as hipóteses em que o próprio Tribunal modifica o entendimento anterior, os sistemas de *strong-form judicial review* oferecem como única “válvula de escape” o caminho da emenda constitucional, o qual é, quase sempre, muito difícil de ser adotado, seja por limitações materiais, seja por limitações procedimentais.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> “*Strong-form systems of judicial review have two elements: First, judicial review is comprehensive so that judges with the power to determine constitutionality have the power to determine the constitutionality of every (or nearly every) action by the legislature and the executive. Second, judicial review is binding on all branches, in the sense that nonjudicial actors feel a duty to conform their action to the constitutional interpretations offered by the courts even when the nonjudicial actors are not immediately subject to coercive sanctions from the courts*” (TUSHNET, 2004, p. 260).

<sup>29</sup> Imagine-se o seguinte exemplo: em um determinado País, o Poder Legislativo aprova uma norma dizendo que apenas podem exercer a profissão de jornalista pessoas que possuem formação acadêmica na área de comunicação social. No entanto, alguém contesta judicialmente a referida norma, a qual é submetida à apreciação da Corte Constitucional. Ao analisar a demanda, a Corte entende que a lei criada pelo Legislativo é inconstitucional por ser incompatível com uma disposição da carta constitucional que garante a livre iniciativa profissional. Diante desta decisão, o pronunciamento judicial vai substituir a lei, retirando a validade desta e afastando-a completamente do ordenamento jurídico. Nesta hipótese, apenas duas alternativas restam ao Poder Legislativo: a) acatar a decisão judicial e concordar com a retirada da norma do ordenamento jurídico; ou b) emendar a constituição, revogando ou modificando o dispositivo constitucional que garante a livre iniciativa profissional. Contudo, o problema desta solução é que o procedimento de emenda constitucional é, em regra, muito difícil do ponto de vista prático, o que, quase sempre, inviabiliza a movimentação do Legislativo no sentido de modificar a Constituição. Assim, na grande maioria das vezes, não obstante a discordância do legislador, prevalecerá o entendimento judicial ainda que a opinião do Legislativo seja igualmente razoável.

No caso específico dos Estados Unidos da América, por exemplo, a Suprema Corte possui o poder de afastar do ordenamento jurídico as leis que entender incompatíveis com a Constituição. Ao Congresso cabe apenas uma dentre duas opções: a) acatar a decisão de inconstitucionalidade; b) aprovar uma emenda constitucional que modifique o dispositivo utilizado como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

Contudo, como já explanado, a opção pela emenda constitucional não é fácil. No sistema constitucional norte-americano, por exemplo, os requisitos procedimentais para emenda do texto constitucional são demasiadamente rigorosos (assim como em todos os modelos de *strong-form judicial review*) e estão previstos o artigo V da Constituição dos Estados Unidos da América. Nos termos de tal dispositivo, o Congresso poderá propor emendas constitucionais quando achar conveniente, mas necessitará da anuência de dois terços dos membros de ambas as casas legislativas. Também poderão ser propostas emendas constitucionais se a legislatura de dois terços dos Estados federados assim o desejar, situação em que será convocada uma convenção para propositura das emendas. Entretanto, as emendas constitucionais só serão válidas se, depois de aprovadas pelo Congresso, forem devidamente ratificadas. A ratificação depende da anuência pelas legislaturas de três quartos dos Estados federados ou por convenção reunida para este fim, em três quartos deles.

Como claramente se percebe, o procedimento para a provação de emendas constitucionais no direito norte-americano é rigorosíssimo, o que praticamente inviabiliza a superação (via emenda constitucional) das decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte, corroborando o *status* de *strong-form judicial review* do sistema norte-americano e a definitividade das decisões proferidas pelo Judiciário.

## **5. *Weak-form judicial review* na *Commonwealth* – o novo constitucionalismo da comunidade britânica.**

Estes dois polos contrastantes já apresentados – supremacia do Parlamento e

constitucionalismo *strong-form judicial review*, são teorias que, até então, pensavam-se inconciliáveis e excludentes.<sup>30</sup> Caberia ao sistema constitucional de cada país optar por um ou por outro modelo, admitindo as vantagens e desvantagens inerentes à cada opção. Como já se falou, desde 1945 o caminho adotado pela maioria dos países foi a instituição de sistemas de soberania judicial (*strong-form judicial review*) seja com *design* predominantemente norte-americano, germânico-austriaco, ou uma mescla de ambos (tal como Portugal e Brasil). Alguns outros poucos países (sobretudo na área de influência da *Commonwealth*) permaneceram fiéis ao sistema de soberania parlamentar.

Entretanto, entre 1982 e 1998, três países da comunidade britânica sofreram interessantes modificações nos seus arranjos jurídicos que os afastaram do modelo clássico e puro de soberania parlamentar até então vigente, mas que, diferentemente de outros países, não os conduziram para uma solução semelhante ao modelo norte-americano. Tais mudanças ocorridas no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido tinham por objetivo promover maior proteção jurídica dos direitos fundamentais para além do que é possível em um sistema de soberania parlamentar tradicional, mas sem que isto significasse a instituição de um sistema de soberania judicial.<sup>31</sup> Como afirma Stephen Gardbaum (2002, p. 710), “*the experiment by these three Commonwealth countries to transcend Marshall's law of the excluded middle and to reconcile what the dominant paradigm posits as incompatible values is obviously an interesting and important one, for if successful it would create analytical and practical space in domestic and comparative constitutional law that was generally thought not to exist.*”

A experiência trouxe, na verdade, modelos híbridos e que buscam uma solução alternativa para o controlo de constitucionalidade das leis.<sup>32</sup> Nestes modelos, embora os

---

<sup>30</sup> “*What if democratic processes produce policies that are arguably inconsistent with the constitution's limits? Two means control were candidate from the early nineteenth century until the late twentieth century. The first was parliamentary supremacy – which allowed for democratic self-governance – surrounded by some institutional constraints on power-holders and many more normative ones. The second was judicial review, that is, the creation of a separated institution, removed from the direct influence of politics and staffed by independent judges charged with the job of ensuring that the legislature remained within constitutional bounds.*” (TUSHNET, 2008, p. 19).

<sup>31</sup> O caminho trilhado foi o da dupla negação: por um lado, a negação expressa de um modelo de controlo de constitucionalidade forte (*strong-form judicial review*) tal como o presente na maioria das nações ocidentais, mas por outro lado a igual negação de um sistema de pura e incontrolável liberdade legislativa do Parlamento.

<sup>32</sup> Nas palavras de Mark Tushnet, (2008, p. 24) “*weak-form systems of judicial review are systems of*

Tribunais recebam amplos poderes para proteger direitos, o controlo *final* da constitucionalidade das normas continua afastado dos juizes, posto que cabe aos Parlamentos a prerrogativa de proferir a última palavra em termos de constitucionalidade.<sup>33</sup>

Os novos modelos instituídos pelos países da comunidade britânica possuem diferenças importantes em relação aos sistemas que têm por base o *design* constitucional norte-americano e/ou germânico-austriaco, de modo que é bastante útil a proposta da doutrina norte-americana de nomear estes arranjos como *weak-form judicial review* (em oposição aos modelos de *strong-form judicial review*). Isto porque, diferentemente dos sistemas de *controlo de constitucionalidade forte*, na *weak-form judicial review* existem mecanismos que permitem ao legislador ordinário, não obstante o pronunciamento contrário do Poder Judiciário, afastar a decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade da lei e manter ativa a norma impugnada, de modo mais fácil e rápido. Nas palavras de Tushnet (2003, p. 2786) “*weak-form systems have the power to evaluate all legislation to determine whether it is consistent with all of the constitution's provisions without exception. Rather, the mark of weak-form review is that ordinary legislative majorities can displace judicial interpretations of the constitution in the relatively short run.*”

Assim, cabe estudar brevemente cada um destes modelos, para, ao final, desenvolver uma análise quanto à pertinência ou não das soluções propostas por eles.

---

*judicial review, thereby ensuring that the overall constitutional orders in which they are embedded satisfy the requirements of contemporary constitutionalism. But, in weak-form systems, judicial interpretation of constitutional provisions can be revised in the relatively short term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process.*”

<sup>33</sup> Resumidamente, pode-se dizer que as características que separam os modelos de *weak-form judicial review* dos congêneres são as seguintes: a) existência de uma Carta de direitos sem caráter supremo; b) previsão de mecanismos diversos que conferem poder às Cortes para, de algum modo, compatibilizar a legislação e os direitos previstos na Carta de direitos; c) a prevalência de mecanismos formais que conferem ao Legislativo o poder de ter a última palavra sobre o que é o direito, através do voto da maioria ordinária do Parlamento. As duas primeiras características gerais afastam a *weak-form judicial review* da supremacia do Parlamento, ao passo que a última característica a afasta da supremacia judicial (GARDBAUM, 2010, p. 169). Tais elementos serão estudados de forma mais detalhada ao longo do trabalho.



## 5.1. O modelo canadense

### 5.1.1. A *Canadian Bill of Rights de 1960*

O Canadá esteve durante quase toda a sua história jurídica sob a égide da doutrina da supremacia parlamentar. Nos termos do *British North America Act* de 1867,<sup>34</sup> o poder Legislativo canadense era exercido coletivamente entre os Parlamentos provinciais e o Parlamento federal, com prerrogativas semelhantes às que o Parlamento de *Westminster* possuía em terras britânicas. O Poder Legislativo era juridicamente ilimitado, não possuindo os Tribunais competência para anular as normas aprovadas pelos legisladores<sup>35</sup> (GARDBAUM, 2002, p. 719).

Contudo, em 1960, foi instituída pelo Parlamento federal do Canadá uma declaração de direitos denominada *Canadian Bill of Rights*. Tal norma prescrevia uma série de direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à segurança pessoal, ao devido processo legal, etc., sem qualquer discriminação em razão da raça, nacionalidade, sexo ou religião.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Como explica Edward McWhinney (1971, p. 219), “*el término 'Constitución Canadiense', en su acepción común, designa únicamente un documento, la Carta Constitucional de la Confederación Canadiense adoptada en 1867, la cual fue empleada para regular las relaciones entre las antiguas unidades gobernadas local o regionalmente del entonces Imperio Colonial Británico, localizadas dentro del área geográfica del Canadá, y la nueva autoridad central o federal establecida en los términos de dicha Carta. La Carta de 1867 es conocida oficialmente, en forma no muy elegante, como la British North America Act de 1867. Ésta era, de acuerdo a su forma y orígenes jurídicos, un estatuto promulgado por el Parlamento Británico en Londres.*” Adicionalmente, o *Constitution Act* de 1982 foi incorporado à Constituição Canadense, contendo várias emendas ao *British North America Act* de 1867 e o texto da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982 (o qual também passou a fazer parte da Constituição). Ademais, A Suprema Corte do Canadá decidiu que esta lista não é exaustiva, incluindo no texto constitucional um número de diplomas pré-confederativos e componentes não escritos (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia* [1993] 1 S.C.R. 319).

<sup>35</sup> Gardbaum explica que apenas no caso da lei atingir o federalismo ou a competência (*allocative*) do poder Legislativo (provincial ou federal) é que seria admitido um questionamento judicial da norma em si. (GARDBAUM, 2002, p. 719).

<sup>36</sup> “*Canadian Bill of Rights – Part I- Bill of Rights- 1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, (a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law; (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law; (c) freedom of religion; (d) freedom of speech; (e) freedom of assembly and association; and (f) freedom of the press.*”

A *Canadian Bill of Rights* previa que todas as leis do Canadá deveriam ser construídas e aplicadas de modo a não ab-rogar, infringir ou autorizar a abrogação ou lesão de quaisquer dos direitos e garantias por ela reconhecidos e declarados. Assim, a *Canadian Bill of Rights* instituiu uma espécie de obrigação interpretativa para os juízes e para os legisladores: todas as normas deveriam ser criadas e interpretadas de modo plenamente compatível com os direitos fundamentais nela previstos, gerando, desta forma, um dever de prevalência axiológica dos direitos fundamentais em todo o ordenamento canadense

No entanto, para não limitar completamente o poder do Parlamento, a *Canadian Bill of Rights* permitia que o legislador, caso desejasse, pudesse instituir normas contrárias aos direitos previstos na carta de direitos. Contudo, para que o Parlamento pudesse instituir tais normas incompatíveis com a *Canadian Bill of Rights*, seria necessária a aprovação da lei com uma manifestação expressa afirmando que as normas valeriam não obstante (*notwithstanding*) a incompatibilidade com a *Canadian Bill of Rights*.

Assim, de logo, a *Canadian Bill of Rights* criou um esforço político maior para que o Parlamento pudesse aprovar normas que fossem incompatíveis com a carta de direitos. Tal esforço (a edição expressa de uma cláusula *notwithstanding*) poderia, em muitos casos, não ser conveniente ao Parlamento, em razão da exposição política que poderia gerar diante dos eleitores e dos demais *Poderes*. Desse modo, a *Canadian Bill of Rights* consagrou um instrumento adicional de proteção dos direitos fundamentais, sem que para isto fosse necessário eliminar completamente o poder do Parlamento de decidir, em última instância, sobre as questões de direitos.

Cumprir observar, como bem ressalta Stephen Gardbaum (2002, p. 720), que a *Canadian Bill of Rights* não especificava o que os Tribunais poderiam fazer se diante da ausência de uma declaração expressa de *notwithstanding* por parte do Parlamento, uma norma não puder ser interpretada ou aplicada de forma consistente com os direitos previstos na *Bill of Rights*. Ou seja, poderia, nestes casos, o Tribunal invalidar a lei incompatível?

No julgamento do caso *The Queen v. Drybone*,<sup>37</sup> a Suprema Corte do Canadá declarou (com uma maioria apertada de cinco votos a quatro) que uma lei seria inoperante (*inoperative*) caso não pudesse ser interpretada de forma consistente com um direito protegido na *Canadian Bill of Rights* e não houvesse uma declaração parlamentar expressa de aplicação da norma incompatível, ou seja, “*in absence of an express parliamentary override*” (GARDBAUM, 2002, p. 720). Na oportunidade, o Tribunal entendeu inoperante uma disposição da Lei dos Índios de 1952, a qual considerava crime, apenas para índios, o fato de apresentar-se embriagado fora da reserva indígena. A Suprema Corte decidiu que a norma era conflitante com o direito à igualdade, previsto na *Canadian Bill of Rights*, por não sujeitar à mesma previsão os não-índios.

Isso confirma que o entendimento da Corte Suprema foi sedimentado no sentido da possibilidade de uma lei deixar de ser aplicada no caso de ser incompatível com a *Canadian Bill of Rights* (e, obviamente, não haver uma cláusula Parlamentar expressa de *notwithstanding*). Como se vê, foi um grande avanço em termos de proteção de direitos fundamentais através da positivação de direitos e também uma limitação sensível à ampla liberdade legislativa do Parlamento canadense.

Contudo, a prática demonstrou que a *Canadian Bill of Rights* tornou-se, no mais das vezes, inefetiva. Primeiro em razão da própria Corte Suprema canadense ainda ter permanecido (na maioria das oportunidades) exageradamente ligada ao antigo princípio da soberania parlamentar, não fazendo uso da prerrogativa de tornar mais efetivos os direitos protegidos. Segundo, em razão da adoção pela Corte da *teoria dos conceitos congelados*, segundo a qual a interpretação da *Canadian Bill of Rights* deveria ser realizada de modo a entendê-la como mera compilação dos direitos costumeiros já existentes em 1960, não tendo a Carta criado qualquer direito novo ou decorrente daqueles. Neste diapasão, Stephen Gardbaum (2002, p. 720) afirma que “*overall, and notwithstanding this single decision, the CBOR [Canadian Bill of Rights] is almost universally thought to have been ineffective because of the courts' tendency to interpret its impact and their power through the traditional lens of parliamentary sovereignty, thereby limiting the scope and*

---

<sup>37</sup> *The Queen v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282. O conteúdo completo da decisão pode ser acessado no sítio eletrônico da Suprema Corte do Canadá, em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2722/index.do>

*effectiveness of the rights protected. Thus, whether or not they agreed that courts were empowered to invalidate inconsistent statutes, many judges diluted the CBOR by adopting the so-called "frozen concepts theory," which interpreted it as merely codifying the existing (largely common law) rights of citizens as they stood in 1960 and not creating any new ones."*

Em suma, não obstante a decisão em *The Queen v. Drybone* ter parecido inicialmente o impulso necessário para o afastamento da clássica teoria da soberania parlamentar e um reforço do papel do Poder Judiciário no direito canadense (com a criação de uma nova espécie de equilíbrio de forças entre Judiciário e Legislativo), a maioria dos juízes não “incorporou” a ideia e continuou fixada à concepção de que os direitos previstos na *Canadian Bill of Rights* não teriam força normativa para limitar significativamente o princípio da soberania parlamentar. Entendeu a maioria que a *Bill of Rights* nada mais seria do que uma condensação dos direitos já reconhecidos e existentes na época, comportando-se como mero catálogo de “conceitos congelados” no tempo (*frozen concepts theory*) não gerando novos direitos subjetivos “para a frente” e nem limitando a vontade do legislador.

Tal interpretação, em última análise, retirou a força normativa que se esperava da *Bill of Rights*, sobretudo diante das expectativas geradas após o julgamento em *The Queen v. Drybones*. Neste sentido, já em 1974, a própria Suprema Corte canadense pareceu “sepultar” a *Canadian Bill of Rights* no caso *Robinson Attorney General v Lavell, Issac v Bedars*. No referido julgamento a Corte analisou se haveria ofensa ao princípio da igualdade (previsto na Seção 1 (b) da *Canadian Bill of Rights*) pela Seção 12 (1) (b) da Lei dos Índios, a qual prescrevia que os homens que casassem com mulheres não-índias manteriam o estatuto de índio, mas se uma mulher índia casasse com um homem não-índio, esta perderia o respectivo estatuto legal não podendo mais ser considerada índia pela lei (MCCOLGAN, 2014, p. 50). Ao final, a Suprema Corte do Canadá preferiu dar deferência ao comando parlamentar, mantendo em vigor a disposição normativa, não obstante o claro conteúdo discriminatório e a ofensa direta ao direito à igualdade previsto na *Canadian Bill of Rights*.

Além disto, a doutrina costuma referir que a *Canadian Bill of Rights* ainda possuía

três outras grandes fraquezas que contribuíram para a respectiva inefetividade: Primeiro, a aplicabilidade restrita às leis federais, posto que as províncias nunca lhe deram o assentimento necessário para vigorar plenamente; segundo, o fato da maioria dos juízes a ter visto como uma mera lei interpretativa; terceiro, ser reconhecida como uma mera lei ordinária, não fazendo parte da Constituição canadense (MCCONNELL, 1988).

### **5.1.2. A *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982**

Não obstante a *Canadian Bill of Rights* de 1960 não ter gerado toda a eficácia que se esperava, ela lançou as bases para uma nova ideia de constitucionalismo no Canadá, onde se buscava limitar, até certa medida, a soberania do Parlamento, mas sem que isso significasse a adoção do modelo de constitucionalismo existe no país vizinho do sul. Tal perspectiva foi confirmada com a aprovação, em 1982, da *Canadian Charter Of Rights and Freedoms* (CCORF), a qual repetiu várias disposições da *Bill of Rights* de 1960, mas com consideráveis acréscimos e avanços.

A *Canadian Charter Of Rights and Freedoms*, doravante denominada CCORF, foi promulgada como parte da Constituição do Canadá, nos termos do *Constitution Act* de 1982, somando-se ao já existente texto do *British North America Act* de 1867. Tais diplomas, juntos, formam o núcleo da parte escrita da Constituição Canadense.

O *Constitution Act* de 1982 foi o diploma legislativo que promoveu a “repatriação” da Constituição Canadense, desvinculando-a do Parlamento britânico. Neste processo, foi importante a figura do então primeiro-ministro Pierre Trudeau. O objetivo de Trudeau era a instituição no Canadá de uma *carta de direitos* com *status* plenamente constitucional, a semelhança do modelo norte-americano. Entretanto, cientes do intento do primeiro-ministro federal, vários primeiros-ministros provinciais opuseram-se às pretensões de Trudeau, rejeitando o abandono da tradicional doutrina da soberania parlamentar, bem como a submissão a direitos nacionalizados (GARDBAUM, 2002, p. 176). Neste contexto, a solução encontrada para conciliar os interesses conflitantes em jogo foi a inclusão de uma cláusula “relativizadora” na Seção 1 e uma cláusula *notwithstanding* (cláusula “não

obstante”) na Seção 33, a semelhança daquela já presente na *Canadian Bill of Rights* de 1960.

A cláusula relativizadora presente na Seção 1 da CCORF prescreve que os direitos garantidos pela Carta são sujeitos às limitações que se demonstrem justificadas numa livre e democrática sociedade. Assim, a própria CCORF prevê a possibilidade jurídica de limitação dos direitos nela previstos em situações específicas nas quais o Legislativo demonstre a necessidade concreta. Tal dispositivo relativiza a força da Carta, permitindo restrições aos direitos fundamentais, com o objetivo de conferir um certo grau de liberdade ao legislador. *“In principle, all the guaranteed rights, and certainly all those couched in unqualified terms, can be limited by a law that meets the standards judicially prescribed for section 1 justification”* (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 84).

Com o uso da Seção 1 da CCORF, o legislador pode responder a uma decisão judicial de inconstitucionalidade demonstrando que há uma melhor justificação para a lei do que aquela pensada pelo Judiciário. Neste sentido, pode o legislador basicamente reeditar a lei invalidada, mas inserindo no preâmbulo da norma uma justificação para o dissentimento com o Judiciário, que pode, por exemplo, ser apoiado no entendimento dos juízes que foram vencidos no julgamento da Corte. Tal atuação, ou seja, reedição (com base na Seção 1) de uma nova lei com o mesmo conteúdo de uma norma já declarada inconstitucional pela Corte, é o que a doutrina Canadense denomina de *“in-your-face response”* (TUSHNET, 2008, p. 44).

Já a cláusula *notwithstanding* restou inserida na Seção 33 da CCORF.<sup>38</sup> Segundo os termos ali contidos, os Parlamentos federal ou provinciais podem declarar que uma disposição normativa irá operar e produzir efeitos jurídicos, não obstante eventual conflito com direitos previstos na CCORF. Esta declaração deverá ser expressa e estar contida num ato do Parlamento federal ou provincial, conforme o caso. Os efeitos desta “imunização” cessam no prazo de cinco anos ou em prazo menor se assim definido no ato legislativo (item “C” da Seção 33), não obstante o item “D” permitir a reedição da medida

---

<sup>38</sup> *Section 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter*

“imunizadora” por igual período de cinco anos (ou menor prazo).

A legislação não prevê limitação quantitativa para reedições de uma cláusula *notwithstanding*, de modo que o Parlamento pode reeditar indefinidamente, a cada cinco anos, a medida imunizadora. Cabe observar que o prazo de cinco anos não foi escolhido aleatoriamente, tendo, na verdade, uma significação política especial. Isso se dá porque no Canadá as eleições gerais (federais, provinciais e territoriais) ocorrem a cada cinco anos, assim, uma cláusula *notwithstanding* aprovada por uma composição legislativa anterior será necessariamente submetida à apreciação dos novos componentes do Parlamento, os quais podem optar por deixar o prazo da medida imunizadora se esvaír ou reeditar a cláusula *notwithstanding*, assumindo, desta feita, sua própria responsabilidade política pelo ato.

Como se vê, a Seção 33 da CCORF deferiu aos Paramentos canadenses a possibilidade de editar normas que sejam incongruentes com os direitos fundamentais previstos nas Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 da própria CCORF, exigindo, no entanto, a aprovação de uma cláusula *notwithstanding*. Assim, o que há de diferente entre a CCORF e a *Canadian Bill of Rights*? O que poderia transformar a CCORF num diploma mais efetivo do que a anterior *Canadian Bill of Rights*?

O que se percebe, logo de início, é que a CCORF introduziu no sistema jurídico do Canadá um distanciamento mais profundo da antiga teoria da supremacia parlamentar e uma relativa aproximação do modelo norte-americano. Isto fica evidente ao se observar que, conforme acima já explanado, a CCORF ingressou no sistema jurídico canadense como parte da Constituição (e não como uma lei ordinária). Ademais, isso não teria importância se não fossem os termos da Seção 52 do *Constitution Act* de 1982, a qual dispõe que “*the Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*”, ou seja, a Seção 52 introduziu uma superioridade hierárquica à Constituição canadense, dispondo que qualquer lei que com ela fosse incompatível não teria força nem efeito.

Em segundo lugar, a Constituição prevê um procedimento diferenciado, mais rígido, para a modificação das suas cláusulas escritas. Como bem explana Gardbaum (2002, p. 722), a Constituição está fortificada (*entrenched*) e só poderá ser emendada se observado o procedimento previsto na Seção 38-49 do *Constitution Act*. A fórmula geral requer o consentimento de ambas as casas do Parlamento federal e, ao final, aprovação de dois terços das províncias contendo, no mínimo, cinquenta por cento da população de todas as províncias canadenses.<sup>39</sup> A partir disto, com a “ascensão” da Constituição a um patamar jurídico superior, o Poder Judiciário parece ter recebido um papel muito importante, qual seja, controlar a compatibilidade da legislação com os direitos constitucionalizados, inclusive tornando a legislação, no que for incompatível, sem efeito.

Não obstante a ausência de disposição expressa neste sentido, a interpretação conjunta da Seção 52 já referida e da Seção 24 (1), a qual declara que “*anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances*”, leva a crer que a Suprema Corte possui o poder de afastar leis incongruentes com os direitos e liberdades fundamentais previstos na CCORF.

Como se vê, estas características adotadas apontam inicialmente para um modelo semelhante ao constitucionalismo norte-americano, com “(1) direitos fundamentais alçados ao *status* de lei suprema; (2) fortificados contra emendas ou revogações por maiorias legislativas ordinárias; e (3) protegidos / aplicados pelas Cortes com poderes de *judicial review*”<sup>40</sup>

Contudo, conforme já referido, a instituição de um sistema semelhante ao norte-americano (ou seja, uma *strong-form judicial review*) não agradou boa parte dos políticos das províncias canadenses, os quais resistiam ao abandono do princípio da soberania parlamentar. Desta forma, para atender aos anseios dos defensores da soberania do

---

<sup>39</sup> O procedimento completo para emenda da Constituição encontra-se descrito na parte V do *Constitutional Act* de 1982.

<sup>40</sup> O trecho citado é uma tradução livre da passagem do artigo de Gardbaum (2002, p. 723). No original: “(1) *fundamental rights enjoying the status of supreme law, (2) entrenched against amendment or repeal by ordinary legislative majority, and (3) enforced by courts granted the power of judicial review.*”



Parlamento, inseriu-se no texto do *Constitutional Act* a Seção 33 e a Seção 1, as quais retiram dos Tribunais o poder de proferir a última palavra em termos de controlo de constitucionalidade, mantendo tal prerrogativa nas mãos do Legislativo.

Assim, diferentemente do sistema norte-americano (onde a Suprema Corte decide, em última instância, se uma legislação é ou não compatível com a Constituição, podendo, em caso de inconstitucionalidade, retirar a norma do ordenamento jurídico, não havendo opções “factíveis” para o Poder Legislativo ordinário superar a decisão judicial) no modelo canadense há mecanismos que permitem ao legislador suplantar (*override*) a decisão judicial de forma relativamente simples. Como afirma Gardbaum (2002, p. 724) “*As intended by those who insisted on its inclusion as the price of consenting to the constitutionalizing of the Charter rights, the override provision would preserve at least that essential and core element of parliamentary sovereignty which grants to legislatures (rather than courts) the ultimate power to determine whether or not an enactment is the law of the land.*”

Neste sentido, o modelo canadense é uma terceira via (intermediária) entre a soberania parlamentar e a soberania judicial, propondo um sistema com direitos e deveres constitucionalizados e de hierarquia superior, mas com limites formais ao poder dos Tribunais de proferir a última palavra em termos de controlo de constitucionalidade. Do ponto de vista institucional, a ideia é instituir mecanismos de diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, com benefícios claros para a democracia. Neste ponto, Gardbaum (2002, p. 724) afirma que “*whereas Charter rights are constitutionally presumed to prevail where they conflict with a legislative enactment, that presumption may be expressly rebutted by a legislature acting by ordinary majority, creating a role for both courts and elected representatives in balancing rights against other societal claims.*”

Além do mais, politicamente, o Legislativo necessita de um maior diálogo com a sociedade (em comparação ao anterior sistema de soberania parlamentar) para instituir limitações aos direitos previstos na Carta, sobretudo diante da necessidade da cláusula *notwithstanding* ser empregada expressamente pelo Parlamento, o que, certamente, chama a atenção dos indivíduos para os interesses em discussão. Assim, é esperado que o uso da

Seção 33 seja politicamente custoso para o legislador, forçando uma discussão profunda sobre direitos fundamentais e sobre as razões para a introdução de limitações legislativas aos direitos previstos na CCORF, promovendo-se, desta forma, um diálogo entre as Cortes, o legislador e os indivíduos cujos direitos fundamentais possam ser atingidos pela atuação do Parlamento. Sobre isto, Gardbaum (2002, p. 724) diz que “*it was to be expected that use of Section 33 by a legislature would be politically costly rather than routine, forcing principled discussion and justification on the merits before alerted voters would likely accept limitations on their rights. In this way, beneficial dialogue between courts and legislatures would replace the American model's judicial monologue. Checks and balances would be imported into the very function of rights protection.*”

Um ponto interessante é definir se a cláusula *notwithstanding* pode ser utilizada pelo Parlamento de forma preventiva ou se apenas poderá ser editada pelo Legislativo após uma eventual declaração de inconstitucionalidade formulada pelo Tribunal. Na *imunização preventiva*<sup>41</sup> o legislador, logo após (ou concomitantemente) à aprovação da lei em tese incompatível com a CCORF, já poderia “imunizar” a norma jurídica, mediante a edição da cláusula *notwithstanding*, o que impediria, desde logo, a retirada de efeitos da norma por parte dos Tribunais. Por outro lado, na segunda hipótese, que pode ser chamada de *imunização posterior*, o Parlamento deveria esperar eventual declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal, para só então editar a cláusula *notwithstanding* “reativando” a norma declarada inconstitucional pela Corte.

A imunização preventiva seria benéfica ao legislador, posto que já protegeria, *a priori*, a norma de eventual censura judicial. Entretanto, tal conduta impediria o diálogo institucional entre o Judiciário e o Parlamento, posto que a vontade inicialmente expressa pelo legislador não poderia sequer ser levada à apreciação por outro Poder. Ademais, é óbvio que o Parlamento, sempre que aprova uma norma, acredita que esta seja compatível com os direitos previstos na Carta. Uma imunização preventiva apenas serviria para impedir o diálogo que a própria CCORF parece querer criar. Acrescente-se que o

---

<sup>41</sup> Mark Tushnet (2003, p. 819) diz o seguinte: “*legislatures can invoke section 33 prospectively that is, before the courts have indicated that the new statute is inconsistent with the courts' interpretation of Charter rights- or after the courts have acted.*” Como se vê, Tushnet utiliza a expressão *prospectively* no sentido de uso prospectivo da medida. Neste trabalho, entretanto, preferiu-se chamar este fenômeno de *imunização preventiva*, por achar que esta expressão se adequa melhor ao sentido que aqui se refere no texto.

Parlamento sentir-se-ia tentando a imunizar *a priori* grande parte das normas, o que levaria, em última instância, a um sistema de plena soberania parlamentar, o que certamente não é a vontade da CCORF.

Desta forma, logicamente, o melhor entendimento é aquele que defende a possibilidade do uso da cláusula *notwithstanding* apenas após a existência de uma decisão judicial que declare a norma inconstitucional (*imunização posterior*). Assim, entendendo o Tribunal que uma determinada lei é contrária aos direitos e liberdade previstos e protegidos pela CCORF, abrir-se-ia a possibilidade do legislador expressar, através do uso da Seção 33, que não obstante (*notwithstanding*) a incompatibilidade jurídica entre a disposição normativa e os termos da Constituição canadense, esta norma continuaria a produzir efeitos.

Note-se que a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal seria o instrumento para chamar o Legislativo (e a própria população) para o diálogo. O Parlamento poderia concordar com o entendimento judicial e não se pronunciar, deixando a norma inconstitucional sem efeitos. Por outro lado, pensando de outra forma, o Parlamento teria a possibilidade (e a responsabilidade política) de afastar o entendimento judicial, proferindo a última palavra, mas obviamente sob a supervisão de toda a sociedade que já estaria em alerta quanto à incompatibilidade da norma com os preceitos constitucionais, em razão da decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade.

Entretanto, o julgamento do caso *Ford v. Quebec*<sup>42</sup> parece indicar que a Suprema Corte canadense admitiu a imunização preventiva, não obstante continuar possível o uso da Seção 33 posteriormente à uma decisão judicial de inconstitucionalidade (imunização posterior).

Na prática, a Seção 33 foi utilizada até hoje em poucas ocasiões. A primeira ocorreu logo após a promulgação do *Constitutional Act*. Na oportunidade, a Assembleia Nacional de Québec aprovou o projeto de lei n.º 62, com o objetivo claro de autoimunizar-se preventivamente contra a Carta Constitucionalizada. Como resposta à aprovação do *Constitutional Act* de 1982 sem o seu consentimento, Québec reeditou toda a legislação

---

<sup>42</sup> *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

provincial pré-existente, incluindo uma cláusula geral de *notwithstanding*, ou seja, prescrevendo que a legislação valeria não obstante as disposições das Seções 2 e 7 a 15 da Constituição do Canadá. Ademais, determinou a adição automática de uma cláusula *notwithstanding* para toda nova legislação (GARDBAUM, 2002, p. 179). Québec protagonizou outros usos, como exemplo na *Bill C-178*, intitulada “*Act to Amend the Charter of the French Language.*”

Fora de Québec, a Seção 33 só foi utilizada mais duas vezes. O primeiro se deu pela província de Saskatchewan, a qual fez valer a Seção 33 para proteger o projeto de lei 144, o qual forçava o retorno ao trabalho de servidores públicos que estavam em greve. O objetivo era suplantar uma decisão do Tribunal de Recursos da própria província, o qual havia afastado uma legislação similar sob o fundamento que a CCORF previa, implicitamente, o direito à greve. (GARDBAUM, 2002, p. 181).

Por fim, o último (e polêmico) uso da Seção 33 no Canadá ocorreu no ano de 2000, pela província de Alberta. No caso o Legislativo provincial aprovou o ato número 202, chamado *the Marriage Amendment Act*. Tal legislação reafirmou o conceito de casamento como a união entre um homem e uma mulher, proibindo os casamentos homoafetivos. O ato incluiu uma cláusula *notwithstanding*, protegendo a definição legislativa de casamento do *judicial review*. O Parlamento provincial incluiu a cláusula *notwithstanding* por medo da Suprema Corte canadense declarar inconstitucional a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, por ofensa ao direito à igualdade previsto na Seção 15 da CCORF. Esta foi a única vez que a Seção 33 foi utilizada para o engessamento de posições morais tradicionais. Contudo, ao final, esta medida imunizadora restou sem efeito, em razão da Suprema Corte ter decidido que a definição do conceito de casamento seria matéria reservada ao Legislativo federal, não sendo competência das províncias.

Na verdade, o pouco uso da Seção 33 parece ter ocorrido mais por questões de política interna do Canadá do que por questões jurídicas. O uso único e geral da cláusula *notwithstanding* feito por Québec parece ter criado um movimento inverso nas outras províncias, qual seja, quase nunca usar as disposições da Seção 33.<sup>43</sup> Stephen Gardbaum

---

<sup>43</sup> Hoog e Bushell dizem que, na prática, a Seção 33 tem se tornado relativamente menos importante

(2002, p. 726) cita uma convenção constitucional que “*appears to have arisen, at least with respect to Canada's other provinces and the federal Parliament, that the override provision should not be used at all.*”

No mais, o que se observa é um mal uso da Seção 33 nas poucas hipóteses em que foi aplicada. Como acima comentado, a utilização do instrumento na forma de *imunização preventiva* desvirtua os benefícios do instituto. Funciona apenas como um instrumento de afastamento da *judicial review* e exclusão da atuação de um ator importante na dialética dos direitos que é o Poder Judiciário, representando, na verdade, um indesejável regresso à teoria da supremacia parlamentar. Por outro lado, se o uso da medida se der através de uma imunização posterior o instrumento será bem-vindo e pode funcionar como um elemento de diálogo entre os poderes Judicial e Legislativo, sem, no entanto, retirar a última palavra das mãos do Parlamento, o que garante o caráter democrático do sistema.

No entanto, um grande destaque na aplicação da CCORF veio da mudança de postura da Corte Constitucional quanto à força da Carta. Como acima se falou, a jurisprudência canadense no âmbito da *Canadian Bill of Rights* de 1960 considerou esta última como uma mera compilação de direitos costumeiros existentes em 1960 (*frozen concepts theory*), o que lhe retirou efetividade. Entretanto, no âmbito da CCORF prevaleceu a teoria da “*living tree doctrine*”, segundo a qual a interpretação constitucional deve compreender que a Constituição muda e evolui ao longo do tempo, não obstante ainda reconhecer suas intenções originais.<sup>44</sup> Assim, a Corte Constitucional canadense passou a utilizar a CCORF como parâmetro de controlo de constitucionalidade, retirando efetividade, por vezes, de normas aprovadas pelo Parlamento, mas que conflitavam com

---

por causa do desenvolvimento de um clima político de resistência a seu uso. (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 83).

<sup>44</sup> Não obstante tal teoria ter ganhado força após a CCORF, o primeiro uso identificado ocorreu no caso *Edwards v Canada, de 1929*. Neste processo, conhecido como “*Persons Case*”, discutia-se o sentido da palavra “*persons*” no *Constitutional act* de 1897, que, até então, era entendido como referido apenas aos homens. A partir da opinião do Lord Sankey, o *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC) passou a compreender que o termo “*persons*” deveria incluir tanto homens quanto mulheres e que ambos eram elegíveis para as cadeiras do Senado canadense (JACKSON, 2011). Entendeu-se que as mulheres poderiam não ter sido consideradas hábeis a votar em 1867, mas os tempos mudaram e a interpretação constitucional deveria mudar também, posto que a Constituição não é algo estático e sim uma árvore viva que cresce e expande-se. Conforme Lord Sankey, a Constituição “*also planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*” (*Edwards v Canada (Attorney General)* [1930] AC 124 at 124, 1929 UKPC 86).

direitos fundamentais previstos na Carta. Contudo, isto não significa a adoção de um modelo de supremacia judicial / *strong-form judicial review*, justamente pela existência de mecanismos que permitem a instauração de um diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo, além da possibilidade do Parlamento, em sendo o caso e assumindo o risco político inerente, fazer prevalecer o seu entendimento.

## 5.2. O modelo neozelandês

### 5.2.1. O *New Zealand's Bill of Rights Act* de 1990

A experiência neozelandesa guarda algumas características marcadamente distintas se comparada ao sistema instalado no Canadá a partir de 1982. A primeira grande diferença é que a *New Zealand's Bill of Rights Act* (doravante referida como NZBRA) aprovada em 1990 é uma lei ordinária, não petrificada, a qual não confere aos Tribunais qualquer poder para revogar a legislação contrária às disposições previstas em seu texto.<sup>45</sup> Entretanto, ao contrário do que pareceria, a NZBRA provocou profundos avanços na legislação da Nova Zelândia (GLAZEBROOK, 2004, p. 2) e representa um interessante caso para estudo como alternativa ao dualismo entre o modelo norte-americano de *strong-form judicial review* e o antigo modelo de soberania parlamentar.

A NZBRA foi o resultado de um processo de seis anos de intensas discussões, inclusive com a realização de consultas públicas. A proposta inicial previa uma carta de direitos redigida a partir do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e da *Canadian Charter Of Rights and Freedoms* (1982), acrescida de uma previsão que reconhecia direitos da população Māori pelo tratado de Waitangi. Essa versão inicial estabelecia um rol de direitos e garantias petrificados (*entrenched*) conferindo às Cortes o poder de revogar a legislação incompatível com as disposições nele descritas (GLAZEBROOK, 2004, p. 2). Contudo, após recomendações do *Justice and Law Reform Select Committee* do Parlamento neozelandês e a aparente ausência de apoio público e

---

<sup>45</sup> Para uma análise mais completa da operatividade e efetividade da *New Zealand's Bill of Rights Act* de 1990, sobretudo no contexto criminal, leia-se o interessante artigo “*The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*” da Justice Suzan Glazebrook, o qual foi apresentado na *South Australian State Legal Convention*, em julho de 2004.

acadêmico a uma *Bill of Rights* com hierarquia superior e petrificada, o Parlamento optou por aprovar uma versão da NZBRA que a reconhecia como simples lei ordinária, sem caráter de *supreme law*, passando esta a vigorar a partir de 25 de setembro de 1990. (GLAZEBROOK, 2004, p. 3).

Sendo uma lei ordinária, as disposições da NZBRA podem ser facilmente modificadas pelo Poder Legislativo, assim como as demais leis.<sup>46</sup> A rejeição de criar uma *Bill of Rights* com caráter superior (tal como uma Constituição no modelo norte-americano) indica a ainda forte ligação do sistema jurídico neozelandês às premissas originais do parlamentarismo britânico (a clássica supremacia do Parlamento).

Na verdade, a forma como foi instituída a NZBRA deu-lhe um caráter de lei estrutural, a qual compete determinar como as outras normas devem ser interpretadas, mas sem revogá-las. A Seção 4 prescreve expressamente que as Cortes não podem utilizar os termos da NZBRA para invalidar (repelir, revogar, tornar inefetiva ou deixar de aplicar) qualquer lei anterior ou posterior, em razão da inconsistência de qualquer provisão com a *Bill of Rights*.<sup>47</sup> Uma análise atenta faz notar que a NZBRA, neste ponto, possui *menos força* do que qualquer outra lei ordinária, posto que não pode revogar sequer as normas anteriores que lhe são contrárias (o que seria um efeito normal segundo o princípio “*lex posterior derogat legi priori*”).

Assim, pode-se perguntar: qual seria então o sentido da NZBRA? O que a faz especial? Como referido, a NZBRA funciona como um instrumento interpretativo geral para toda a legislação neozelandesa, criando deveres interpretativos para os Tribunais quando do julgamento das questões a eles submetidas. A Seção 6<sup>48</sup> diz que sempre que

---

<sup>46</sup> Mark Tushnet (2008, p. 25) explica dizendo que “*the New Zealand Bill of Rights Act, adopted in 1990, is in form an ordinary statute, which in theory could be repealed wholly or in part by any later legislative majority. It enumerates a modern list of rights, such as freedom of expression and equality. Those rights are not directly enforceable in the courts, though.*”

<sup>47</sup> “Section(4) Other enactments not affected- No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),— (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provision of the enactment—by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.”

<sup>48</sup> “Section(6) Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”

uma norma jurídica puder ser interpretada conforme os direitos e garantias previstos na *Bill of Rights*, esta interpretação deverá prevalecer sobre todas as outras. Assim, não obstante a NZBRA não poder revogar leis, ela direciona a interpretação de todas as outras normas jurídicas, possuindo, desta feita, o poder de determinar teleologicamente os caminhos de todo o sistema jurídico através da definição de direitos substantivos que devem ser protegidos. Como afirma Gardbaum (2002, p. 728), “*Thus, although its legal status is that of an ordinary statute, the NZBORA [NZBRA] is a framework statute that determines how all other ordinary statutes are to be given meaning. Moreover, it does so by legislating not a set of "neutral" interpretive tools - such as whether the courts may or may not take legislative history into account, or whether the ejusdem generis and expressio unius est exclusio alterius canons are to be presumed - but a set of substantive rights.*”

Desta feita, não obstante a NZBRA não ser uma lei anulatória, mas sim uma lei de interpretação, ela cria, nos termos da Seção 6, um forte poder-dever para os Tribunais, qual seja, o poder de proteger os direitos fundamentais através do controlo do significado interpretativo das leis.<sup>49</sup> Da mesma forma, institui um considerável “custo político” para o Parlamento, limitando as possibilidades de “agressão” aos direitos fundamentais previstos na Carta.<sup>50</sup>

Assim, a despeito da Seção 4 demonstrar uma grande proximidade com a teoria da soberania parlamentar, o referido “custo político” da NZBRA faz com que o Parlamento não esteja completamente livre para criar normas. Isto porque a simples existência da NZBRA, prescrevendo quais os direitos e garantias fundamentais são reconhecidos, constringe a atuação do legislador, fazendo com que este tenda a respeitar os termos da NZBRA, sob pena de excessivo desgaste político em face dos demais Poderes e dos eleitores. Tem-se, assim, um modelo de *weak-form judicial review* instituído com uma importante participação do Poder Judiciário, mas com limites ao legislador, não obstante a

---

<sup>49</sup> Tal ideia é desenvolvida por Stephen Gardbaum, o qual diz que a NZBRA instituiu o importante poder/dever aos Tribunais neozelandeses de proteger os direitos fundamentais através do controlo do significado interpretativo das leis. Afirma o autor que “*Although, therefore, legally, the NZBORA protects a particularly strong version of parliamentary sovereignty - in that there can be no questioning at all of the validity of an Act of Parliament - it does transfer important powers to the courts in order to protect fundamental rights: namely, the power to control the meaning of statutes in a way that is alien to traditional canons of statutory construction.*” (GARDBAUM, 2002, p. 729).

<sup>50</sup> Ao se falar em “custo político” quer-se dizer que o Parlamento não está, do ponto de vista político, totalmente livre para criar as leis que deseja, não obstante a inexistência de qualquer limite jurídico.



última palavra sobre as questões de direitos ainda restar reservada ao Poder Legislativo.

Contudo, o grande trunfo da NZBRA foi a forma como ela foi reconhecida pelos Tribunais, sobretudo pelo Tribunal de Recursos (a mais alta Corte da Nova Zelândia). Sob a Presidência do *Sir Robin Cooke*, cuja visão sobre a importância dos direitos fundamentais era bem conhecida, a Corte passou a atuar como “o último guardião das liberdades pessoais”(IRVINE OF LAIRG, 2003, p. 77). E foi justamente este comportamento judicial que permitiu que os objetivos da NZBRA (ou seja, garantia e proteção das liberdades individuais) pudessem ser realizados. Como explica Irvine of Lairg (2003, p. 78), “*It is quite clear that was the Court’s view of its constitutional duty which led it to take this activist step: it refused to countenance a Bill of Rights that constituted ‘no more than legislative window dressing’ holding instead that judges must have power to take remedial action when they discover human rights abuses.*”

Um exemplo desta atuação da Corte pode ser visto no caso *Baigent*.<sup>51</sup> Resumidamente, a situação posta em julgamento foi a seguinte: A polícia local desejava cumprir um mandado de busca e apreensão no endereço da Senhora *Baigent* acreditando que se tratava da residência de um traficante de drogas. Logo na chegada os policiais foram recebidos pelo filho da Sra. *Baigent*, o qual telefonou para a irmã, uma advogada em Wellington, que assegurou prontamente aos policiais que eles estavam no endereço errado. Entretanto, mesmo após advertidos do erro, os policiais procederam à busca na casa de qualquer maneira. Diante disto, a Sra. *Baigent* ingressou com uma ação por danos morais contra o Estado alegando uma série de motivos, inclusive fazendo uso de um novo fundamento: o direito de ser indenizada por violação ao direito de ser livre contra buscas e apreensões injustificadas, previsto na Seção 21 da *Bill of Rights*.<sup>52</sup>

O problema se punha porque a NZBRA não prevê expressamente qualquer remédio jurídico contra o descumprimento das respectivas disposições, de modo que, numa interpretação literal, não haveria mecanismos para os indivíduos protegerem-se de violações praticadas pelo Estado aos direitos fundamentais lá reconhecidos.

---

<sup>51</sup> *Simpson v Attorney-General (Baigent’s case)* [1994] 3 NZLR 667 (CA)

<sup>52</sup> “Section(21) Unreasonable search and seizure. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure, whether of the person, property, or correspondence or otherwise.”

Entretanto, depois de intensas discussões, o Tribunal de Recursos entendeu que as violações aos direitos previstos na NZBRA deveriam possuir um remédio jurídico que pudesse ser utilizado pelas vítimas. Fundamentou-se que obrigações internacionais assumidas pela Nova Zelândia, nomeadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, asseguram que qualquer pessoa que tenha os seus direitos ou liberdades violados deverá possuir um remédio jurídico eficaz. Assim, se o Parlamento conferiu aos cidadãos neozelandeses uma garantia de âmbito internacional, permitindo que os cidadãos busquem reparações perante os Tribunais Internacionais, seria contraditório impedir que estes mesmos cidadãos requeressem uma reparação perante os Tribunais nacionais. Desta feita, o Tribunal de Recursos entendeu por bem estabelecer um mecanismo de indemnização nos casos de descumprimento da NZBRA pela Coroa, criando um novo remédio de direito público para os casos de violação da NZBRA. Este foi um dos desenvolvimentos mais significativos da jurisprudência neozelandesa sobre direitos fundamentais/humanos,<sup>53</sup> conferindo à NZBRA um *status* diferenciado no sistema jurídico.

Assim, não obstante o Tribunal não ter poder para utilizar a NZBRA como parâmetro para revogar uma legislação incompatível, poderá fazer uso da NZBRA para conceder indemnizações aos cidadãos que tiverem os seus direitos fundamentais violados pelo Poder Público, ou seja, uma compensação monetária pelo descumprimento da declaração de direitos. Segundo a *Justice Suzan Glazebrook* (2004, p. 28), ações de danos por violação da *Bill of Rights* têm sido utilizadas com sucesso contra detenções arbitrárias, violação do direito a um julgamento justo, em favor do direito ao juiz natural e contra o descumprimento do direito a uma defesa adequada.

Outro ponto importante da NZBRA é a disposição prevista na Seção 7.<sup>54</sup> Tal

---

<sup>53</sup> Neste sentido, *Justice Suzan Glazebrook* (2004, p. 28) afirma que “*the advent of Bill of Rights damages claims has undoubtedly been one of the most jurisprudentially significant developments under the Bill of Rights. (...) I note too that, despite the initial controversy surrounding its birth, Bill of Rights compensation appears to be here to stay.*”

<sup>54</sup> “Section(7) Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights. Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,— (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,— bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.”

dispositivo prevê que o Procurador-Geral poderá chamar a atenção do Parlamento sobre qualquer provisão normativa inserida em projetos de lei apresentados aos parlamentares quando estas pareçam incompatíveis com os direitos e garantias previstos na NZBRA. Assim, o Procurador-Geral terá por função analisar minuciosamente todos os projetos de lei que tramitam no Parlamento, com o objetivo de sinalizar, antecipadamente, incompatibilidades com os direitos e garantias fundamentais garantidos na *Bill of Rights*. A ideia parece ser tanto evitar que normas incompatíveis com a NZBRA sejam aprovadas, quanto permitir que, caso o Parlamento deseje aprovar uma norma incompatível, o faça de forma consciente, clara e mediante o acompanhamento da sociedade (diante do alerta do Procurador-Geral).

Desta forma, o Parlamento continua com a última palavra nas questões de direitos, inclusive podendo aprovar normas incompatíveis com a NZBRA, as quais não podem ser afastadas pelo Judiciário, mas para isto deverá fazê-lo às claras e mediante a censura pública. Como defende Stephen Gardbaum (2002, p. 731) “*although the former' do not deny a legislature the power to act inconsistently with fundamental rights, they seek to force the legislature into self-conscious, publicized, informed, and principled debates regarding rights, requiring clear statements of legislative decision to violate them. The general idea is that it is appropriate for the legislature to have the final word on what is the law of the land but only where there are mechanisms designed to ensure that in its decisionmaking procedures, rights are taken seriously.*”

### **5.3. O modelo britânico**

#### **5.3.1. O *United Kingdom's Human Rights Act*, de 1990**

Como se sabe, o Reino Unido é o berço histórico do parlamentarismo e do princípio da soberania parlamentar. Há muito o Judiciário britânico havia-se configurado como um poder subordinado, em seu ápice, ao Parlamento. Conforme acima referido, desde 1399 a *House of Lords* estava a exercer (com exclusividade) a função de Corte máxima de apelação do Reino Unido, cabendo a ela a prerrogativa de julgar, em última

instância, as questões constitucionais e com caráter vinculativo para todos os Tribunais inferiores.

Entretanto, tal estrutura orgânica modificou-se severamente nos últimos anos. A ratificação pelo Reino Unido da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no ano de 1951, gerou conflitos entre as normas internas e as normas da Convenção, inclusive com condenação do Reino Unido pela impossibilidade de aplicação direta da CEDH ao sistema jurídico interno. Neste sentido, foi necessário um processo de “adaptação” à Convenção, com o objetivo de reconciliar a supremacia do Parlamento e a tutela dos direitos fundamentais nos moldes da CEDH.

Foi justamente essa necessidade de adaptação que gerou uma nova tipologia constitucional no direito britânico, a partir da aprovação do *United Kingdom's Human Rights Act* de 1998 (que passou a vigorar em 02 de outubro de 2000) (AMOS, 2012, p. 2), e da reforma constitucional de 2010, a qual criou uma Suprema Corte do Reino Unido independente do Parlamento. Tais diplomas transformaram o sistema jurídico britânico em um interessante exemplo de *weak-form judicial review* (LEVER, 2009, p. 9).

Uma das mais destacadas transformações provocada pelo *United Kingdom's Human Rights Act* (doravante chamado de HRA) foi conferir efeitos direitos à Convenção Europeia de Direitos Humanos no âmbito da legislação doméstica do Reino Unido, de modo que os indivíduos passaram a poder provocar as Cortes nacionais britânicas nos casos de violação a direitos previstos na CEDH, sem ter que antes provocar o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (o entendimento anterior ao HRA era da necessidade de questionamento prévio perante o TEDH).<sup>55</sup> Ademais, do ponto de vista do direito constitucional comparado, ainda mais importantes foram as transformações procedimentais inseridas com a “incorporação” da CEDH e a necessidade de compatibilização do antigo

---

<sup>55</sup> Neste sentido, veja-se a afirmação de Mark Tushnet em *Comparative Constitutional Law* (2006a, p. 1233): “Often one cannot today understand the way in which humans rights norms are articulated in domestic constitutional law without understanding the degree to which domestic decision maker might be responding to concerns about international supervision. It seems reasonably clear, for example, that the United Kingdom’s adoption of the Humans Rights Act 1998 was in part a response to the fact that the European Court of Humans Rights had held, with some regularity, that practices approved by the British’s courts violated the European Convention on Humans Rights.”

princípio da soberania do Parlamento com os deveres assumidos pelo Reino Unido no âmbito da defesa dos direitos humanos no espaço europeu, conforme será visto.

O texto do *United Kingdom's Human Rights Act* relaciona, logo na Seção 1, quais são os direitos e liberdades presentes na CEDH (e respectivos protocolos) que foram incorporados como sendo “*the Convention rights*” (os direitos da Convenção). A Seção 1 do HRA não se refere aos artigos 1 e 13 da CEDH, os quais, desta forma, não foram recepcionados.<sup>56</sup>

A Seção 2 traz uma disposição muito interessante. Diz o item 1 (a) que um Tribunal britânico, ao enfrentar uma questão que tenha conexão com direitos da Convenção, deverá levar em conta os julgamentos, decisões, declarações ou pareceres consultivos já proferidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ou seja, o sistema jurídico britânico, classicamente fechado e de grande devoção à supremacia do Parlamento, passou a dispor de um dispositivo legal que claramente proclama o exercício de uma interpretação interconstitucional.<sup>57</sup> Assim, não só o texto da CEDH foi integrado ao direito britânico, mas também a própria jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, funcionando esta como instrumento de interpretação a ser utilizado pelas Cortes do Reino Unido.

Na Seção 3 o HRA estabelece uma cláusula interpretativa (semelhante à cláusula interpretativa existente no *New Zealand's Bill of Rights Act*) determinando que os Tribunais britânicos interpretem e deem efeito, o quanto possível, à legislação produzida pelo Parlamento de forma compatível com os direitos reconhecidos na Convenção. Tal cláusula confere um dever adicional aos Tribunais, posto que estes devem utilizar a

---

<sup>56</sup> “Section 1 (1) In this Act ‘the Convention rights’ means the rights and fundamental freedoms set out in— (a) Articles 2 to 12 and 14 of the Convention, (b) Articles 1 to 3 of the First Protocol, and (c) Article 1 of the Thirteenth Protocol, as read with Articles 16 to 18 of the Convention.”

<sup>57</sup> O termo interconstitucional é aqui utilizado na acepção dada por J.J. Gomes Canotilho na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Diz Canotilho que “a teoria da interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político(...) Estas constituições [textos constitucionais nacionais] desceram do <<castelo>> para a <<rede>>, mas não perderam a identidade em virtude de agora estarem em interligação umas com as outras. A rede formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias faz abrir os castelos e relativizar outros princípios estruturantes clássicos dos ordenamentos como os princípios da hierarquia e da competência, mas não dissolve nas suas malhas o tipo de Estado Constitucional. (CANOTILHO, 2003, p. 1426).

Convenção Europeia de Direitos Humanos como padrão axiológico de interpretação judicial, buscando aproximar (na maior medida possível) o entendimento judicial sobre o “sentido” das leis, do padrão valorativo dos direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Este instrumento conferido aos Tribunais nos termos da Seção 3 do HRA pode ser denominado de *poder interpretativo*. Com ele as Cortes devem, ao julgar, compatibilizar tanto as normas jurídicas existentes quanto os direitos da Convenção, permitindo, de forma equilibrada, a prevalência dos direitos humanos/fundamentais previstos na CEDH e também a eficácia das leis aprovadas pelo Parlamento. As leis continuam existindo e produzindo efeitos, mantendo-se a autoridade democrática do Parlamento, mas o sentido a ser conferido à norma será aquele o mais compatível possível com os direitos reconhecidos pelo HRA. Nestes termos, com essa espécie de “interpretação conforme à Convenção”, podem ser evitadas muitas hipóteses de incompatibilidade entre as leis britânicas e a CEDH, através de um expediente interpretativo a cargo dos Tribunais que não elimina o texto normativo.<sup>58</sup>

Contudo, o que ocorrerá se mesmo diante do esforço do Tribunal não houver possibilidade alguma de uma legislação ser interpretada de forma compatível com os direitos da Convenção? É justamente neste ponto que reside a maior inovação trazida pelo HRA no âmbito da teoria constitucional. Primeiramente, a própria Seção 3 do HRA diz que “a impossibilidade de interpretação compatível” não afeta a validade, a continuidade de operação ou execução de qualquer legislação primária (ou seja, parlamentar). Em outras palavras, ainda que a norma seja incompatível com os direitos da Convenção, ela permanecerá em vigor, dando-se prevalência ao princípio da soberania do Parlamento. Não importa se a norma incompatível é anterior ou posterior ao HRA, posto que a norma continuará a produzir efeitos e, nos termos da Seção 3, os Tribunais não possuem poder para afastá-la do ordenamento jurídico. Como bem afirma Christine Bateup (2009, p. 545),

---

<sup>58</sup> “(...) in terms of judicial power and culture, the duty to interpret primary legislation in line with Convention rights will likely be at least as important as the power to declare incompatibility. For this gives to the courts substantial scope to rewrite acts of Parliament employing a broad, purposive method of interpretation that is once again alien to the British conception of judicial function under the separation of powers” (GARDBAUM, 2002, p. 739).

*“if a court concludes that this is not possible and the primary legislation is incompatible with a Conventional right, the HRA does not allow the court to set aside the legislation.”*

Entretanto, o HRA criou uma nova figura, chamada de “declaração de incompatibilidade”. Se uma Corte entender que a legislação é incompatível com os direitos da Convenção, o Judiciário poderá proferir uma “declaração formal de incompatibilidade da lei” (Seção 4 (2) da HRA), que apesar de não provocar a rejeição ou invalidade da norma reconhecida como incompatível com os direitos da Convenção nem gerar qualquer obrigação jurídica para o Parlamento ou para o Governo (os quais não ficam obrigados a responder de qualquer forma que seja), concede, por outro lado, poderes ao Ministro pertinente para criar uma ordem de reparação (*remedial order*) (BATEUP, 2009, p. 544), nos termos da Seção 10 e o Anexo 2.

Esta ordem de reparação (*remedial order*) consiste na permissão para que o Ministro da Coroa proponha ao Parlamento a alteração da legislação declarada incompatível com os direitos da Convenção. Trata-se de um procedimento especial e mais rápido de alteração legislativa (*fast track for amendment*) que, em caso de urgência, concede ao Ministro a inovadora possibilidade de, antecipadamente, modificar os termos de uma lei declarada incompatível pelo Poder Judiciário, com um controlo apenas *a posteriori* do Parlamento.<sup>59</sup> Como se refere Gardbaum (2002, p. 733), *“This ‘fast track’ procedure permits a minister to amend incompatible legislation by order laid before and approved by both Houses of Parliament.”* Ou seja, nos em casos em que o Ministro entender que há urgência, a legislação incompatível poderá ser alterada por ordem do próprio Ministro, de modo que a legislação já passe a se adequar aos direitos da Convenção reconhecidos pela HRA, submetendo-se, apenas posteriormente, as modificações para apreciação de ambas as casas do Parlamento do Reino Unido.

Sem sombra de dúvidas este procedimento concede ao Executivo e ao Judiciário

---

<sup>59</sup> Mark Tushnet, no livro *“Weak courts, strong rights”*, explica dizendo que *“even more, the HRA allows the minister in charge of the legislation to place it on a fast track for amendment, bypassing some of the ordinary procedural hurdles to legislation proposed by one by one of the government’ ministers. And if that is not enough, under the HRA a minister who finds that amending the statute is urgently required may do by ministerial order rather than by legislation, subject only to subsequent ratification by Parliament”* (TUSHNET, 2008, p. 28).

poderes nunca antes imagináveis em um sistema (até então) fortemente vinculado ao princípio da soberania do Parlamento. O HRA, nestes termos, provocou uma grande reconfiguração da estrutura e da separação dos poderes no Reino Unido. O Judiciário tem agora a possibilidade de provocar (mas não obrigar) uma atuação reparadora do Ministro (Poder Executivo) que, em última análise, tem a prerrogativa de temporariamente substituir o legislador. Este último, não obstante ainda possuir a última palavra sobre a validade ou não da lei impugnada, vê-se provocado pela atuação dos outros Poderes, tendo que se pronunciar (concordando ou não) sobre a manifestação judicial de incompatibilidade e a atividade legislativa do Executivo.<sup>60</sup>

Sem dúvidas, foi uma grande inovação em termos de *design* constitucional o mecanismo criado pelo HRA ao conferir aos Tribunais poder para declarar incompatível uma lei em face de um direito da Convenção, sem, com isso, conceder às Cortes o poder de invalidá-la.<sup>61</sup> Tem-se assim uma tensão entre o Poder Judiciário de um lado e o Parlamento do outro, mas com uma solução repartida entre ambos. É uma espécie de controle de constitucionalidade *dual*: cabe ao Poder Judiciário dizer se há algum conflito entre as leis e os direitos da Convenção, mas cabe ao Parlamento, e só a ele, o poder de invalidação.<sup>62</sup>

Se nos Estados Unidos da América o Poder Judiciário concentra a prerrogativa de reconhecer uma inconstitucionalidade e também anular os efeitos da lei reconhecida inconstitucional, no Reino Unido tais funções se encontram divididas entre o Judiciário e o Parlamento: o primeiro reconhece, o segundo invalida; criando-se uma *weak-form judicial review* de faceta bipartida.

---

<sup>60</sup> Neste sentido, Paul Graic (2004, p. 252) afirma que “*it is in part for reasons of principle, in the sense that Parliament should, under the regime laid down by the HRA, have the choice as to whether to amend the primary legislation in the manner directed by the court’s judgment. In such circumstances, the grant of the declaration of incompatibility places the issue back in to the political forum, thus enabling Parliament to decide on the best way to revise the legislation to comply with the court’s judgment*”

<sup>61</sup> “Com a aprovação do Human Rights Act, em 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos. Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização”(MENDES; BRANCO, 2014, p. 2292).

<sup>62</sup> “*Whether or not this ingenious splitting of the judicial review function between courts and Parliament is technically consistent with parliamentary sovereignty as the Government claims, the political power that this transfers to the higher judiciary is undoubtedly a radical step in the context of British legal and constitutional culture. In determining whether there is an incompatibility, the higher courts will inevitably be engaged in precisely the same sort of controversial and contested constitutional decision-making as constitutional courts exercising both functions, something that the British version of the separation of powers traditionally prohibited*” (GARDBAUM, 2002, p. 738).



A ideia geral é de que uma declaração de incompatibilidade certamente levará o Governo e o Parlamento a alterar a legislação. Christine Bateup, por exemplo, confirma que ao contrário de algumas expectativas pessimistas, o Parlamento britânico tem respondido à declaração judicial de incompatibilidade (quase na universalidade dos casos) com a emenda ou revogação dos estatutos em questão (BATEUP, 2009, p. 580).

No livro Branco do Governo Britânico de 24 de outubro de 1997, na Seção 2.10,<sup>63</sup> os Ministros reconheceram que apenas a respeito de questões muito controversas de princípios, (como, por exemplo, o aborto) poderia uma legislação declarada incompatível pelo Judiciário não ser emendada ou repelida pelo Governo/Parlamento. Na maioria dos casos, os Ministros vão examinar e entender que se houve uma declaração de incompatibilidade deve-se aceitar isto e proferir uma ordem de reparação para readequar a legislação aos direitos da Convenção. O Parlamento, por sua vez, tenderá a aceitar as modificações propostas.

Ainda há a possibilidade de ser usado o *remedial action* quando, após uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos do Homem em procedimento contra o Reino Unido, um Ministro da Coroa entender que a provisão da legislação interna é incompatível com as obrigações assumidas pelo Reino Unido em razão da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Seção 10 [1] [b] do HRA).

Deve ser destacado que não é qualquer Tribunal que pode produzir uma declaração formal de incompatibilidade. Nos termos da Seção 4 (5) do HRA, apenas podem proferir tal declaração: a) a Suprema Corte do Reino Unido; b) o Comitê Judicial do Conselho Privado; (c) a Corte Marcial de Apelação; (d) na Escócia, a Suprema Corte de Justiça; e (e) em Inglaterra e no País de Gales ou Irlanda do Norte, o Supremo Tribunal ou o Tribunal de Recurso.

Deve-se ressaltar que o HRA classifica como ilegal a atuação de autoridades públicas de forma incompatível com os direitos da Convenção (salvo as raras exceções

---

<sup>63</sup> Veja-se a nota 105 do texto “*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*” de Stephen Gardbaum (2002, p. 734).

previstas). Por autoridade pública o HRA fez incluir, expressamente, todos os Tribunais, mas exclui ambas as casas do Parlamento (HRA, Seção 6). Tal exclusão é lógica, posto que diante da sistemática própria do regime jurídico inglês, o Parlamento pode, inclusive, revogar o próprio HRA.

O HRA também instituiu no procedimento legislativo um instrumento de “rastreamento prévio de incompatibilidades”, parecido com aquele previsto na Seção 7 do *New Zealand's Bill of Rights Act*. No modelo inglês, quando um novo projeto de lei é remetido ao Parlamento, o Ministro (na Nova Zelândia é o Procurador-Geral) deverá manifestar-se por escrito, antes da segunda leitura, afirmando que: *a*) em sua visão, as provisões do projeto de lei são compatíveis com os direitos da Convenção (*statement of compatibility*) (HRA, Seção 19 [a]) ou *b*) não podendo declarar a compatibilidade do projeto de lei com os direitos da Convenção, mesmo assim entende que o projeto deve seguir para apreciação do Parlamento (HRA, Seção 19 [b]).

Mas uma vez a ideia é promover a aprovação apenas de normas que sejam compatíveis com os direitos da Convenção. A declaração de compatibilidade (*statement of compatibility*) quando proferida pelo Ministro indica desde logo ao Parlamento que, no entender do Governo, a norma é compatível com os direitos da Convenção. Por outro lado, quando não houver o *statement of compatibility* o Parlamento pode continuar a apreciar o projeto de lei e, caso deseje, pode aprová-lo. Contudo, o fará de forma consciente, transparente e com o acompanhamento dos atores sociais, os quais já devem ter ficado em alerta diante da ausência de uma declaração de compatibilidade em favor do projeto de lei. Ressalte-se que esta declaração de compatibilidade ministerial não impede que, após a aprovação da lei, esta seja apreciada pelo Poder Judiciário, o qual, fazendo uso da Seção 4 do HRA, poderá emitir uma declaração formal de incompatibilidade, abrindo-se a possibilidade de uso da *remedial action*.

Resumindo, à semelhança do sistema neozelandês, o Parlamento continua com a última palavra nas questões de direitos podendo aprovar, inclusive, normas que sejam incompatíveis com os Direitos da Convenção. Contudo, o sistema britânico permite que as normas incompatíveis sofram uma espécie de censura judicial através de uma declaração

formal de incompatibilidade. Esta declaração não atinge a validade da lei nem sua aplicabilidade, mas funciona como um instrumento catalisador de um procedimento legislativo mais simplificado (*remedial action*) além de chamar a atenção da opinião pública para a incompatibilidade do diploma legislativo com os direitos previstos na Convenção. O Parlamento não é obrigado a modificar a norma ou a aceitar a modificação proposta pelo Governo, contudo, logicamente, a declaração judicial de incompatibilidade cria um custo político para o Parlamento, o que, na maioria dos casos, deverá conduzir à alteração da lei declarada incompatível com os direitos da Convenção.<sup>64</sup> Têm-se assim um sistema que se afastou da teoria clássica de soberania parlamentar, mas que também rejeitou as soluções próprias do constitucionalismo norte-americano, sendo, por isso, um modelo intermédio aqui classificado como *weak-form judicial review*.

### **5.3.2. “Fortificação” judicial e *status* jurídico dos direitos da Convenção no ordenamento britânico**

Um outro ponto importante a se observar é que, não obstante a palavra final em termos de validade e vigência das leis ainda caber ao Parlamento, houve um claro fenômeno de “fortificação” do Poder Judiciário no sistema britânico. Este processo pode ser observado, sobretudo, pela criação e instalação da Suprema Corte do Reino Unido no palácio de *Middlesex Guildhall* como instituição independente do Parlamento, no ano de 2009, a partir do ato de reforma constitucional de 2005. Até então, como acima se falou, a função de Tribunal supremo era exercida pelo próprio Parlamento através do Comité de Apelação da Câmara dos Lordes. Esta nova separação institucional completa entre Judiciário e Legislativo, acompanhada da entrada em vigor da HRA, representa uma mudança significativa na teoria clássica da soberania parlamentar, criando um sistema mais equilibrado na divisão dos poderes.

Com efeito, deve-se destacar que diferentemente do constitucionalismo norte-americano ou austro-germânico, o processo de fortalecimento do Poder Judiciário e de reconhecimento do papel deste Poder na proteção dos direitos fundamentais não ocorreu

---

<sup>64</sup> De toda forma, o Parlamento ainda mantém-se soberano quanto à validade e aplicabilidade da legislação, posto que cabe a ele a palavra final sobre a modificação, revogação ou manutenção das normas jurídicas declaradas incompatíveis com os direitos da Convenção por decisão judicial.

através da instituição de uma carta de direitos petrificada. O HRA não possui *status* de lei suprema e não está imune a emendas ou revogações pelo legislador ordinário. Ademais, à semelhança da *Bill of Rights* neozelandesa, os direitos da Convenção incorporados ao ordenamento britânico não têm força autônoma para revogar a legislação com ele incompatível, sejam leis anteriores ou posteriores.<sup>65</sup> <sup>66</sup> No entanto, o HRA cria instrumentos diversos que permitem a proteção dos direitos fundamentais dentro de uma lógica democrática. Como explica Gardbaum (2002, p. 735), “*on the other hand, there are features and implications of the HRA that give Convention rights greater legal protection than rights contained in ordinary statutes.*”

É importante perceber que os direitos da Convenção receberam um *status sui generis* no ordenamento britânico por força do HRA. Esta particularidade hierárquica é ditada pela natureza híbrida com que os direitos da Convenção foram inseridos na estrutura hierárquica do ordenamento, em razão dos termos *inovadores* do *United Kingdom's Human Rights Act*.

Esta natureza híbrida faz com que em alguns momentos os direitos da Convenção tenham *status* supraconstitucional, mas em outros apenas *status* infralegal. Explica-se: pela lógica clássica do ordenamento britânico, todas as normas jurídicas (inclusive constitucionais) podem ser revogadas expressa ou tacitamente por normas posteriores aprovadas pelo Parlamento em sentido contrário. Conforme acima já relatado, a teoria constitucional clássica do Reino Unido, com fulcro da soberania do Parlamento, não admite que qualquer norma jurídica vincule a atividade legislativa do Parlamento presente ou futuro. Assim, os parlamentares podem alterar, expressa ou tacitamente, qualquer norma (ainda que reconhecida como de caráter constitucional) através da edição de uma lei posterior com conteúdo diverso.

Pois bem, com o HRA essa lógica altera-se em relação aos direitos da Convenção. Isto porque tanto uma lei anterior, quanto uma lei posterior, conflitantes com os direitos da

---

<sup>65</sup> Em suma, os direitos da Convenção não possuem o “poder” que a legislação ordinária tem de revogar tacitamente as leis anteriores incompatíveis.

<sup>66</sup> Gardbaum (2002, p. 735) explica que é por esta razão que os críticos e o próprio Governo britânico afirmam que os direitos da CEDH não foram, do ponto de vista técnico, incorporados como parte do direito doméstico do Reino Unido, mas terão que produzir efeitos de alguma outra forma.

Convenção, não revogam tacitamente os direitos previstos nesta última<sup>67</sup> (a lógica clássica britânica seria pela revogação tácita dos direitos da Convenção pela norma posterior com ela incompatível). Isto ocorre porque a declaração de incompatibilidade prevista no HRA pode ser utilizada para “atacar” normas incompatíveis anteriores ou posteriores ao HRA. Ou seja, uma norma posterior ao HRA que tenha conteúdo contrário aos direitos da Convenção não terá o poder de revogar os direitos previstos na *Bill of Rights*. Ao contrário, a norma posterior incompatível é que poderá sofrer uma declaração de incompatibilidade. Assim, neste aspecto, os direitos da Convenção possuem uma “proteção” que nem as normas constitucionais britânicas têm (não revogação tácita pelas normas posteriores), o que lhes confere um *status* que pode ser chamado de supraconstitucional e afasta a lógica clássica da soberania parlamentar.

Cabe ressaltar que isto não imuniza completamente os direitos da Convenção de modificações, mas exige um procedimento diverso. Gardbaum (2002, p. 736) defende que o Parlamento britânico não pode anular um direito previsto na Convenção através de uma revogação tácita ou através de uma cláusula *não obstante* (como aquela prevista na Seção 33 da *Canadian Charter Of Rights and Freedoms*). Para fazê-lo, teria que utilizar uma revogação geral, clara e expressa do direito da Convenção indesejado. Isso porque a simples aprovação de uma lei incompatível (sem declaração expressa de revogação de um direito da Convenção) não impediria os Tribunais competentes de declararem a incompatibilidade da norma, podendo também ser iniciando o procedimento do *remedial action*. Claro que ao final o Parlamento pode rejeitar as alterações propostas à legislação aprovada, mas isso não impede que haja a censura judicial anterior e todo o custo político agregado após um pronunciamento judicial de incompatibilidade. Apenas uma reforma expressa, geral e clara de um direito da Convenção afastaria a atuação do Judiciário.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> “This is a clear implication of the statutory text which does not limit declarations of incompatibility to prior statutes, for were subsequent conflicting statutes to impliedly repeal Convention rights, there would of course be no basis for a declaration of incompatibility” (GARDBAUM, 2002, p. 736).

<sup>68</sup> As just discussed, however, and unlike the NZBOR, the effect of ousting the normal rule of implied repeal by subsequent conflicting statute (assuming the courts permit this) is to weakly entrench Convention rights since, unlike ordinary legislation, they can only be expressly repealed or amended. Until this occurs, Convention rights continue to have full legal force and the specified courts are empowered to render a declaration of incompatibility in the face of a subsequent conflicting statute in precisely the same way as with a prior statute - indeed even, as I have suggested, in the face of an express Parliamentary statement that the Convention right is to be overridden. This has the effect of forcing Parliament into expressly declaring its intention of amending or repealing a Convention right, usually with a ministerial statement to this effect under Section 19. The political costs of so doing are obviously greater than the stealth approach of implied

Por outro lado, quando em conflito com uma norma anterior, os direitos da Convenção sequer possuem um poder próprio das leis ordinárias, qual seja, revogar as normas anteriores incompatíveis. Isso porque, nos termos do HRA, as leis anteriores incompatíveis com os direitos da Convenção continuam em vigor não sendo revogadas tacitamente. Assim, neste ponto, os direitos da Convenção possuem menos força do que uma lei ordinária.

Este caráter híbrido dos direitos da Convenção é uma característica particular trazida pelo HRA e que também representa uma limitação aos poderes do Parlamento (impossibilidade de revogação tácita dos direitos incorporados pelo HRA), sendo mais um reflexo na nova configuração da separação dos poderes no Reino Unido, da maior participação do Poder Judiciário no diálogo institucional com o Legislativo e do impacto trazido pelo HRA na teoria da soberania do Parlamento, culminando na construção de um modelo de *weak-form judicial review dual*, conforme acima já exposto.

## **6. As características da *weak-form judicial review***

Os três modelos acima relatados são os exemplos mais importantes de *weak-form judicial review* existentes hoje no mundo. Desde logo convém deixar claro que, do ponto de vista defendido neste trabalho, pode-se conceituar os sistemas de *weak-form judicial review* como sendo aqueles onde o controlo de constitucionalidade é realizado por um órgão jurisdicional independente, com respeito aos princípios básicos do constitucionalismo contemporâneo, mas a decisão exarada pelo Tribunal não é a última palavra em termos de constitucionalidade, posto que o Poder Legislativo possui mecanismos para, eventualmente, suplantar a decisão judicial através de um procedimento não muito mais complexo do que aquele utilizado ordinariamente para a elaboração das leis. Assim, deste conceito se pode retirar as seguintes características:

- a) Controlo de constitucionalidade da legislação realizado por um Tribunal;

---

*repeal that is not available, and this adds some political entrenchment to the weak form of legal entrenchment (GARDBAUM, 2002, p. 737).*

- b) Possibilidade de manifestação judicial quanto à inconstitucionalidade de uma lei, sem, contudo, esta decisão ser necessariamente a palavra final, posto que poderá ser revisada, em certas circunstâncias, pelo Poder Legislativo;
- c) Existência de um procedimento não muito complexo para superação legislativa do entendimento judicial;
- d) Respeito aos princípios básicos do constitucionalismo contemporâneo.<sup>69</sup>

Como se vê, a primeira característica da *weak-form judicial review* é a existência de um controlo de constitucionalidade realizado por um órgão jurisdicional. A existência de um Tribunal independente e com poderes para manifestar uma opinião diversa daquela do Parlamento é, sem dúvidas, um elemento essencial. Com isto afasta-se do conceito, desde logo, os sistemas com controlo de constitucionalidade puramente político, posto não ser possível se falar em *judicial review*, ainda que fraca, se esse controlo for realizado pelo próprio Poder Legislativo. Nos exemplos acima citados (Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá), vê-se que em todos eles existem Cortes com a capacidade jurídico-política de declarar a não compatibilidade de uma determinada norma jurídica em face de uma outra (de maior importância axiológica) que prevê direitos e garantias fundamentais e que (ao menos materialmente) é considerada como norma constitucional. Estas normas constitucionais, mesmo que não petrificadas (ou seja, sem mecanismos formais que impeçam a sua alteração pelo Parlamento) servem como parâmetro de controlo jurídico de constitucionalidade (*paramount law*) e podem ser utilizadas pelas Cortes com alguma eficiência.

Assim, os sistemas citados de *weak-form judicial review* caminharam no sentido de conferir aos Tribunais algum poder (que antes não tinham) para reconhecer a

---

<sup>69</sup> Estas características têm por base a definição de Mark Tushnet no livro “*Weak Courts, Strong Rights*”. Diz ele que “*weak-form systems of judicial review are systems of judicial review, thereby ensuring that the overall constitutional orders in which they are embedded satisfy the requirements of contemporary constitutionalism. But in weak-form systems, judicial interpretation of constitutional provisions can be revised in the relatively short term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process.*” (TUSHNET, 2008, p. 24).

inconstitucionalidade das leis e constranger, de algum modo, o Parlamento. Esse “constrangimento” busca estabelecer algum limite à atuação parlamentar, para além da total liberdade do Legislativo num sistema de soberania do Parlamento. Foi, por exemplo, o caminho adotado no Reino Unido com a reforma constitucional de 2005 e a instalação de uma Suprema Corte independente do Parlamento. Da mesma forma, no Canadá e na Nova Zelândia a instituição de sistemas de *weak-form judicial review* foi uma clara opção de distanciamento do sistema de supremacia parlamentar, com o conseqüente incremento da importância do papel do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade.

Contudo, uma outra característica essencial e distintiva dos sistemas de *weak-form judicial review* é justamente o fato de que, não obstante a existência de um Poder Judiciário / Tribunal Constitucional com papel importante no controle da constitucionalidade das leis, as Cortes não possuem a prerrogativa de serem as detentoras da última palavra nas questões de direitos, diversamente do que ocorre nos sistemas de *strong-form judicial review*. Nestes últimos (sistemas de *judicial review* forte), como acima já explanado, os juízes podem afastar as escolhas dos representantes legítimos do povo (o Parlamento), retirando do ordenamento jurídico as leis que forem entendidas como inconstitucionais, sem que existam mecanismos eficientes para a eventual superação do entendimento judicial num curto-médio espaço de tempo. A atuação do Judiciário independe de um “diálogo” institucional com o Legislativo, posto que a tarefa de reconhecer a constitucionalidade ou não de uma norma é vista como um mero ato de técnica jurídica, acessível, em regra, apenas aos Tribunais.<sup>70</sup> A decisão da Corte é, em princípio, insuperável, salvo pelo duro caminho da emenda constitucional ou pela eventual alteração do entendimento do colegiado (quase sempre em razão da mudança na composição dos membros).

Por outro lado, nos modelos de *weak-form judicial review* o Poder Judiciário tem a

---

<sup>70</sup> Não se esquece, obviamente, que nos sistemas de *strong-form judicial review* também há mecanismos de controle de constitucionalidade fora dos Tribunais, denominados controles políticos. Estes, por exemplo, podem ser realizados pelo próprio Poder Legislativo dentro do processo de criação da lei ou através da atuação do Poder Executivo (ex. vetando uma lei aprovada pelo Legislativo por entender que esta padece de vício de inconstitucionalidade). Entretanto, deve notar-se que na realidade prática o grande destaque não recai sobre estas espécies de controle político, mas sim sobre o controle jurisdicional da constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário com base numa técnica jurídica e não simplesmente política.



possibilidade de manifestar-se sobre a constitucionalidade de uma norma jurídica. Entretanto, a manifestação do Judiciário abrirá uma espécie de diálogo institucional, levando a questão de volta ao Parlamento, o qual poderá concordar com o entendimento da Corte e nada fazer, ou, se a discordância permanecer, superar a decisão judicial e manter o seu próprio ponto de vista. Aqui existe uma clara separação entre declaração da inconstitucionalidade e os efeitos desta declaração.

Tomando como exemplo o modelo britânico, a Corte competente pode reconhecer a incompatibilidade de uma norma jurídica aprovada pelo Parlamento com os direitos da Convenção. Como se falou, esse reconhecimento judicial de que a norma jurídica não respeita os direitos previstos na CEDH não gera o afastamento da norma do ordenamento jurídico (o que seria uma consequência ordinária nos sistemas de *strong-form judicial review*). A retirada da norma incompatível do ordenamento jurídico dependerá da atuação de outros atores, no caso o Ministro competente, que poderá fazer uso do *remedial action*, mas o final a palavra que valerá será a do Parlamento, o qual decidirá se a norma viciada permanecerá em vigor ou se será revogada/emendada. Assim, a função exercida por apenas um órgão de Poder na *strong-form judicial review*, é aqui dividida entre dois: o Judiciário e o Legislativo.

Uma outra característica importante é que o procedimento disponível ao Legislativo para eventual superação do entendimento judicial não é muito complexo. Mas o que se quer dizer com “não muito complexo”? A ideia é que o procedimento não poder ser tão dificultoso a ponto de impedir, em um curto-médio prazo, a manifestação legislativa. Analise-se, por exemplo, o processo Legislativo para emenda constitucional no direito norte-americano. O procedimento lá previsto possui tantos requisitos que é extremamente difícil de ser aplicado no caso concreto. É justamente por isso que no sistema americano a decisão judicial em termos de inconstitucionalidade é praticamente insuperável, diante da inviabilidade prática de ser alterada a Constituição para a adequar à lei declarada inconstitucional. Por outro lado, o procedimento também não pode ser muito flexível a ponto de ser utilizado de forma banal. A flexibilidade extrema poderá fazer com que o Parlamento não sinta qualquer constrangimento ou dificuldade em ignorar todos os pronunciamentos judiciais de inconstitucionalidade, transformando o sistema em uma

verdadeira supremacia parlamentar.<sup>71</sup>

Quanto ao respeito básico aos princípios do constitucionalismo contemporâneo, quer-se dizer que as instituições estatais devem estar direcionadas e comprometidas com o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Desta feita, tanto os Tribunais quanto o Legislativo serão campos de discussão e diálogo em busca da melhor aplicação dos direitos fundamentais, cada um através da sua linguagem própria.<sup>72</sup>

## 7. Os modos de atuação da *weak-form judicial review*

### 7.1. Mandado interpretativo

Os sistemas de *weak-form judicial review* possuem graus diversos de atuação. O primeiro deles é o que se pode chamar de “mandado interpretativo”. O modelo de mandado interpretativo é a forma utilizada pela *New Zealand Bill of Rights Act* ao determinar que a interpretação de todos os dispositivos legais deverá ser feita de modo consistente com os direitos e liberdades previstos na *Bill of Rights*, sendo esta interpretação consistente preferível à qualquer outra.<sup>73</sup> Diferentemente do que poderia parecer, a força de um mandado interpretativo é grande na prática. Imagine que a Corte constitucional se depare com uma norma de conteúdo ambíguo (o que não é raro). Analisando o texto, duas interpretações são possíveis: uma que protege um direito previsto na *Bill of Rights* e outra que não o protege (ainda que proteja outros direitos). Se não houvesse um mandado interpretativo, o juiz estaria livre para admitir qualquer uma das direções, desde que fundamentasse de forma consistente com o sistema jurídico. Entretanto, a existência de um

---

<sup>71</sup> Como se vê, as diferenças entre a *strong-form judicial review*, a *weak-form judicial review* e a soberania parlamentar estão intimamente ligadas à dificuldade ou facilidade do procedimento previsto para emenda constitucional. Neste sentido, Tushnet (2008, p. 24) afirma que “*as the amendment process becomes easier, judicial review becomes weaker – and, conversely, as the legislative process become more difficult (with respect to specific issues, perhaps), judicial review becomes stronger.*”

<sup>72</sup> Cabe lembrar que há necessidade de separar os conceitos de constituição e constitucionalismo. A simples existência de um texto (ou de costumes) contendo disposições organizativas, competências de órgãos e a previsão de alguns direitos e deveres pode ser suficiente para se dizer que um Estado possui uma Constituição. Contudo, a existência destas normas não é suficiente para se considerar que um Estado esteja inserido no constitucionalismo contemporâneo. Para isso, faz-se necessário que as instituições envolvidas busquem, seriamente, a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e respeitem as respectivas liberdades individuais.

<sup>73</sup> Veja-se a *New Zealand Bill Of Rights Act* de 1990, parágrafo 6°.

mandado interpretativo direciona o caminho a ser tomado pelo Judiciário, sendo necessária a opção pela interpretação que protege os direitos previstos na *Bill of Rights*. Assim, a utilização da norma (seja pelo Legislativo, pelo Executivo ou por particulares) com interpretação diversa daquela entendida como adequada aos direitos previstos na *Bill of Rights* pelo Tribunal, poderá acabar por ser fulminada pela Corte. Desta forma, a norma permanece com o texto inalterado, mas apenas uma determinada interpretação (adequada à Carta de direitos positivada) poderá ser utilizada.

Daí vê-se que mesmo o sistema possuindo a forma de mandado interpretativo (o modelo mais brando de *weak-form judicial review*), a Corte terá poderes para direcionar a interpretação e a aplicação da norma jurídica. Como explana Tushnet (2008, p. 26) “*proponents of the interpretative mandate as a version of weak-form review hope that the judges’ discussion of both the substantive rights and the questionable statute will introduce legislatures to accept the court’s right-protective statutory interpretation. They hope that the judges have to say will persuade the legislature that it actually does not want to adopt a right-restrictive policy.*”

Contudo, o problema pode se apresentar de outra forma: Imagine-se que todas as interpretações possíveis a partir do diploma impugnado sejam contrárias aos direitos previstos na *Bill of Rights*. Neste caso, o que a Corte poderia fazer?

Primeiramente, deve ser lembrado que um *mandado interpretativo* não tem força para revogar a lei. Assim, a Corte não poderia simplesmente dizer que a norma impugnada não se adequa aos termos da *Bill of Rights* e por isso deveria ser afastada do ordenamento jurídico. No caso da Nova Zelândia, não há sequer um instrumento como a declaração formal de incompatibilidade do sistema britânico. Assim, abrem-se as seguintes possibilidades para a Corte: 1) deferência ao Legislativo; 2) Produção de uma interpretação “inovadora” ou 3) Indemnização pelo descumprimento da *Bill of Rights*.

A primeira possibilidade, qual seja, deferência ao Legislativo, significa uma atuação completamente passiva do Poder Judiciário nos casos em que a legislação seja incompatível com os direitos previsto na *Bill of Rights*. Nesta situação, a Corte aceitaria a

vigência da norma sem produzir qualquer constrangimento (político ou jurídico) ao Parlamento, ainda que este último tenha aprovado um estatuto que viola os direitos fundamentais positivados. Tal conduta representaria, na prática, a prevalência do princípio da soberania parlamentar e uma “inefetividade prática” da *judicial review of legislation* e da Carta de direitos. Pode-se dizer que isto foi o que aconteceu, por exemplo, no Canadá na época de vigência da *Canadian Bill of Rights* de 1960 em razão da teoria dos *frozen concepts*.

Já a segunda hipótese (produção de uma interpretação “inovadora”) tem o perigo de conceder ao Judiciário poderes quase ilimitados, posto que permite aos juízes que se afastem dos limites da lei e produzam um novo sentido para a norma que terá, na verdade, uma resposta completamente diversa daquela pensada pelo legislador democrático. Esta solução representa, no mais das vezes, uma invasão na esfera de competência do Legislativo pelo Poder Judiciário, culminando num fenômeno hoje conhecido como ativismo judicial “típico do controle de constitucionalidade em sistemas sociopolíticos com uma cultura democrática mais frágil, como é o caso do Brasil” (SILVA, 2014, p. 22).

Por fim, a última hipótese, qual seja, fixação de um valor indenizatório a ser pago pelo Estado em favor da vítima em razão da violação da Carta de direitos, parecer ter sido a opção adotada pela Suprema Corte da Nova Zelândia nos casos em que é impossível interpretar uma norma jurídica de acordo com os direitos previstos na NZBRA. Isto pode ser constatado, por exemplo, no julgamento do caso *Baigen* (já citado neste trabalho). Esta opção tem a vantagem de presumir uma certa deferência ao Parlamento (ao se reconhecer que o Tribunal não pode afastar a lei), mas também serve como elemento de pressão para que o Estado tome a iniciativa de adequar a legislação à *Bill of Rights*. O problema é que nem sempre sanções pecuniárias são efetivas para pressionar ou constranger o Legislativo a produzir leis compatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos, além do fato da simples condenação do Estado ao pagamento de uma indenização não instaurar um diálogo institucional efetivo entre o Judiciário e o Legislativo.

De toda forma, tratando-se de um modelo de *weak-form judicial review*, se o Legislativo não concordar com a interpretação formulada pela Corte, entendendo que a

interpretação legislativa original era a correta, poderá o Parlamento restabelecer o sentido primário da norma, seja mediante a aprovação de uma lei interpretativa dizendo qual é a interpretação autêntica que deverá ser adotada, seja alterando a própria *Bill of Rights*, a qual, não sendo petrificada, pode ser modificada pelo legislador através de procedimento ordinário.

Contudo, mesmo num sistema que adote este modelo mais fraco de *weak-form judicial review* (mandado interpretativo) estas soluções não são tão fáceis para o legislador. A edição de uma lei interpretativa transmite um recado ao Judiciário, mas também está sujeita a ser interpretada outra vez pela Corte, a qual mais uma vez pode usar o mandado interpretativo para direcionar a decisão final. Por fim, a alteração da *Bill of Rights* pode ser um caminho efetivo a ser adotado pelo legislador com o objetivo de fazer valer a sua opinião, no entanto possui um grande custo político e muitas vezes pode não ser viável. Não será fácil convencer a população de que um direito reconhecido/protegido por uma decisão judicial pretérita deverá ser suplantado pelo Legislativo. Como bem destaca Tushnet (2008, p. 27) “*this political dimension of even interpretative mandate, the weakest variant of weak-form judicial review, suggests that the difference between weak-form and strong-form review may not be as dramatic as it might seem as first.*”

Assim, vê-se que mesmo na forma mais branda de *weak-form judicial review* (o mandado interpretativo) há uma efetiva participação do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis, com efeitos importantes na proteção dos direitos fundamentais, mas deixando ao Legislativo uma “válvula de escape” (não muito fácil de ser utilizada) caso pretenda assumir o risco político de impor a sua visão sobre o que é o direito.

## **7.2. Mandado interpretativo-argumentativo**

O sistema adotado na Inglaterra pode ser classificado como um mandado interpretativo-argumentativo. Isto porque além de possuir características interpretativas semelhantes ao modelo neozelandês, ou seja, o dever de interpretar as normas de forma adequada à *Bill of Rights*, com as consequências acima firmadas, possui um elemento

argumentativo extra, qual seja, a declaração de incompatibilidade que pode ser proferida pelos Tribunais competentes.

Pois bem, mas como acima se falou, a declaração de incompatibilidade não anula a lei incompatível, nem obriga o Parlamento a alterá-la ou a aceitar uma alteração proposta pelo Ministro competente. Então, no caso concreto, um litigante poderia, na sua perspectiva, acreditar que o seu direito não restaria protegido ainda que houvesse uma declaração de incompatibilidade, posto que a lei incompatível continuaria em vigor e seus direitos continuariam a ser desprotegidos. O Legislativo poderia dizer que reconhece a declaração de incompatibilidade, mas mesmo assim manterá ativa a lei.

Na verdade, não obstante esta possibilidade, a prática demonstra o contrário. Primeiro, porque a declaração de incompatibilidade tem o benefício de permitir o acionamento do *remedial action*, com o conseqüente “risco” do Ministro competente iniciar um procedimento rápido de alteração da legislação incompatível, e ainda (em casos urgentes) de alterar ele mesmo a legislação, submetendo-a à apreciação posterior do Parlamento. Ou seja, têm-se aí um elemento argumentativo (e não apenas interpretativo) que é a nova legislação elaborada pelo Ministro (e provavelmente compatível com os direitos da Convenção) além da decisão judicial de incompatibilidade. Este elemento argumentativo aumenta muito o custo político em desfavor do Parlamento, caso este pretenda manter em vigor a legislação nos moldes originais.

Ademais, há uma outra questão importante. Uma declaração de incompatibilidade proferida pode, internamente, não produzir qualquer efeito prático para o litigante. Entretanto esta declaração significa que, naquele caso julgado, houve uma violação pelo Reino Unido dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, no entender do Judiciário britânico. Esta declaração, de pouco valor interno, pode ser um grande trunfo para o litigante na Corte de Estrasburgo. Em uma reclamação perante o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, o litigante pode requerer a condenação do Reino Unido pelo descumprimento dos direitos previstos na CEDH, e, do ponto de vista argumentativo, possuir uma declaração de incompatibilidade reconhecida pelo próprio Judiciário interno é um grande valor em favor do litigante em sua reclamação perante o

TEDH. Os juízes de Estrasburgo não estão obrigados a concordar com o entendimento da Corte britânica, mas certamente pensarão: “se os juízes britânicos entenderam que o seu próprio Governo violou a Convenção, quem somos nós para dizer o contrário? Certamente não estaremos em maus lençóis com o Reino Unido se simplesmente dissermos que concordamos com o que decidiram os juízes do seu próprio país.” (TUSHNET, 2008, p. 30).

Ademais, o Governo não quer ser visto (seja internamente, seja internacionalmente) como um contumaz violador da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Se as declarações de incompatibilidade forem todas mantidas sem resposta, com a sobrevivência indistinta das normas ainda que judicialmente reconhecidas como incompatíveis com os Direitos da Convenção, isso gerará um desgaste político interno e internacional ao Governo, o qual não é, de forma alguma, desejável.

Visto dessa forma, percebe-se que o modelo interpretativo-argumentativo apresenta mecanismos eficientes que conferem ao Poder Judiciário significativa importância no controlo de constitucionalidade e na proteção dos direitos humanos,<sup>74</sup> mas sem tolher completamente o Legislativo do seu poder de proferir a última palavra em termos de constitucionalidade. Isto porque, conforme argumentado, nas questões mais polêmicas e que tratem de princípios fundamentais da nação o Legislativo poderá (mesmo diante do posicionamento contrário da Corte) manter em vigor a lei declarada incompatível pelo Judiciário (sobretudo quando houver respaldo popular), em respeito ao princípio democrático e em consonância com as duas mais importantes premissas da *weak-form judicial review*: 1) que pode haver uma divergência extremamente razoável de opiniões sobre o que, exatamente, é o sentido dos direitos fundamentais (positivados ou não) em termos abstratos; 2) que as Cortes nem sempre terão a única e cabível interpretação razoável em termos de direitos e garantias fundamentais.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Neste sentido, Aileen Kavanagh afirma que o poder conferido aos juízes para proteger os direitos humanos foram substancialmente aumentados com a entrada em vigor do HRA (KAVANAGH, 2004, p. 274).

<sup>75</sup> No mesmo caminho, Tushnet (2008, p. 31) afirma “*that there can be reasonable disagreement about what it is, exactly, that fundamental rights described in abstract terms protect and prohibit – or, equivalently, that courts will not always come up with the only reasonable interpretation of fundamental rights guarantees*”

### 7.3. Mandado argumentativo-dialógico

O modelo de *weak-form judicial review* instituído no Canadá pode ser denominado de dialógico.<sup>76</sup> Isso se explica porque, como bem ensinam Peter Hogg e Allison Bushell, o efeito da Carta é raramente o de bloquear um objetivo Legislativo, mas sim de influenciar a forma de execução da legislação através de um “diálogo” entre os Poderes Judiciário e Legislativo. “*Charter cases cause a public debate in which Charter-protected rights have a more prominent role than they would have if there had been no judicial decision. The process is best regarded as a "dialogue" between courts and legislatures*” (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 1).

E é justamente este diálogo que se espera com a instituição de modelos de *weak-form judicial review*. Com já se demonstrou neste trabalho, a CCORF de 1982 possui duas provisões que criaram uma interessante espécie de *weak-form judicial review* no Canadá e que podem promover um produtivo diálogo institucional, quais sejam: as Seções 1 e 33.<sup>77</sup> Estas seções permitem duas espécies de respostas diferentes.

Com base na Seção 1, a Carta (CCORF) protege os direitos e liberdades estabelecidos, mas tais direitos e liberdades podem ser sujeitos aos limites razoavelmente prescritos por uma lei, caso estes limites possam ser comprovadamente justificados numa sociedade livre e democrática.<sup>78</sup> Assim, o Legislativo pode responder a uma decisão judicial de inconstitucionalidade com a simples reedição da norma impugnada (*in-your-face response*) com nova justificação. A ideia central é que a invalidação de uma norma

---

<sup>76</sup> Veja-se o artigo “*The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*” de autoria de Peter Hogg e Allison Bushell (1997).

<sup>77</sup> Fala-se aqui nas duas cláusulas que inseriram a *weak-form judicial review* no Canadá (TUSHNET, 2008, p. 33). Entretanto, Peter Hogg e Allison Bushell (1997, p. 82) referem-se a quatro instrumentos que facilitam o diálogo no sistema. São eles as já referidas Seções 1 e 33; os “direitos qualificados” nas Seções 7, 8, 9 e 12; e a garantia de igualdade de direitos, prevista na Seção 15(1). Contudo, para fins deste trabalho, ater-se-á apenas às duas primeiras cláusulas, as quais são os instrumentos, por excelência, que instituíram a *weak-form judicial review* no Canadá.

<sup>78</sup> Neste mesmo sentido e citando o texto da própria Seção 1, Mark Tushnet afirma no artigo “*Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*” que “*Section 1 provides that the rights guaranteed by the Charter are subject to ‘such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.’*” (TUSHNET, 2006b, p. 4).



pelo Judiciário, por exemplo com uma maioria apertada de 6 x 5 votos, não anula a razoabilidade da interpretação constitucional vencida. Ou seja, a maioria da Corte (6 votos) entendeu, de forma razoável, que a norma seria inconstitucional. Por outro lado, outros 5 votos, também com interpretações razoáveis, entenderam que a norma era constitucional. Neste sentido, o legislador pode responder ao Judiciário com a reedição da norma (com nova justificação), passando o recado de que a maioria democrática (além dos juízes vencidos) tem uma outra interpretação constitucional, também razoável, e que deverá ser considerada (TUSHNET, 2008, p. 47).

Observe-se que a reedição da norma (*in-your-face response*) não encerra o diálogo, mas simplesmente o dá continuidade, posto que o Judiciário poderá reapreciar a nova norma, concordando com ela e com as novas razões do Legislativo ou declarando novamente a inconstitucionalidade.

Por outro lado, o uso da Seção 33 ocorre de forma diferente, mas do mesmo modo invocando um diálogo sobre o sentido constitucional (TUSHNET, 2008, p. 33), como se demonstra adiante.

Nos termos da Seção 33, a partir do momento em que uma determinada norma é declarada inconstitucional pela Corte, o Legislativo tem a possibilidade de superar a decisão judicial com a utilização de uma cláusula *notwithstanding*. A utilização desta cláusula pressupõe, obviamente, uma séria discussão legislativa sobre a decisão judicial já exarada e os argumentos lá descritos. Conforme acima se falou com relação ao sistema Inglês, a atuação do Parlamento, após a existência de uma decisão judicial contrária à norma jurídica impugnada, é por demais dura e com grande custo político que muitas vezes o Legislativo não deseja assumir. Contudo, o fato de existir essa possibilidade de superação legislativa do pronunciamento judicial certamente iniciará uma discussão. Como se vê, há um diálogo entre a formulação inicial da lei (elaborada e fundamentada pelo Legislativo), o pronunciamento judicial e a posterior “reapreciação” pelo Poder Legislativo que irá avaliar a conveniência de aceitar a decisão da Corte ou utilizar a cláusula *notwithstanding*.

Ademais, no sistema canadense esse diálogo permanecerá no tempo, inclusive atingindo as futuras composições do Parlamento, já que a “imunização” permitida pela Seção 33 tem um prazo máximo de 5 anos, de modo que a manutenção da cláusula necessita de reapreciação legislativa ao fim do prazo, instalando-se novamente o canal de diálogo entre o Legislativo e o Judiciário (sobre o tema impugnado) a cada quinquídio.

## **8. *Strong-form judicial review* x *weak-form judicial review* – a prevalência do diálogo**

Com já se falou, nos sistemas de *strong-form judicial review* a interpretação judicial sobre o direito constitucional é final e irreversível pelas maiorias legislativas ordinárias (TUSHNET, 2008, p. 33). A interpretação da Corte sobre a Constituição poderá ser alterada apenas através de uma emenda constitucional (o que requer uma maioria qualificada) ou através da modificação do pensamento da própria Corte, geralmente em razão da substituição de velhos membros por novos. Já nos sistemas de *weak-form judicial review* permite-se a revisão da interpretação judicial da Constituição pelas maiorias legislativas ordinárias em procedimento mais simplificado. Como explica Tushnet (2008, p. 35), “*strong-form systems allow political branches to revise judicial interpretation in the longish run, weak-form ones in the short run.*”

Contudo, a grande importância desta diferença formal no modo de superação do entendimento judicial é a possibilidade de instalação de um diálogo entre as instituições democráticas. Este diálogo, tão raro nos sistemas de *strong-form review*, tem bem mais possibilidades de florescer nos modelos de *weak-form*, em razão da não definitividade da interpretação exarada pela Corte e do canal de diálogo instalado justamente após a manifestação judicial. Esse diálogo é o que Tushnet chama de “*real-time conversation*” entre o Legislativo e a Corte. Esta conversação pode ocorrer de forma rotineira, conferindo o mesmo peso às interpretações oferecidas pelo legislador e pelo Judiciário (TUSHNET, 2008, p. 36) e não uma prevalência cega e irrestrita desta última.

A ideia básica a fundamentar os sistemas de *weak-form judicial review* é a compreensão de que as normas jurídicas nem sempre possuem um único sentido correto e possível. Isto é ainda mais evidente diante das normas constitucionais, que são, por natureza, impregnadas de abstratividade. Assim, a interpretação de uma norma Constitucional pode levar razoavelmente a respostas distintas. A Corte, tendo necessidade de decidir, deverá escolher uma destas possibilidades, fazendo uma escolha razoável. Entretanto, isto não significa que outras escolhas razoáveis não sejam também possíveis.

Então, podendo haver uma outra interpretação razoável, seria importante chamar o Legislativo, órgão eleito democraticamente pela maioria dos cidadãos, para se manifestar e ter participação efetiva nesta discussão e interpretação constitucional. O que os modelos de *weak-form judicial review* buscam é, sobretudo, colocar o Legislativo dentro deste sistema de controlo de constitucionalidade de uma forma mais efetiva, permitindo-se uma maior participação democrática.

## **9. Avaliando os modelos de *weak-form judicial review***

O modelo de constitucionalismo norte-americano (e a variante germânico-austriaca) alastrou-se pelo mundo, sobretudo em razão das atrocidades ocorridas na Europa e no Japão na primeira metade do século XX. Sob a visão norte-americana (e difundida para todos os modelos de *strong-form judicial review*), os direitos fundamentais só estariam devidamente protegidos se se encontrassem positivados numa Carta Constitucional com valor superior dentro do ordenamento jurídico, podendo ser afastada qualquer produção legislativa contrária a tais direitos, através de uma decisão judicial irrevogável. Esta ideia exclui completamente os modelos de supremacia parlamentar, por se entender que estes tutelariam inadequadamente os direitos fundamentais ao deixá-los desprotegidos da atuação do legislador ordinário.

Esta concepção criou ideologicamente dois polos diametralmente opostos: De um lado o sistema de *judicial review* “forte” e de outro a supremacia parlamentar, os quais seriam inconciliáveis em qualquer sentido. A escolha entre um ou outro modelo geraria um correlato custo negativo, o qual nunca foi desconhecido, mas sim aceito.

O custo da escolha de um sistema de soberania parlamentar é, em suma, o risco da concessão de poderes ilimitados ao legislador ordinário, o qual pode, fazendo uso do poder de uma maioria oportuna, aniquilar direitos fundamentais das minorias, sem a possibilidade de qualquer controlo posterior. Este risco é real e muitas vezes já se manifestou na prática. Contudo, para os defensores da soberania parlamentar, as vantagens decorrentes do carácter extremamente democrático do sistema de soberania parlamentar superaria, em muito, o referido risco. Ademais, cada Parlamento poderia manifestar, a seu tempo, o que é válido para a sociedade no momento atual, não estando preso a textos constitucionais velhos e desatualizados.

Por outro lado, a adoção de um sistema de *judicial review* “forte”, com uma carta de direitos plenamente constitucionalizada e com o poder de decisão final nas mãos do Judiciário<sup>79</sup> possui também inúmeros riscos que já foram amplamente discutidos pela doutrina dos Estados Unidos e dos muitos países que copiaram tal sistema. Em resumo, pode-se dizer que o “veto” judicial de uma legislação democraticamente aprovada pelo Parlamento atinge o princípio democrático, posto que a vontade do povo (em tese representada pelos parlamentares eleitos) deixa de ser respeitada em favor do entendimento de uns poucos seres “iluminados” que sequer foram eleitos democraticamente e que não são responsabilizáveis por suas decisões. Ademais, o parâmetro de controlo utilizado pelo Judiciário é um texto passado (com séculos de vigência, por exemplo, no caso da Constituição norte-americana) e que engessa a vontade atual e futura do povo em favor de uma “vontade de pessoas mortas”. Por fim, ainda há o clássico argumento de Thayer (1893) o qual afirma que a *judicial review* desencoraja o Poder Legislativo e o povo de discutirem as questões de maior peso, justamente porque a responsabilidade pela decisão final está exclusivamente nas mãos do Poder Judiciário, enfraquecendo a capacidade política do Parlamento e do próprio povo. Assim, o povo prefere não discutir os problemas de base da sociedade, o Parlamento prefere não enfrentar os temas polêmicos para evitar

---

<sup>79</sup> Lembre-se de que quando se fala em “decisão final” se está a referir num curto espaço de tempo e de maneira ordinária, posto que, mesmo nos sistemas de *strong-form judicial review* ainda persiste a possibilidade de reversão da decisão judicial de inconstitucionalidade através de uma emenda constitucional que “constitucionalize” a lei declarada inconstitucional ou a mudança do entendimento da Corte pela substituição dos membros em razão de aposentadoria, morte ou afastamento.

desgaste político, deixando-se tudo para as Cortes decidirem, gerando um claro esvaziamento democrático.

Por outro lado, mesmo cientes destes problemas, os defensores da *judicial review* argumentam que os benefícios superariam os males. Dizem primeiramente que não há falha democrática já que os juizes das Supremas Cortes são escolhidos pelo Poder Executivo (democraticamente eleito pelo povo) e com anuência do próprio Parlamento (que representa também o povo). Quanto ao texto constitucional “engessado” argumenta-se que isto se dá em razão da manifestação de um poder constituinte originário, com limites completamente diversos do poder constituinte derivado. O primeiro, por ocorrer num momento de “revolução” e “criação do Estado” teria melhores condições para proteger direitos fundamentais dos cidadãos, sobretudo das minorias. Neste contexto, estes direitos conquistados deveriam ser protegidos das maiorias eventuais que se formam a cada legislatura, defendendo-se o “núcleo duro” dos direitos contra quaisquer modificações. Por fim, dizem que a *judicial review* “forte” não impede a participação política do povo e do Poder Legislativo quanto aos temas centrais da sociedade. Diz-se isto porque a discussão política ocorre no momento da criação da lei e poderá ainda ser retomada com o debate sobre eventual emenda constitucional.

É justamente neste contexto que os sistemas de *weak-form judicial review* estudados se colocam como um meio termos entre estes dois extremos, buscando os benefícios de ambos e a superação dos problemas apresentados.<sup>80</sup> A novidade destes sistemas é justamente o fato de entenderem que não há uma necessária dualidade de opções (supremacia parlamentar *versus* *judicial review* “forte”), podendo-se superar o conflito entre supremacia parlamentar e efetiva proteção judicial de direitos fundamentais através da construção de modelos híbridos que mantenham o que há de essencial em ambos: a proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e a retenção pelo Poder Legislativo do direito de ter a palavra final sobre o que é a legislação estatal. Gardbaum (2002, p. 741), por exemplo, explica que entre os dois pontos conflitantes destes sistemas

---

<sup>80</sup> Neste sentido, Kent Roach sugere que as modernas declarações de direitos permitem aos cidadãos – o último ponto de referência em uma democracia – a desfrutarem tanto dos benefícios do “ativismo judicial” quanto dos benefícios do “ativismo legislativo” (ROACH, 2001, p. 68).

polares (o *status* jurídico dos direitos fundamentais e a respectiva proteção pelo Poder Judiciário) existem posições intermediárias que podem ser adotadas.

Tais sistemas criam novas opções interessantes. Primeiramente, quanto ao *status* jurídico dos direitos fundamentais, os modelos estudados de *weak-form judicial review* rejeitam a ideia de que eles devam estar positivados como lei suprema e imodificável, mas, por outro lado, também rejeitam a ideia de que devam ser simples leis ordinárias, abandonando, assim, as posições clássicas tanto do constitucionalismo norte-americano quanto dos modelos de supremacia parlamentar. Em todos os modelos de *weak-form judicial review* estudados neste trabalho as declarações de direitos assumiram uma posição diferenciada (GARDBAUM, 2002, p. 742). No caso do Canadá, os direitos previstos na CCORF possuem *status* de norma constitucional, entretanto podem deixar de valer para um caso específico se houver a edição de uma cláusula *notwithstanding* (aprovada por maioria legislativa simples) dizendo que uma determinada lei valerá, não obstante estar em conflito com um direito fundamental previsto na CCORF. Se as normas da CCORF tivessem o “clássico” *status* constitucional, não sofreriam tal restrição por vontade de uma maioria legislativa simples. Por outro lado, a CCORF também não se confunde com uma lei ordinária qualquer, posto que não pode, por exemplo, ser revogada por lei ordinária posterior, só podendo ser afastada do ordenamento canadense por meio de emenda constitucional.<sup>81</sup>

Na Nova Zelândia, as normas da *New Zealand Bill of Rights Act* obrigam a que as demais normas sejam interpretadas de modo compatível com os direitos fundamentais nela previstos, sendo assim um “quadro axiológico” para todo o sistema jurídico. No entanto, se estas normas conflitantes não puderem, de forma alguma, ser interpretadas de acordo com os direitos previstos na *Bill of Rights*, o Parlamento pode, através de uma simples lei ordinária, revogar a Carta de direitos.

No Reino Unido as normas previstas no HRA também possuem esse caráter inovador. Por um lado, são mais fortes até do que as clássicas normas constitucionais britânicas, posto que além de disseminarem um dever interpretativo em todo o sistema

---

<sup>81</sup> No Canadá, os direitos previstos na CCORF só podem ser emendados ou revogados por meio de um procedimento qualificado, assim como no modelo norte-americano.

jurídico e servirem de parâmetro para uma declaração judicial de incompatibilidade de outras normas, possuem também a prerrogativa de não serem revogadas tacitamente por leis ordinárias posteriores e com elas incompatíveis.<sup>82</sup> Contudo, em alguns momentos possuem menos força do que uma lei ordinária, posto que, conforme acima descrito, não podem revogar outras normas com elas conflitantes, ainda que sejam anteriores à entrada em vigor do HRA.

No âmbito da proteção judicial dos direitos fundamentais através do controle de constitucionalidade das normas provenientes do Legislativo, os três modelos estudados também abandonaram a dialética do “tudo ou nada”, ou seja, total poder para o Legislativo e nada para o Judiciário, ou vice-versa. Ao invés disto, assumiram posições intermediárias que buscam instituir um diálogo entre os Tribunais e os Parlamentos, com o objetivo de equilibrar o princípio democrático e a proteção jurídica dos direitos fundamentais através do Poder Judiciário. Neste sentido, a legislação canadense permite às Cortes a realização do controle de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, confere ao Legislativo a possibilidade de reinstaurar leis incompatíveis ou imunizar determinadas leis, ainda que sejam entendidas como inconstitucionais pelos Tribunais por estarem em conflito com os direitos previstos na CCORF. No Reino Unido, os Tribunais têm o poder de interpretar (e definir a interpretação válida) de todas as normas jurídicas de acordo com o HRA, além de expor uma lei conflitante através de uma declaração de incompatibilidade, com a expectativa (e não garantia) de que a norma seja reformada pelo Legislativo (GARDBAUM, 2002, p. 743). No entanto, o poder de reformar ou retirar definitivamente do ordenamento jurídico uma determinada lei não é conferido ao Judiciário, sendo uma competência exclusiva do Parlamento. Já na Nova Zelândia, os Tribunais tem o poder de aplicar os direitos fundamentais através da definição de uma interpretação das normas de modo compatível com os direitos previstos na *Bill of Rights* (poder interpretativo), mas sem haver a possibilidade de invalidação judicial das leis.

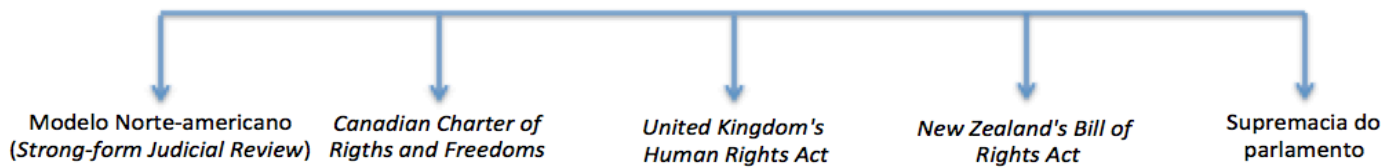
Assim, como afirma Gardbaum (2002, p. 743), “*the hybrid bills of rights suggest*

---

<sup>82</sup> No caso do Reino Unido, as normas do HRA podem ser revogadas ou emendadas pelo Parlamento por maioria simples. Contudo, esta revogação ou emenda não poderá ser tácita (como ocorre ordinariamente) só sendo possível se for feita de forma expressa, o que confere uma maior dificuldade de eliminação e maior garantia aos direitos fundamentais previstos no HRA, em razão do maior custo político de uma revogação ou emenda expressas.

*the possibility that the claims of legislative supremacy and effective fundamental rights protection are not mutually exclusive but rather form a continuum ranging from the most absolute conception of legislative supremacy at one pole, to the American model of a constitutional bill of rights at the other.*” Esta ideia é muito importante: os modelos de *weak-form judicial review* estudados comprovam que entre os dois polos opostos (supremacia do Parlamento e *strong-form judicial review*) há um espectro de possibilidades intermediárias. No caso, percebe-se que o modelo da Nova Zelândia é o mais próximo do polo da supremacia parlamentar. Isto porque mantém a soberania legislativa quanto à possibilidade de revogação da *Bill of Rights* pelo Parlamento. No entanto, afasta-se desta na medida em que o dever interpretativo confere às Cortes poderes que se configuram como limitação clara à vontade do legislador, de modo que o sentido das normas aprovadas será definido pelo Tribunal, com o objetivo de se aproximar o mais possível da compatibilidade com os direitos previstos na *Bill of Rights*. Este poder é uma inovação e não seria compatível com os cânones clássicos da soberania parlamentar. Já o sistema britânico se coloca numa posição mais afastada da soberania parlamentar e um pouco mais próxima do modelo norte-americano. Isto porque além de um dever interpretativo semelhante ao existente no sistema neozelandês, o HRA britânico prevê o poder das Cortes declararem uma lei incompatível, caso não consigam interpretá-la de modo compatível com a *Bill of Rights*, esperando-se (como já se falou, uma expectativa e não uma obrigação) que, após a declaração de incompatibilidade, haja a modificação da lei pelo Parlamento, prevalecendo o direito fundamental em face da lei impugnada. Por fim, e já próximo ao outro polo encontra-se o sistema canadense, posto que adota uma carta de direitos positivada e com *status* superior no ordenamento jurídico, assemelhando-se em muito ao sistema norte-americano, mas com a diferença básica da existência das cláusulas da Seção 33 e da Seção 1, as quais permitem aos Parlamentos “forçarem” a validade de uma lei ainda que venha a ser entendida como inconstitucional pela Corte suprema. Para fins didáticos, pode-se representar os sistemas graficamente da seguinte forma:





Assim, estes modelos intermediários buscam conciliar os extremos polos do *strong-form judicial review* norte-americano e da supremacia do Parlamento, tentando absorver os benefícios e afastar os problemas de cada um deles. Como afirma Gardbaum (2002, p. 744) “*of course, whatever the analytical niceties of this continuum in suggesting the existence of middle ground between the two poles, the newly institutionalized positions along it will only be attractive or plausible to the extent they genuinely balance and address the perceived problems with both of the polar choices. The claim again is that what is valuable and essential in both fundamental rights protection and parliamentary sovereignty can be had at the same time without their associated problems.*”

Resumindo, estes países (que antes adotavam o sistema puro de soberania parlamentar) possuem hoje uma melhor proteção dos direitos fundamentais através da instituição de declarações de direitos que podem ser protegidas judicialmente, inclusive (em certa medida) em face de eventual atuação do Parlamento em desfavor destes direitos. Eles saíram de um sistema de plena e ilimitada atuação do legislador para um modelo de controlo judicial da legislação (*judicial review of legislation*). No entanto, este controlo judicial é limitado em razão da permanência da prerrogativa dos Parlamentos em proferirem, caso queiram, a última palavra sobre o que é o direito estatal: “no Canadá, através do exercício da *override*; na Nova Zelândia, pela aprovação de uma lei que expressamente ou sem ambiguidades limite direitos; no Reino Unido, primeiro pela expressa limitação e depois através da negação de emendar ou revogar a lei após uma declaração de incompatibilidade.”<sup>83</sup>

<sup>83</sup> No original: “*In Canada by exercising the override; in New Zealand by enacting legislation that expressly or by unambiguous implication limits rights; in Britain, first by express limitation and then by refusing to amend or repeal the statute after a judicial declaration of incompatibility*” (GARDBAUM, 2002, p. 744).

## 10. Os potenciais benefícios dos sistemas de *weak-form judicial review* – o diálogo institucional democrático.

Diante daquilo que foi explanado até agora, cabe neste momento indagar se há, efetivamente, algum benefício de caráter democrático, bem como para a efetivação dos direitos fundamentais, nos sistemas de *weak-form judicial review*, comparando-os aos clássicos sistemas de supremacia parlamentar e de *strong-form judicial review*. Desde logo cabe dizer que os defensores dos sistemas híbridos elencam inúmeras vantagens,<sup>84</sup> mas, diante das limitações que são impostas em um trabalho como o presente, ater-se-á apenas a um dos pontos e que se considera aqui o mais importante: A transformação do monólogo judicial em um diálogo interinstitucional sobre direitos constitucionais.

A ideia de diálogo é, para o ponto de vista que se defende neste trabalho, um elemento central pois funcionaria como um instrumento de aprimoramento da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional e de diminuição da tensão entre proteção dos direitos fundamentais e democracia. Assim como afirma Roach (2006, p. 348), a ideia de diálogo deve ser vista como um meio de reconciliação da *judicial review* com a democracia.<sup>85</sup>

Cabe ressaltar que o termo diálogo é aqui utilizado como uma metáfora, que não representa, obviamente, uma conversa ampla e sincera entre dois amigos, mas sim um instrumento de trocas argumentativas entre instituições. Neste diapasão, toda vez que uma decisão judicial sobre a inconstitucionalidade de uma norma ficar aberta a uma superação legislativa, este “diálogo” se instaura, justamente porque o Legislativo poderá analisar a conveniência e oportunidade de superar (ou não) o entendimento formulado pela Corte após ter sido inserido um argumento jurídico na discussão. Este argumento jurídico será

---

<sup>84</sup> Por exemplo, Gardbaum diz que o novo modelo adotado em países da Comunidade Britânica apresenta quatro benefícios específicos em relação ao modelo norte-americano. São eles: “(a) *addressing the legislative and popular debilitation problem that has concerned many observers of traditional judicial review*; (b) *transforming constitutional rights discourse from a judicial monologue into a richer and more balanced inter-institutional dialogue*; (c) *enhancing the legitimacy of the courts’ role by creating a partial division of labor with respect to the common, and perhaps inevitable, task in constitutional adjudication of balancing individual rights against public policy imperatives*, and (d) *reducing, if not eliminating, the tension between judicial protection of fundamental rights and democratic decisionmaking*” (GARDBAUM, 2002, p. 725).

<sup>85</sup> “Nonetheless, in my own work, I have defended the idea of dialogue as a means of reconciling judicial review with democracy and, in the pages to follow, will assume its legitimacy” (ROACH, 2006, p. 348).

considerando pelo legislador, o qual poderá, ao final, concordar com ele e manter a decisão exarada ou poderá inserir um novo argumento próprio na discussão sobre o que é o direito constitucional e, em consequência, afastar (ao menos temporariamente) o pronunciamento judicial. Esta interação argumentativa é o que chama-se de “diálogo” neste trabalho.

Dentro da lógica clássica da *strong-form judicial review*, o Judiciário possui o monopólio de dizer o que é o direito constitucional. Para ilustrar, basta apenas lembrar a frase de Oliver Wendell Homes (então juiz da Suprema Corte norte-americana), o qual disse que “*the law is what the courts say it is*”(WALD, 1990, p. 290). Tal concepção faz com que o Judiciário bloqueie tentativas do Legislativo de participar do processo de interpretação constitucional, entendendo que qualquer interferência do Parlamento neste sentido seria uma invasão da competência e das prerrogativas exclusivas do Poder Judiciário.

O Parlamento, neste contexto, tende a perder importância e a se afastar das questões constitucionais mais complexas (o mesmo fenômeno tende a ser verificado em relação ao próprio povo), justamente por não ter a responsabilidade final quanto às questões de direito constitucional, como já relatado nos Estados Unidos por Thayer e citado neste trabalho. No entanto, esta concepção encontra um caminho para superação justamente nos sistemas de *weak-form judicial review*, posto que, concedendo ao Parlamento a possibilidade de “enfrentar” uma decisão judicial através de mecanismos como acima expostos, ele passa a fazer parte de um emaranhado processo de deliberação do sentido constitucional, que não mais se restringe ao Judiciário, mas sim transforma-se num diálogo entre o próprio Legislativo e a Corte, na medida em que o exame pelos Tribunais deixa de ser necessariamente a palavra final do sentido constitucional. Como bem leciona Mark Tushnet (2008, p. 66), “*weak-form review invites repeated interactions between legislatures on courts over constitutional meaning*”, com o objetivo de revigorar a participação legislativa e, em última instância, a participação popular.

Com já se falou, a expectativa é que esta atuação do Legislativo não seja rotineira (a superação rotineira e frequente de todas as decisões judiciais de inconstitucionalidade desnaturaria o sistema de *weak-form judicial review* e o transformaria em puro sistema de

soberania parlamentar), mas sim uma atuação consciente e mediante a realização de um amplo debate político. A realidade do Canadá, da Nova Zelândia e do Reino Unido comprova que o custo político da atuação parlamentar após uma decisão judicial que reconheceu a inadequação da lei em face de normas com caráter constitucional é muito grande, não sendo utilizado de forma banal pelo legislador. Contudo, a simples existência desta possibilidade recoloca o Legislativo e a opinião pública dentro do sistema de “interpretação constitucional”, seja pelos debates posteriores à decisão judicial sobre a conveniência ou não da superação da decisão através dos mecanismos próprio da *weak-form judicial review*, seja pela preocupação do próprio Poder Judiciário no momento da fundamentação de decisão de modo a torná-la legítima e compreensível ao legislador.

É importante ressaltar este ponto. Nos sistemas de *strong-form judicial review* a manifestação judicial é o ponto final próximo da discussão sobre os direitos. Assim, o Judiciário não necessita desenvolver exaustivamente a fundamentação da decisão judicial de inconstitucionalidade, em razão de não haver necessidade de “convencer” argumentativamente um outro Poder. O que importa é muito mais a decisão em si do que a fundamentação. Por outro lado, nos sistemas de *weak-form judicial review* a fundamentação exaustiva e ampla é fundamental, em razão da necessidade de convencer o outro Poder (o Legislativo) do acerto da decisão exarada e da desnecessidade da sua superação. É, com se vê, uma ampliação do jogo dialético e dialógico, que tem, claramente, a possibilidade de gerar resultados positivos.

Note-se que neste contexto as decisões judiciais ganham em legitimidade. A simples possibilidade de poderem ser superadas pelo legislador cria um equilíbrio maior no sistema de “freios e contrapesos” ainda que tal prerrogativa seja raramente utilizada (veja-se o Canadá). Ademais, a não utilização do poder de superação da decisão judicial também confere maior legitimidade à decisão judicial por se entender, ainda que implicitamente, que houve uma homologação da decisão jurídica pelo órgão representativo do povo, sendo também uma forma de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, com reflexos no fortalecimento democrático e de legitimidade da atuação da jurisdição constitucional como um todo. Em suma, como bem afirma Gardbaum, há um óbvio benefício teórico nos sistemas desenvolvidos na Inglaterra, no Canadá e na Nova Zelândia que é a solução direta

para o problema da legitimidade democrática associada ao *judicial review*, conferindo ao poder majoritário de governo (o Legislativo) e não mais aos Tribunais, a palavra final. O papel dos Tribunais torna-se o de alertar plenamente o povo, chamando a atenção para leis potencialmente inconstitucionais, de modo que o Legislativo possa responder completamente por elas (GARDBAUM, 2002, p. 755) após informado do ponto de vista jurídico.

No caso britânico, por exemplo, a doutrina têm entendido que a forma inovadora que o HRA instituiu para distribuir os poderes entre o Judiciário e os demais atores políticos do governo e do Legislativo tem, efetivamente, criado um campo fértil para a realização de um produtivo diálogo interinstitucional (BATEUP, 2009, p. 545).

Esse diálogo leva a uma divisão de trabalhos entre os Tribunais e o Legislativo que é mais apropriada e traz melhores resultados do que o tradicional sistema de supremacia judicial. A substituição do monopólio<sup>86</sup> e do monólogo judicial pelo diálogo interinstitucional tende a melhorar a qualidade e a dimensão da análise constitucional (GARDBAUM, 2002, p. 746) a partir da construção de modelos que propõem uma nova forma de solucionar o velho problema da dificuldade contramajoritária,<sup>87 88</sup> através de um procedimento dialógico que permite a conciliação entre a *judicial review* e a democracia.

---

<sup>86</sup> Veja-se, por exemplo, a afirmação da Suprema Corte do Canadá no caso *R. v. Mills* ([1999] 3 S.C.R. 668 / 711-12): “*Courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms; Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups.*”

<sup>87</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” é creditada ao jurista norte-americano Alexander Bickel, na obra “*The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*” (BICKEL, 1986).

<sup>88</sup> A doutrina constitucional é rica em ideias que buscam conciliar o exercício da *judicial review* com o caráter democrático da lei. Um exemplo famoso é a teoria desenvolvida por James Bradley Thayer, o qual defendia uma auto-regulação judicial e, já em 1884, formulara a “*precise question*”, a ser utilizada pelas Cortes ao analisar a constitucionalidade da legislação. Assim, deveria o juiz se perguntar: “*Has the legislative department kept within a reasonably interpretation of its power? Can their action reasonably be thought constitutional? Does the question of its conformity to the Constitution fairly admit of two options?*” (GABIN, 1976, p. 970). Desta feita, existindo duas opções razoáveis, o legislador não poderia ser impedido de exercer o direito de escolher uma delas. “*If it does admit of two options, then the legislature is not to be deprived of its choice between them; for this choice is a part of that mass of legislative functions which belong to it and not to the court*” (GABIN, 1976, p. 971). A posição de Thayer é muito importante por demonstrar a possibilidade da existência de interpretações razoáveis de uma mesma norma. Assim, havendo uma interpretação razoável adotada pelo legislador, ainda que não seja exatamente a interpretação do Judiciário, a primeira deve prevalecer por se encontrar dentro da esfera de poder pertencente ao Legislativo. Contudo, a teoria de Thayer não tem qualquer ligação com os sistemas estudados de *weak-form judicial review*. Thayer era, na verdade, um claro defensor da *strong-form judicial review*, entendendo que o último árbitro da constitucionalidade seria sempre o Tribunal.

## 11. *Judicial review*, legitimidade e diálogo

### 11.1. O debate Dworkin x Waldron

A discussão sobre o conflito entre democracia e *judicial review* não é nova. A doutrina constitucional (sobretudo norte-americana) está repleta de posicionamentos que por um lado defendem a existência de uma *judicial review* forte e a soberania judicial na visão clássica do constitucionalismo norte-americano, e por outro, inúmeros doutrinadores se manifestam em sentido contrário, pregando a prevalência da decisão majoritária representada pelo legislador democrático em detrimento das manifestações exaradas por juízes não eleitos.

Esta disputa é imensa e com grande produção acadêmica, sendo impossível abordá-la de forma profunda num trabalho como o presente. No entanto, para fins de ilustração do debate, as ideias contrastantes podem ser aqui representadas pelas posições de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Dworkin faz uma apologia daquilo que ele chama de “leitura moral”<sup>89</sup> da constituição. Ele explica que a maioria das constituições contemporâneas declara, de modo amplo e abstrato, direitos individuais que podem ser opostos contra os governos e que uma leitura moral da constituição propõe que todos (juízes, advogados, cidadãos) interpretem e apliquem estas cláusulas abstratas mediante a invocação de princípios morais de decência política e justiça. Entretanto, quando novas e controversas questões constitucionais são postas, alguém terá que decidir como um princípio moral abstrato deverá ser melhor entendido. Assim, Dworkin diz que a leitura moral da constituição coloca a “moralidade política” no coração do direito constitucional, mas como esta ideia de “moralidade política” é inerentemente incerta e controversa, qualquer sistema de governo que utiliza tais princípios como parte de seu direito deverá, inevitavelmente, decidir a quem compete a prerrogativa de ter uma interpretação e um entendimento sobre estes direitos com caráter de autoridade (DWORKIN, 2005, p. 2). No caso norte-americano os juízes (em última análise, os juízes da Suprema Corte) possuem esta autoridade de realizar a leitura moral da

---

<sup>89</sup> No original: “*moral reading*” (DWORKIN, 2005, p. 2).

constituição que pode ser imposta a todos e Dworkin se esforça para demonstrar que uma mudança disto seria um erro.

Para Dworkin não há uma conexão necessária entre democracia e maioria, de modo que a leitura moral como construção política não é antidemocrática, mas ao contrário, é praticamente indispensável para a consolidação desta (DWORKIN, 2005, p. 7). Ele ressalta que isto não significa que não há democracia nos sistemas em que os juízes não têm o poder de afastar o que as maiorias pensam como certo e justo. Há muitos arranjos institucionais que são compatíveis com a *leitura moral*, ainda que não confirmem aos juízes o poder que eles possuem nos Estados Unidos. No entanto, para ele, estes arranjos não seriam em si mais democráticos que o modelo norte-americano. “*Democracy does not insist on judges having the last word, but it does not insist that they must not have it.*” (DWORKIN, 2005, p. 7).

Assim, Dworkin manifesta sua preferência pela *judicial review* forte. Diz ele que a escolha da instituição responsável pela “leitura moral” final deve levar em conta mais o resultado do que o procedimento. Para ele a melhor estrutura é aquela que pode produzir as melhores respostas nas questões morais essenciais sobre o que as condições democráticas são atualmente e que possa assegurar o cumprimento destas condições (DWORKIN, 2005, p. 34). Neste sentido, Dworkin diz que as legislaturas são vulneráveis à pressão política de diversos modos (seja financeira ou política), de forma que o Legislativo não é o mais seguro veículo para proteger politicamente grupos impopulares (as minorias) (DWORKIN, 2005, p. 34), por outro lado, a interpretação da prática constitucional americana mostra que os juízes possuem a autoridade<sup>90</sup> da interpretação final e eles têm largamente entendido a *Bill of Rights* como uma constituição de princípios, não havendo razões para resistir a esta leitura em favor de uma que seja mais adequada a uma filosofia majoritária (DWORKIN, 2005, p. 35).

Dworkin entende que as Cortes seriam menos falíveis do que o Legislativo ao

---

<sup>90</sup> A este propósito, escreve Cristina Queiroz que uma das teses de Dworkin é que “em caso de conflito entre duas ou mais regras jurídicas a solução do problema não pode ser encontrada no quadro da ordem jurídica. Esta última não oferece nenhum parâmetro válido de decisão. A decisão é tomada recorrendo à discricionariedade do intérprete, e, designadamente, do juiz, ou com base única na sua autoridade.” (QUEIROZ, 2010, p. 161).

julgar questões de princípios e assim estariam mais próximas de uma melhor resposta, isso porque o legislador está vinculado a uma lógica própria eleitoral que incentiva compromissos incompatíveis com uma análise racional dos direitos fundamentais. Já o Judiciário, sendo um “fórum do princípio” estaria afastado deste problema (até porque os juízes não são eleitos e reeleitos). Ele afirma que “*adding to a political system a process that is institutionally structured as a debate over principle rather than a contest over power is nevertheless desirable, and that counts as a strong reason for allowing judicial interpretation of a fundamental constitution.*” (DWORKIN, 1995, p. 11).

Já em sentido diverso, Jeremy Waldron<sup>91</sup> é, sem dúvidas, um expoente contemporâneo da corrente que professa a incompatibilidade da *judicial review of legislation* com o princípio democrático, apresentando uma visão discordante daquela defendida por Dworkin. O autor neozelandês expõe vários argumentos de sua teoria no artigo intitulado “*The core of the case against judicial review*”. Ele inicia o trabalho com uma pergunta: “*should judges have the authority to strike down legislation when they are convinced that it violates individual rights?*” (WALDRON, 2006, p. 1348). E é esta pergunta que guia todo o desenvolvimento do interessante artigo.

Para Waldron, definitivamente, a *judicial review of legislation* é inapropriada como um modelo de decisão final em uma sociedade livre e democrática. Diz ele que em países que não adotam um modelo de controlo de constitucionalidade onde o Judiciário detém a última e definitiva palavra, as próprias pessoas podem decidir, através de procedimentos Legislativos ordinários, o que elas querem permitir ou proibir (WALDRON, 2006, p. 1349). Caso o povo discorde de alguma posição adotada pelo Legislativo, o próprio povo pode, nas eleições seguintes, eleger representantes que deliberem em sentido diverso.

Waldron exemplifica afirmando que temas cruciais como aborto, ações afirmativas, casamento *gay*, etc., poderiam gerar discussões públicas que refletiriam em debates nos Parlamentos, tal como ocorreu na *House of Commons* britânica na década de 60, quando o Parlamento debateu a liberalização do aborto e a legalização da prática homossexual entre adultos (WALDRON, 2006, p. 1349). Para o autor, a qualidade destes debates afasta o

---

<sup>91</sup> Sandrine Baume identifica Jeremy Waldron e Bruce Ackerman como os grandes críticos da “*compatibility of judicial review with the very principles of democracy*” (BAUME, 2012, p. 53–54).



argumento de que o legislador é incapaz de assumir a responsabilidade de decidir sobre estes temas, bem como a ideia de que a maioria popular não protegeria os direitos das minorias (WALDRON, 2006, p. 1349).

Por outro lado, Waldron afirma que nos Estados Unidos da América as pessoas ou os representantes delas podem direcionar semelhantes decisões através do Legislativo federal ou estadual, contudo eles não terão certeza se tais decisões irão prevalecer, porque se alguém discordar da lei poderá levar a questão para a Corte e a visão final que prevalecerá será a do juiz (WALDRON, 2006, p. 1350).

O que Waldron deseja ressaltar é que o *conflito* entre quem é a favor ou contra a *judicial review of legislation* não é um *conflito* entre quem é defensor de direitos e quem é contra direitos (WALDRON, 2006, p. 1366). Poder-se-ia dizer que o conflito é mais simples e honesto: é apenas uma divergência entre uma visão de direitos (a visão do Judiciário consubstanciada na decisão judicial) e outra visão de direitos (a visão do Legislativo afirmada na lei).<sup>92</sup>

Também se destaca na visão de Waldron a ideia de divergências (*disagreements*). Assim, pode haver divergência sobre questões de direito e de justiça,<sup>93</sup> sendo várias posições razoáveis possíveis. Dessa forma, “*what do we do with the situation they define? The members of the community are committed to rights, but they disagree about rights. (...) In the real world, the need for settlement confronts us in the legislative arena.*” (WALDRON, 2006, p. 1369, 1370). Assim, ao ser provocado (ou por auto provocação), o

---

<sup>92</sup> “Readers may be aware that I have argued in the past that judicial review should not be understood as a confrontation between defenders of rights and opponents of rights but as a confrontation between one view of rights and another view of rights. What I want to emphasize in response to both these observations is that there is a distinction both at the cultural and at the institutional level between a commitment to rights (even a written commitment to rights) and any particular institutional form (e.g., judicial review of legislation) that such a commitment may take. I am tired of hearing opponents of judicial review denigrated as being rights-skeptics. The best response is to erect the case against judicial review on the ground of a strong and pervasive commitment to rights.” (WALDRON, 2006, p. 1366).

<sup>93</sup> “The assumption of disagreement has nothing to do with moral relativism. One can recognize the existence of disagreement on matters of rights and justice—one can even acknowledge that such disagreements are, for practical political purposes, irresolvable—without staking the meta-ethical claim that there is no fact of the matter about the issue that the participants are disputing. The recognition of disagreement is perfectly compatible with there being a truth of the matter about rights and the principles of constitutionalism—assuming that our condition is not one in which the truth of the matter discloses itself in ways that are not reasonably deniable.” (WALDRON, 2006, p. 1368).

Legislativo faz uma lei, toma uma posição, escolhe uma das direções possíveis.

Acrescenta Waldron que a *judicial review* é também politicamente ilegítima do ponto de vista democrático porque privilegia os votos de uma minoria de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, em detrimento dos cidadãos comuns e seus direitos, rejeitando os princípios de representação e igualdade política na resolução final das questões de direito (WALDRON, 2006, p. 1353). Assim, “atribuir a juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeitaria o que a democracia teria de mais valioso: a inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade de condições seus problemas coletivos” (MENDES, 2008, p. 8). A ideia transmitida por Waldron é de que numa sociedade plural não há relevância a eventual possibilidade de se encontrar a resposta correta, posto que em razão da própria *pluralidade* o desacordo moral persistirá sempre, ainda que se apresentem os melhores argumentos. Sendo este desacordo moral inevitável, a única solução cabível seria instituir um procedimento que deferisse a todos os cidadãos igual valor, o que não faz a *judicial review* ao dar maior relevância aos votos de uns poucos juízes (WALDRON, 2006, p. 1358).<sup>94</sup>

Waldron assim critica fortemente a *strong-form judicial review*, que para ele inclui inclusive o sistema canadense (WALDRON, 2006, p. 1356).<sup>95</sup> Diz que, atendidas as pressuposições que elenca em seu texto,<sup>96</sup> a sociedade deveria resolver as divergências de

---

<sup>94</sup> Waldron oferece um exemplo do referido argumento: “*In recent years, for example, the Supreme Court of the United States has struck down a number of statutes because they conflict with the Supreme Court’s vision of federalism. Now, everyone concedes that the country is governed on a quite different basis so far as the relation between state and central government is concerned than it was at the end of the eighteenth century, when most of the constitutional text was ratified, or in the middle of the nineteenth century, when the text on federal structure was last modified to any substantial extent. But opinions differ as to what the new basis of state/federal relations should be. The text of the Constitution does not settle that matter. So it is settled instead by voting among Justices—some voting for one conception of federalism (which they then read into the Constitution), the others for another, and whichever side has the most votes on the Court prevails. It is not clear that this is an appropriate basis for the settlement of structural terms of association among a free and democratic people.*” (WALDRON, 2006, p. 1358).

<sup>95</sup> Jeremy Waldron diz em seu artigo “*The core of the Case Against Judicial Review*” que “*thus, in what follows I shall count the Canadian arrangement as a form of strong judicial review, with its vulnerability to my argument affected only slightly by the formal availability of the override.*” (WALDRON, 2006, p. 1356).

<sup>96</sup> As pressuposições são as seguintes: a) instituições democráticas em condições razoavelmente boas de funcionamento, inclusive um poder Legislativo representativo e eleito com base no sufrágio universal adulto; b) um conjunto de instituições judiciais em boas condições de funcionamento, instituídas por uma base não representativa e com competência para conhecer demandas jurídicas individuais, resolver litígios e

seus membros quanto aos direitos utilizando as instituições legislativas, não havendo a necessidade destas decisões do legislador serem posteriormente reavaliadas pelos Tribunais. Para Waldron, a posição a favor de consignar tais discordâncias ao Judiciário para a resolução final é fraca e não convincente, posto que permitir aos Tribunais a anulação de decisões dos Parlamentos quanto a direitos é uma falha que não satisfaz a importantes critérios de legitimidade política e democrática (WALDRON, 2006, p. 1360).

## 11.2. Diálogo e legitimação da *judicial review*

Contudo, o que se busca neste trabalho é superar esta dicotomia de “tudo ou nada” e observar o que dizem as “teorias do diálogo” como instrumentos para a legitimação da *judicial review* num ambiente democrático. A legitimidade da revisão jurisdicional deverá ser centrada não só no conteúdo das decisões judiciais produzidas (posto que estas podem ser eventualmente boas ou ruins), mas sim na possibilidade de criação de um diálogo institucional democrático entre poderes e pela inserção de um argumento de direito no debate público e Legislativo.

Assim, diferentemente do que defende Jeremy Waldron, acredita-se neste trabalho que um modelo de *judicial review* tal como o canadense pode sim legitimar-se como um instrumento importante e válido de *judicial review*. Isto se dá justamente porque a existência de mecanismos que permitem a instauração de um debate interinstitucional entre o Judiciário e o Legislativo, concedendo, no entanto, ao Parlamento o poder de fazer prevalecer a sua palavra final, mas sempre após uma interação dialógica entre os representantes do povo e as Cortes, insere o elemento democrático faltante que legitima a atuação da justiça constitucional como um órgão participativo (e não soberano) na tarefa de dizer o que é o direito. O Judiciário isolado não resolve o problema, mas o Legislativo sozinho também não o resolverá. Apenas a junção de forças de ambos poderá trazer algo de novo e mais democrático aos sistemas atuais.

---

defender o Estado de direito (*rule of law*); c) comprometimento da maioria dos membros da sociedade e da maioria das respectivas autoridades com a ideia de direitos individuais e das minorias; d) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto aos direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são as suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (WALDRON, 2006, p. 1360)

Na verdade, a doutrina há muito se apega a discutir os problemas da dificuldade contramajoritária (a partir do entendimento expresso por Alexander Bikel em seu livro *The Least Dangerous Branch*, de 1962), entendendo o Poder Legislativo como a expressão legítima da vontade de maioria e o Judiciário como o Poder responsável por invalidar os atos normativos das maiorias quando estes afetarem os direitos das minorias, estando ambos posicionados como adversários em uma intensa disputa.

Claro que o problema já levantado de juízes não eleitos e irresponsáveis por suas decisões poderem afastar, por vontade própria, uma legislação criada por um órgão eleito democraticamente não pode ser ignorado. Contudo, a realidade demonstra que tal análise não representa fielmente o papel destas instituições na estrutura do Estado e a complexidade do diálogo político institucional existente. Como bem afirma Barry Friedman, a tradicional discussão sobre a dificuldade contramajoritária pressupõe duas premissas que estão superestimadas (ou simplesmente erradas): a primeira é a de que existe uma vontade da maioria identificável e fixa, a qual é refletida pelo legislador e distanciada pela Corte; a segunda é a de que a Corte detém a última palavra. (FRIEDMAN, 1993, p. 644).

Friedman avança na sua análise, demonstrando que o Judiciário não decide sozinho, necessitando da cooperação dos outros poderes. Isto se dá primeiramente porque o Judiciário não pode, por si só, impor uma decisão judicial. Ele necessita da “concordância” dos demais agentes políticos. Em outro aspecto, a decisão judicial não é o momento final da manifestação sobre direito, sendo, na verdade, um catalisador da discussão pública. Para exemplificar, ele cita o caso *Roe v. Wade*, o qual discutiu a questão da legalização do aborto nos Estados Unidos da América (FRIEDMAN, 1993, p. 647). Friedman vê neste exemplo que a inércia legislativa advogava em favor daqueles que eram contra o aborto e a opinião pública não possuía uma visão formada. A decisão da Corte no caso *Roe v. Wade* levou a questão do aborto à pauta pública, forçando a sociedade a discutir o problema até então negligenciado. Assim, mais do que decisão final, a decisão judicial foi na verdade um começo de décadas de discussões e debates que permitiram à sociedade americana a reflexão sobre o tema e a formação de opiniões. Como bem afirma Conrado Huber Mendes

(2008, p. 135) “a Corte, eventualmente, diz que sua palavra é a última. Todavia, enquanto houver desacordo, a deliberação política continuará a ocorrer, com grupos se mobilizando para contestar a decisão.”

O que se observa na verdade é a existência de um diálogo institucional, o qual se fortalece muito nos sistemas de *weak-form judicial review*, justamente por existirem mecanismos mais fáceis e propícios para a abertura deste diálogo institucional e popular sobre os temas decididos “em primeira volta” pelo Judiciário.

## **12. A *judicial review* como instrumento de diálogo entre o legislador e a Corte – o diálogo sequencial canadense.**

Diante de intensas discussões desenvolvidas pela doutrina sobre o problema da legitimidade (ou ilegitimidade) democrática da *judicial review*, há um aspecto que parecer estar ainda pouco explorado, qual seja, o papel da *judicial review* como um instrumento de diálogo entre juízes e legisladores.<sup>97</sup> Sob esta perspectiva, vê-se o controlo de constitucionalidade das leis como um mecanismo que serve para estabelecer uma espécie de partilha de tarefas e trocas argumentativas entre o legislador e o Judiciário, com benefícios para ambos. Quanto ao Legislativo, o benefício da inserção de um argumento jurídico ao processo de formação das leis é evidente, em razão da argumentação jurídica voltada à preservação de direitos fundamentais ser necessária para a manutenção do equilíbrio entre os interesses de diversos grupos sociais, bem como por manter (ou alertar para a necessidade de manutenção) valores jurídicos consolidados em determinada comunidade. Por outro lado, o Judiciário também se beneficia desta visão dialógica da *judicial review*, seja por funcionar como um ente colaborador do processo de criação das normas jurídicas, mas sem substituir o legislador nesta função, seja por encontrar um ponto de equilíbrio que possa fundamentar a existência da própria *judicial review* numa sociedade democrática, afastando, por exemplo, a ideia de governo dos juízes e o risco que isso gera para a própria “existência” do Poder Judiciário.

---

<sup>97</sup> Neste sentido, Peter Hogg e Alison Bushell dizem que “however, one intriguing idea that has been raised in the literature seems to have been left largely unexplored. That is the notion that judicial review is part of a “dialogue” between the judges and the legislatures.” (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 79).

Assim, sob a visão que aqui se defende, a *judicial review* deve se comportar como um instrumento catalisador de uma discussão institucional sobre direitos. Como já se disse, o diálogo que é referido neste trabalho consiste justamente na resposta (ou possibilidade de resposta) legislativa a uma decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da lei e que leva em conta argumentos produzidos pela Corte no exercício da *judicial review* da legislação. Este fenômeno, não obstante também ocorrer em menor grau nos sistemas de *strong-form judicial review* (através, por exemplo, de emendas constitucionais), é instituído de modo essencial, mais eficiente e com a possibilidade de ocorrer com maior frequência nos sistemas de *weak-form judicial review*.

No caso do modelo canadense, por exemplo, pode-se dizer que o sistema de diálogo foi oficializado e facilitado a partir da *Canadian Charter Of Rights and Freedoms* de 1982,<sup>98</sup> isto porque, como já relatado, a anterior *Canadian Bill of Rights* de 1960 mostrou-se inefetiva na prática, seja em razão da inércia dos juízes ainda muito atrelados aos parâmetros da soberania parlamentar, seja em razão do *status* infraconstitucional de tal diploma. Foi apenas com a *Canadian Charter Of Rights and Freedoms* de 1982 que ocorreu uma efetiva mudança no constitucionalismo canadense, com o reposicionamento do Judiciário na estrutura estatal, a acensão de direitos fundamentais ao nível constitucional (ou quase constitucional) e a instituição oficial de mecanismos de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo.

Este diálogo Legislativo-judicial no modelo canadense, que neste trabalho é denominado de *diálogo sequencial*, produz-se através da existência de mecanismos legais eficientes (respostas legislativas) que podem ser utilizados após um pronunciamento judicial de inconstitucionalidade que retirou a validade de uma norma jurídica. Assim, a partir do momento em que uma decisão judicial está aberta a ser modificada (ou aceita) posteriormente pelo Poder Legislativo, resta claro que existe um canal de diálogo (sequencial) democrático entre estas duas instituições. Nas palavras de Hogg e Bushell (1997, p. 79), “*where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the*

---

<sup>98</sup> (...) *Canada secured it [dialogue] in its Charter of Rights and Freedoms. Canada’s Charter not only uses language that encourages inter-branch dialogue, but also offers means that allow the legislative authority to respond to court judgments.* (SCHARIA, 2014, p. 175).

*competent legislative body as a dialogue”*

Neste sentido, no ano de 1997, Peter Hogg e Alison Bushell fizeram publicar um importante artigo denominado “*The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)*” que foi responsável pela instauração do importante debate sobre o “diálogo” entre o Judiciário e o Legislativo com base nos mecanismos criados pela *Canadian Charter Of Rights and Freedoms*. O estudo se deu mediante o levantamento e análise de todos os casos que, em 15 anos, a Corte Suprema do Canadá chegou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei. A partir disto, verificaram se houve ou não algum tipo de reação do legislador em face da decisão exarada pela Corte e, em caso positivo, qual foi esta reação.

A conclusão a que Hogg e Bushell chegaram foi no sentido de que os casos de declaração de inconstitucionalidade quase sempre são seguidos por uma nova legislação que contém os mesmos objetivos que eram perseguidos pelo legislador na lei que fora afastada pelo Judiciário. O efeito da CCORF raramente foi o bloqueio de um objetivo do legislador, mas sim o de influenciar o *design* e forma de implementação da legislação. A Carta causou um debate público no qual os direitos fundamentais protegidos tiveram uma relevância maior do que teriam se não houvesse uma decisão judicial. E este processo seria efetivamente um diálogo entre as Cortes e os legisladores (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 75).

Hogg e Bushell entendem que o fato das decisões judiciais de inconstitucionalidade no Canadá poderem ser revertidas, modificadas ou evitadas por uma nova lei, faz com que a oposição à legitimidade democrática da *judicial review* seja fortemente diminuída (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 80). Isto é bem verdade porque a existência de uma válvula para a prevalência da opinião do legislador retiraria o perigo da formação de um “governo de juízes” e da manutenção da vontade isolada de um grupo de magistrados em descompasso total com a realidade. Isso, por exemplo, afastaria a oposição à *judicial review* formulada por Waldron no sentido da ilegitimidade política desta por privilegiar os votos de uma minoria (juízes) em desfavor dos votos da maioria (representados pelo Parlamento), o que, ao final, atacaria o princípio do “*one man, one vote*”. A partir do

momento em que há um mecanismo para restabelecer o “equilíbrio numérico” dos votos, caso seja necessário, a objeção está superada.

Mas Hogg e Bushell também destacam que o papel da Suprema Corte passa a ser o de forçar a discussão de um tema na agenda legislativa, sobre o qual o Poder Legislativo poderia não estar disposto a apreciar. Isso é muito claro em várias situações sobre temas “não populares”. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, já foi acima citado o processo *Roe v. Wade* sobre a legalidade do aborto. O Poder Legislativo não havia demonstrado interesse em pronunciar-se sobre o assunto até então, estando as discussões sobre a questão simplesmente “enterradas”. Depois da decisão da Suprema Corte, o tema foi excessivamente debatido nos EUA (claro que com menos “utilidade” em razão das ínfimas possibilidades de modificação do entendimento da Corte em razão da inexistência de instrumentos de “superação rápida” próprios da *weak-form judicial review*). Contudo, em um sistema de *judicial review* fraco como no Canadá, o Judiciário tem a clara possibilidade de “por as questões na mesa do Legislativo”, a partir do momento em que afasta a validade de uma lei, instaurando, em consequência, uma espécie de procedimento de diálogo institucional com o legislador. E este diálogo democrático existirá na medida em que o Legislativo ordinário tem a possibilidade de livremente concordar ou não com o entendimento judicial exarado na decisão. Nas palavras de Hogg e Bushell (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 80), “*the dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process.*”

Além deste aspecto, é fácil encontrar situações onde o Judiciário “indica um caminho” ou faz uma sugestão de como a lei poderia ser modificada pelo legislador para se adaptar aos termos da Constituição. No caso do Canadá, Hogg e Bushell dizem que frequentemente os legisladores seguem a *sugestão judicial* de como a lei poderia ser modificada para superar os problemas constitucionais encontrados pela Corte, promulgando uma outra lei que supera as barreiras constitucionais, mas que, em essência, mantém os propósitos Legislativos originais (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 80). Ou seja, existe uma dialética entre os dois poderes que, ao final, acaba por respeitar o interesse da maioria representada no Poder Legislativo, mas com igual consideração dos direitos



fundamentais previstos na *Bill of Rights*.

Este debate instaurado após uma decisão judicial sobre a constitucionalidade de um diploma Legislativo possui um novo elemento: os argumentos de direito inseridos pelo Tribunal. Estes argumentos (que não estariam necessariamente presentes no primeiro debate Legislativo) passam a fazer parte da dialética do problema enfrentado. Tem-se aí que o discurso (antes com uma visão predominantemente político-legislativa) é qualificado pela argumentação jurídica fornecida pela Corte. Esta argumentação, longe de ser o ponto definitivo, é mais um elemento do diálogo institucional que será instaurado entre o Judiciário e o Legislativo, podendo este, por último, considerar todos os elementos presentes (jurídicos e não-jurídicos) para chegar a um entendimento “final”. É óbvio que a geração deste debate mais plural e qualificado por elementos jurídicos (fornecidos pelo Tribunal após a decisão judicial de inconstitucionalidade) é salutar e benéfica ao ambiente democrático e põem o juiz e o legislador em novas tarefas que são diversas daquelas pensadas nos sistemas de *strong-form judicial review*.

Hoog e Bushell dizem que na pesquisa que realizaram (e que compreendeu sessenta e cinco casos em que a legislação foi invalidada por violar a CCORF), em quarenta e cinco deles (dois terços), o Poder Legislativo competente emendou a lei impugnada. Na grande maioria dos casos apenas alterações relativamente pequenas foram necessárias a fim de respeitar a *Bill of Rights*, sem comprometer efetivamente o objetivo e o sentido original da legislação. Foram raras as situações em que os “defeitos constitucionais” não haviam como ser remediados. Assim, eles entendem que a Carta pode funcionar como um catalisador de duas vias para trocas entre o Legislativo o Judiciário em temas de direitos humanos e liberdades, mas sem impedir de forma absoluta os desejos das instituições democráticas (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 81). Esta análise é muito feliz, posto que compreende o papel do Poder Judiciário num sistema de *weak-form judicial review* como em ator governamental de suma importância, participante do diálogo institucional, propondo “caminhos” para que os legisladores possam exercer a sua função constitucional de legislar e orientando-os quanto ao respeito aos direitos fundamentais e às liberdades civis. Neste contexto, o Judiciário atua como um cooperador e não como um poder autoritário e impositivo. A ideia de “guardião da constituição” é vista sob uma perspectiva diversa, de

coordenação e não de imposição.

Um exemplo marcante de como este diálogo pode funcionar é mais uma vez o caso *Ford v. Québec*. Conforme acima já explanado, no referido processo a Corte Suprema do Canadá entendeu que uma lei da província de Québec (a qual proibia o uso de sinalizações comerciais em outras línguas que não fosse o francês) era inconstitucional em face do direito de liberdade de expressão garantido na *Canadian Charter Of Rights and Freedoms* de 1982. A Corte disse que a ideia de proteção da língua francesa na província de Québec é um propósito legítimo e isto, inclusive, permitiria a existência de certas limitações ao direito de liberdade de expressão. Contudo, uma proibição absoluta do uso de outras línguas (sobretudo a língua inglesa) em sinalizações comerciais externas atingiria de modo muito forte o direito à liberdade de expressão da minoria (no caso, anglófona), indo além do necessário para a proteção da língua francesa. Segundo a Corte, se a legislação determinasse que o uso da língua francesa fosse predominante (mas não exclusivo) ter-se-ia alcançado um equilíbrio legítimo entre a liberdade de expressão e o propósito de proteção francófona.

Conforme já se sabe, o poder Legislativo da província de Québec respondeu à decisão judicial da Corte Suprema com a reativação da *language-of-signs law*, mas agora protegida por uma cláusula de *notwithstanding*, o que fez com que a lei voltasse a produzir efeitos, não obstante a decisão proferida pela Suprema Corte. Teve-se aí uma primeira fase de diálogo, na qual o Judiciário anulou a lei por entendê-la incompatível com os direitos previstos na *Bill of Rights*, inserindo argumentos jurídicos na discussão e traçando caminhos que poderiam ser adotados pelo Legislativo para compatibilizar a norma com o direito de liberdade de expressão. No entanto, neste primeiro momento, o Poder Legislativo competente entendeu por bem manter a sua visão e opinião, reativando integralmente a lei e protegendo-a da censurabilidade judicial com base na Seção 33.

No entanto, o diálogo não acabou por aí. Como já explanado, a cláusula *notwithstanding* tem um prazo de “imunização” limitado a cinco anos. Findo este prazo, o Legislativo competente poderá reeditar a cláusula (mantendo a lei afastada do crivo judicial) ou deixá-la caducar, permitindo que a lei possa ser sindicada pelo Judiciário. No

caso específico da *language-of-signs law*, passado o período de cinco anos, o poder Legislativo de Québec não só abdicou de reeditar a cláusula *notwithstanding*, como aprovou uma nova lei que permite o uso de outras línguas que não o francês nas sinalizações comerciais externas, desde que o francês seja a língua predominante, conforme a argumentação formulada pela Corte cinco anos antes. O interessante de tudo isso é que não houve uma mudança do Governo neste período em Québec, de modo que os responsáveis pela aprovação da primeira lei e pelo uso da Seção 33 foram os mesmos que não reeditaram a cláusula *notwithstanding* e que depois elaboraram uma nova legislação adaptada ao pronunciamento judicial contrário. E como isto se explica?

O que se pode inferir de todo o relato é o provável efeito do diálogo institucional Judiciário-Legislativo. Se em um primeiro momento o Legislativo de Québec não se sentiu convencido dos argumentos jurídicos apresentados pelo Judiciário, pôde fazer uso do seu poder democrático e aprovar uma lei contrária ao pronunciamento judicial. Contudo, após um tempo de reflexão, do amadurecimento do debate político iniciado pela declaração de inconstitucionalidade formulada pela Corte e diante dos argumentos de direito apresentados pelo Judiciário, passou ao cabo a concordar com a opinião da Corte e, de forma democrática, editou uma nova lei que seguiu os parâmetros dantes sugeridos pelo Tribunal. Assim, vê-se que o Judiciário não atuou como um Poder ilimitado, impositor ou autoritário, não substituiu o Legislativo na tarefa própria de criar a lei, mas sim atuou como um interlocutor, como o responsável pela inserção de um argumento jurídico no debate político, tendo ao final o respectivo entendimento prevalecido de comum acordo com o Legislativo, através de uma interação democrática. Neste sentido nota-se a força do diálogo institucional a funcionar.

Um outro exemplo ilustrativo é *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*. Neste caso a Suprema Corte canadense invalidou uma lei federal que proibia a publicidade do tabaco, por entender que a norma restringia o direito à liberdade de expressão. Na decisão, a Corte deixou claro que não entenderia a lei inconstitucional se ela proibisse apenas publicidades voltadas ao estilo de vida (*lifestyle advertising*) ou que de alguma forma atingissem crianças. Dois anos após a decisão, o Legislativo federal aprovou um novo diploma legal sobre o tema (*Tobacco Act*). A nova lei permitiu a publicidade das empresas de tabaco que

tenham como alvo adultos fumantes, mas proibiu a publicidade direcionada ao estilo de vida (*lifestyle advertising*) e restringiu a publicidade de tabaco apenas a meios de comunicação direcionados aos adultos (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 84). Mais uma vez, vê-se que o Legislativo teria a possibilidade de simplesmente impor o seu entendimento, fazendo uso dos mecanismos próprios previstos na legislação, contudo, o diálogo institucional produziu o conhecimento dos argumentos jurídicos formulados pela Corte, que culminou na concordância expressa do Legislativo com a decisão e a promulgação de uma nova lei considerando os contornos formulados pelo Poder Judiciário. A invalidação da lei pelo controlo de constitucionalidade permitiu a edição de uma nova norma que melhor respeitou os direitos fundamentais previstos na *Bill of Rights*. Neste caso, o processo democrático foi influenciado pela Corte, mas esta não se comportou como a detentora da última palavra. Coube sim ao Parlamento (órgão democraticamente eleito) levar em conta o peso da argumentação judicial e decidir se a acolheria ou não. Nas palavras de Hoog e Bushell (1997, p. 87) “*Dialogue seems an apt description of the relationship between courts and legislative bodies. Certainly, it is hard to claim that an unelected court is thwarting the wishes of the people. In each case, the democratic process has been influenced by the reviewing court, but it has not been stultified.*”

No Canadá, o diálogo também pode ser visto eficientemente em decisões sobre direito de igualdade. Isto ocorreu em alguns casos em que uma lei concedeu um benefício a uma categoria ou grupo de pessoas, mas a norma foi entendida como inconstitucional pelo Judiciário por não estender semelhante benefício a outro grupo/categoria que também deveria recebe-lo, sob pena de se configurar uma discriminação não admissível. Um exemplo marcante disto foi o litígio *Phillips v. Social Assistance Appeal Board (1986)*. Neste processo, a Suprema Corte de *Nova Scotia* e a Corte de Apelação entenderam que a legislação que concedia benefícios a mães solteiras e não concedia semelhantes benefícios a pais solteiros atingiria o direito à igualdade previsto na Seção 15 da CCORF. Em razão desta decisão, os legisladores de *Nova Scotia* entenderam que os benefícios eram suficientemente importantes de modo que o programa deveria ser estendido e não eliminado. Assim, foi aprovada uma nova legislação que passou a conceder os benefícios de família tanto para mães solteiras quanto para pais solteiros.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Esta decisão não ficou livre de críticas. Há quem entenda que os direitos da Carta foram

Em situações como a descrita, na qual a lei é menos abrangente do que deveria ser, o legislador pode optar (para manter íntegro o direito à igualdade) por ampliar o benefício para todos que estão em situação semelhante ou, alternativamente, excluir todos do benefício. É possível também que o legislador opte por reduzir o valor do benefício (quando se tratar de benefício financeiro, claro) para que possa ser possível abranger a todos os que deveriam ser beneficiários.<sup>100</sup> As três situações são aceitáveis sob a perspectiva do direito à igualdade. Contudo, o importante é que em todas estas situações a Carta leva o legislador canadense (e não o Judiciário) a escolher dentre diversas opções legislativas, que são democráticas na medida em que os corpos Legislativos são ainda responsáveis por definir as próprias prioridades (sobretudo orçamentárias em razão da ampliação de direitos), de forma que não discriminem grupos minoritários. Tem-se assim, com base na Seção 15, mais uma porta aberta ao diálogo entre o Judiciário e o Legislativo (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 91).

É importante destacar que diante do conceito que aqui se faz uso, o diálogo existe em qualquer forma de resposta legislativa, ainda que esta seja a edição de uma nova lei com as modificações sugeridas pelo Judiciário em *obiter dictum* nas respectivas decisões que declararam a inconstitucionalidade de uma norma com base na CCORF. Isso porque não se pode desconsiderar que a aprovação de uma lei nestes termos representa uma anuência expressa (um acordo) entre o Legislativo e o Judiciário depois de expostas as razões deste último, sobretudo considerando que o Legislativo teria mecanismos para suplantar integralmente o entendimento judicial. E este diálogo é bem efetivo no âmbito da jurisdição canadense, como comprovam os dados colhidos por Hoog e Bushell, os quais atestam que em 80% dos casos estudados houve algum tipo de resposta legislativa (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 97).

É importante notar que o diálogo institucional também pode ser exprimido pelo que Hogg e Bushell chamam de “*Charter-Speak*”. Isso se configura na adoção, pelo legislador,

---

manipulados para manter uma igualdade meramente formal (igualdade entre mães solteiras e pais solteiros) quando na prática há diferenças nestes grupos e por isso a necessidade de proteção diferenciada. Veja-se o artigo de Andrew Petter, com o título “*Legitimizing Sexual Inequality: Three Early Charter Cases*” (PETTER, 1988).

<sup>100</sup> Um exemplo desta terceira hipótese foi o caso *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

de uma linguagem própria nas leis elaboradas em resposta a uma decisão judicial, pelo meio da qual o legislador fundamenta a nova norma com base nos princípios e direitos previstos na CCORF. Isto pode ser notado especialmente no preâmbulo e nas cláusulas de propósitos das “leis-resposta”, o que indica que o legislador está engajado de forma auto consciente no diálogo com o Judiciário.<sup>101</sup>

Em exemplo útil disto é *R v Daviault* [1994] 3 S.C.R. 63.<sup>102</sup> O caso trata, resumidamente, da seguinte situação: Henri Daviault era um alcoólatra crônico e foi convidado por uma amiga da própria esposa para tomar um pouco de bebida. A mulher era uma idosa de 65 anos, semiparalítica e que utilizava cadeira de rodas. Daviault levou conhaque para a casa da mulher. Ela bebeu meio copo e desmaiou. Ele bebeu o resto da garrafa. No meio da noite, a senhora acordou e foi ao banheiro. Daviault abordou-a e a levou ao quarto, tendo por fim praticado abuso sexual contra ela. Em razão disto, Daviault foi acusado criminalmente pelo crime de violação (*sexual assault*). Em defesa, Daviault alegou que já havia consumido nove cervejas antes de ir à casa da vítima e depois bebeu o conhaque, de modo que não conseguia lembrar de nada que acontecera depois disto, recordando-se apenas de ter acordado no dia seguinte na cama da vítima, completamente despido. No julgamento, Daviault argumentou que estava sob um estado de automatismo no momento dos fatos, em razão da intoxicação por álcool. No processo foi ouvida uma testemunha especialista em farmacologia, a qual demonstrou concordância com a tese da defesa, argumentando que provavelmente, em razão do excessivo consumo de álcool, Daviault não teria formado uma “intenção geral” para cometer o crime e não teria pleno conhecimento de suas ações. Em julgamento, o Juiz concordou com as afirmações da

---

<sup>101</sup> “Where laws closely skirt the boundaries of the Charter, and particularly where new laws are enacted to replace those that have been struck down on Charter grounds, it is not uncommon for the preamble to a statute to explain how the measures taken in the legislation are directed at a “pressing and substantial” objective, and are intended to “reasonably limit” rights and freedoms.”(HOGG; BUSHELL, 1997, p. 101).

<sup>102</sup> Detalhes sobre o caso podem ser colhidos no site da Lexum collection (<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/nav.do>), o qual contém os julgamentos da *Supreme Court of Canada* desde 1875 até a atualidade. A ementa do julgamento *R v Daviault* é a seguinte: “*Criminal law -- Sexual assault -- Mens rea -- Intoxication -- Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident -- Acquittal overturned on appeal -- Whether evidence of extreme intoxication tantamount to state of automatism can negative intent required for general intent offence. Constitutional law -- Charter of Rights -- Fundamental justice -- Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident -- Acquittal overturned on appeal -- Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates principles of fundamental justice -- If so, whether infringement justifiable -- Canadian Charter of Rights and Freedoms , ss. 1 , 7 .*”

defesa e absolveu Daviault por ele não ter consciência de estar cometendo um crime no momento dos fatos (*mens rea*). Desconsiderando alguns detalhes próprios de direito penal que não interessam ao presente trabalho, o que ocorreu em sequência foi que o Tribunal de Recursos de Québec anulou a decisão de primeiro grau por entender que a intoxicação provocada pelo álcool e que teria supostamente levado o agressor a um ponto de automatismo, não poderia ser usada como argumento de defesa para afastar a existência da consciência de cometimento do crime (*mens rea*) nos crimes de intenção geral. Isto se baseou na existência de uma regra de *common law* que prescreveria que a defesa não poderia utilizar a embriaguez como argumento de inocência para uma pessoa acusada de crimes classificados como de intenção geral (*general intent*), tais como abusos sexuais.

Entretanto, ao analisar o caso, a Suprema Corte do Canadá entendeu que a extrema embriaguez poderia sim ser um argumento de defesa, acolhendo as alegações de Daviault e determinando um novo julgamento. Tal decisão causou um significativo debate, sobretudo por parte de grupos de vítimas e defensores de direitos das mulheres.

Neste sentido, o Parlamento respondeu à decisão da Suprema Corte com a aprovação de uma legislação (a qual adicionou o artigo 33.1 ao Código Criminal do Canadá) dizendo que a autoindução a um estado de intoxicação não poderia ser uma defesa válida para crimes envolvendo uma agressão ou qualquer outra interferência por uma pessoa à integridade física de outrem. Na fundamentação, a legislação explanou que a responsabilidade criminal persistiria quando um indivíduo cometesse violentos crimes de intenção geral (*general intent*) ainda que sob estado de intoxicação autoinduzida, sendo isto um traço do padrão de razoabilidade geralmente reconhecido na sociedade canadense (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 104). O interessante nesta legislação foi que o Parlamento simplesmente respondeu à decisão da Suprema Corte com a aprovação de uma lei que foi contrária ao entendimento formulado pela Corte Suprema. O preâmbulo da lei está acompanhado de uma longa justificativa e fundamentação em uma “linguagem da Carta”, o que demonstra, claramente, que o Parlamento entrou em diálogo com o Tribunal, manifestando os motivos da reedição de uma lei contrária a um pronunciamento judicial prévio, apropriando-se de um discurso de direitos inserido pelo Judiciário, mas chegando a uma conclusão diversa. Esta “*Charter-Speak*” demonstra que a resposta formulada pelo

Parlamento foi auto consciente e levou em conta os fundamentos atribuídos pela Corte, seja para eventualmente concordar, seja para os repelir (como foi neste caso).

O diálogo promovido pela Carta pode ocorrer mesmo nos casos em que o Tribunal não entende a lei inconstitucional, mantendo-a plenamente em vigor. Isto ocorre porque há situações em que o próprio debate levantado pela submissão do tema à apreciação judicial e a conseqüente discussão pública pode provocar a geração de um ambiente político que incentive o legislador a modificar a lei (ainda que o Judiciário não entenda que a norma ofendeu a *Bill of Rights*). Como o legislador tem a consciência de deter a palavra final, sabe que pode alterar (ou manter) a lei independentemente da posição adotada pelo Poder Judiciário e que também não precisa necessariamente aguardar e/ou seguir o pronunciamento judicial para analisar os argumentos de direito apresentados na discussão. Como afirmam mais uma vez Hogg e Bushell (1997, p. 105), *Canada's legislators are not indifferent to the equality and civil liberties concerns which are raised in Charter cases, and do not always wait for a court to "force" them to amend their laws before they are willing to consider fairer, less restrictive, or more inclusive laws. The influence of the Charter extends much further than the boundaries of what judges define as compulsory. Charter dialogue may continue outside the courts even when the courts hold that there is no Charter issue to talk about.*<sup>103</sup>.

Em fim, o que se pode perceber no modelo canadense é que o sistema de *weak-form judicial review* inserido pela CCORF permitiu a produção de um rico diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo, com uma clara intensificação das “trocas argumentativas”. Esta “conversa” ocorre de modo sequencial, por meio de seguidas manifestações judiciais e legislativas (por isto entendeu-se por denominar neste trabalho o fenômeno como “diálogo sequencial”). Estas interações dialógicas passaram a ser a regra no referido sistema,<sup>104</sup> posto que na maioria dos casos há uma resposta legislativa (em regra rápida) a um pronunciamento judicial que declara a inconstitucionalidade de uma lei por desconformidade com os direitos previstos na *Bill of Rights*.

---

<sup>103</sup> Um exemplo que pode ser citado é o caso *Thibaudeau v. Canada* [1995] 2 SCR 627.

<sup>104</sup> Isto pode ser atestado pelos números que Hoog e Bushell apresentam no artigo “*The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*”



Como acima foi demonstrado, o diálogo sequencial ocorre tanto quando o Poder Legislativo supera o entendimento judicial manifestado na decisão quanto quando há aquiescência ao posicionamento da Corte, isto porque esta escolha é feita de forma consciente e levando em consideração os argumentos de direito inseridos pelo Tribunal. É importante destacar que a própria essência do diálogo pressupõe a possibilidade de convencimento e aquiescência. Se o Legislativo, após conhecer os argumentos da Corte, preferir concordar com eles (mesmo tendo a possibilidade de não o fazer) não há como entender que não houve uma espécie de diálogo nesta situação. Isto está na própria essência dos sistemas de *weak-form judicial review*. Assim, se o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais deixa em aberto a possibilidade de uma atuação legislativa sequencial do legislador ordinário, sendo possível uma resposta de anuência ou discordância em um espaço de tempo relativamente curto e sem obstáculos procedimentais extraordinários, é óbvio que se tem um saudável diálogo entre os Poderes, com um grande ganho de legitimidade democrática.

Neste cenário, a *judicial review* “não é um veto, mas o começo de uma comunicação interinstitucional a respeito de como conciliar direitos individuais com os objetivos de políticas econômicas e sociais.” (MENDES, 2008, p. 146). Neste sentido, como bem afirma Kent Roach, a experiência canadense sugere que a mais democrática forma de diálogo entre as Cortes e o Parlamento ocorre justamente quando o Judiciário tem o poder de declarar uma lei incompatível com os direitos da Convenção e o Parlamento pode, caso deseje, ter a oportunidade de criar uma legislação corretiva na forma que lhe agrada (ROACH, 2001, p. 64).

A Corte funcionaria como um instrumento catalisador (uma Corte catalítica) do debate público, sobretudo acerca da proteção de direitos de grupos socialmente desfavorecidos. Esta função de catálise é sabidamente importante diante dos temas tendencialmente impopulares em uma determinada sociedade. O Legislativo, como poder eleito, tem uma predisposição natural de se afastar ou ao menos trivializar temas que possam causar repercussões negativas em termos de popularidade (imaginem-se, por exemplo, quanto à proteção de direitos de pessoas acusadas de crime de terrorismo),

justamente porque o apoio popular majoritário é necessário para a manutenção dos respectivos membros no poder.<sup>105</sup> Por outro lado, a Corte tem maior liberdade para enfrentar a proteção destes direitos de forma mais efetiva e livre de pressões populares diretas. No entanto, numa análise dialógica, a decisão judicial que afastar a constitucionalidade de uma lei que, por exemplo, infringe direitos dos acusados de terrorismo, voltaria à pauta legislativa, reabrindo a discussão. Entretanto, este novo *round* teria características diferentes. Os argumentos jurídicos inseridos pelo Judiciário no debate agora estariam na mesa e o legislador estaria mais consciente dos problemas constitucionais relativo ao tema, bem como mais seguro e “protegido” do clamor popular em razão da força retórica do argumento judicial. Neste quadro, o legislador poderia tomar uma decisão (concordando ou superando) o entendimento da Corte de modo mais independente e menos suscetível às pressões populares diretas.

### 12.1. O problema dos “casos retornados”

Um problema que se põe no diálogo institucional é quanto à apreciação judicial dos “casos retornados.” Chama-se aqui de “casos retornados” os processos judiciais submetidos ao Tribunal constitucional que discutem a constitucionalidade de uma nova lei elaborada pelo Legislativo em resposta à uma decisão judicial de inconstitucionalidade anteriormente proferida. Conforme acima demonstrado, no sistema canadense é possível que após a decisão judicial de inconstitucionalidade o Parlamento reedite a norma (lei-resposta), usando como fundamento os termos da Seção 1 da CCORF. Nesta hipótese, é importante entender qual será o papel da Suprema Corte na apreciação de uma lei-resposta.

Para Hoog, na análise dos “casos retornados” a Corte deveria limitar-se a avaliar se a nova legislação foi (ou não) efetivamente justificada como uma limitação expressa aos direitos da Carta (HOGG, 2004). Kent Roach também entende que o foco judicial nos

---

<sup>105</sup> Opinião semelhante é compartilhada por Kent Roach (2007, p. 172) ao referir-se ao sistema canadense: “*Although the Supreme Court may be right in Mills that the legislature can be “a significant ally” for some vulnerable people, such as crime victims and women and children who are potential victims of sexual violence, I doubt that the legislature will be inclined to stand up for the rights of the truly unpopular such as those accused of crime, suspected terrorists, and prisoners. I am concerned not only that legislatures may devalue the rights of the accused and other unpopular groups, but also that they may avoid some of the tough questions that courts should ask when assessing whether a limit on a right is demonstrably justified and proportionate.*”

“casos retornados” deveria ser a análise sobre a justificação da legislação, mas a Corte não poderá ter medo de invalidar uma lei-resposta nos casos apropriados. Para Roach, a Corte não deve ficar preocupada se a sua conduta (invalidação da lei-resposta) acabaria por provocar o uso da Seção 33 (*override*) pelo Legislativo (ROACH, 2007, p. 175). Isto porque o uso da Seção 33 é um instrumento legítimo da CCORF e deve ser encarado com normalidade, sendo parte da própria estrutura do diálogo institucional.

De toda forma, numa perspectiva de promoção do diálogo institucional, a apreciação judicial dos “casos retornados” deverá ser realizada pelo Judiciário levando em conta os objetivos manifestados pelo legislador e o fato deste ter reafirmado a respectiva intenção de manter em vigor uma disposição normativa, mesmo após a manifestação judicial contrária e a consideração dos argumentos jurídicos postos em jogo pela Corte. O Judiciário, nestes casos, deverá (preferencialmente) cingir-se à apreciação dos elementos de justificação expostos pelo Parlamento, adotando uma postura mais deferencial em favor do entendimento manifestado pelo legislador democrático, bem como reconhecendo a legitimidade do papel deste como protetor de uma determinada visão sobre direitos. Foi neste sentido que no “caso retornado” *R. v. Mills*, a Corte Suprema do Canadá reconheceu que o Judiciário não tem o monopólio da proteção e promoção dos direitos e liberdades, sendo importante o papel desempenhado pelo Parlamento neste campo: “*Courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms; Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups.*”<sup>106</sup>

O exemplo do caso *R. V Mills*<sup>107</sup> é marcante. Nele a Suprema Corte do Canadá enfrentou uma norma então recém-aprovada (*rape shield law*) que era uma lei-resposta à uma decisão anterior da Suprema Corte no caso *R. v. O'Connor*<sup>108</sup> (a decisão do Tribunal havia invalidado a legislação anteriormente em vigor por entender que havia ofensa às Seções 7 e 11 (d) da CCORF). Contudo, na apreciação da lei-resposta (*rape shield law*) a

---

<sup>106</sup> *R. v. Mills* [1999] 3 S.C.R. 668/711-12. Neste caso, a Corte Suprema do Canadá manteve válida uma norma então recém-aprovada (*rape shield law*) que seria incompatível com os direitos previstos nas Seções 7 e 11 (d) da CCORF segundo o entendimento anteriormente manifestado pela Corte no caso *R. v. O'Connor*.

<sup>107</sup> Para uma análise da decisão do caso *R. v. Mills* veja-se o excelente artigo de Jamie Cameron, intitulado “*Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. V. Mills*” (2001).

<sup>108</sup> *R. v. O'Connor* [1995] 4 S.C.R. 411.

Suprema Corte manteve-a válida mesmo possuindo conteúdo semelhante à lei anteriormente invalidada. Assim, além de um exemplo de diálogo institucional efetivo entre o Judiciário e o Parlamento, o caso *R. v Mills* mostrou o exercício de uma posição deferencial da Suprema Corte em favor do legislador quando da apreciação dos casos retornados. Note-se que o Parlamento poderia, caso desejasse, ter imunizado o *rape shield law* da apreciação judicial fazendo uso da cláusula da Seção 33, contudo não o fez, o que permitiu a nova submissão do tema à Suprema Corte como um “caso retornado”. Da mesma forma, a Suprema Corte poderia simplesmente ter reafirmado o entendimento anterior pela inconstitucionalidade da norma, mas, em sentido diverso, preferiu um comportamento conciliador e aberto para o espírito do diálogo institucional promovido pela Carta.

Claro que, nas hipóteses limites, a Corte poderá fazer uso do seu dever de proteção dos direitos fundamentais e anular uma lei-resposta, conforme acima defendido por Kent Roach. Destarte, o exemplo de *R v Mill* demonstra que uma análise em segunda volta deverá ter uma consideração diferenciada pelo Judiciário levando em conta as circunstâncias de ser um “caso retornado” e o papel de cada um dos *Podere*s no “jogo dialógico”, com a necessária adoção de uma postura que valorize o caráter democrático do legislador.

## **12.2. A suspensão da declaração de invalidade**

Um outro instrumento importante para a efetivação do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Parlamento no sistema canadense é *suspensão da declaração de invalidade*. Isto consiste na possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma, conferindo expressamente ao legislador um tempo para que este elabore uma legislação adequada aos direitos da Carta<sup>109</sup> (ou eventualmente aprove uma norma semelhante à anterior). Durante este período de

---

<sup>109</sup> A ideia da *suspensão da declaração de invalidade* como um instrumento que serve para permitir que o legislador tenha oportunidade de responder através da elaboração de uma lei “correta” é defendida por Hogg, Thornton e Wright, os quais afirmam que “*the Court has been called upon in many more cases to design Charter remedies, and, in particular, to determine whether it is appropriate to suspend a declaration of invalidity in order to give the legislature an opportunity to respond by enacting a corrective law.*”(HOGG; THORNTON; WRIGHT, 2007, p. 07).

*suspensão da declaração de invalidade*, a lei impugnada continua a produzir efeitos como se não houvesse qualquer vício. Não se trata, na verdade, de uma completa novidade, posto que instrumentos semelhantes se encontram presentes em inúmeros ordenamentos jurídicos, inclusive no direito português<sup>110</sup> e no direito brasileiro.<sup>111</sup> Contudo, o diferencial da prática canadense é que a suspensão dos efeitos da declaração de invalidade é fundamentada não em razão dos princípios da segurança jurídica, equidade, interesse público ou qualquer outro deste gênero, mas sim como um instrumento que permite um espaço para a resposta legislativa, ou seja, a efetivação produtiva de um diálogo entre instituições.<sup>112</sup>

### 12.3. Os resultados

A junção dos mecanismos da Seção 1, da Seção 33 e a *suspensão da declaração de invalidade* conseguiu criar um importante conjunto de ferramentas constitucionais que promovem e facilitam o diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo no sistema canadense (ROACH, 2007, p. 190). Contudo, o mais interessante é que as ideias de diálogo foram difundidas de forma tão forte pela doutrina (além de incentivadas pelos institutos presentes na Carta), que a própria Suprema Corte Canadense e os demais juízes passaram a “se enxergar como interlocutores no diálogo” (MENDES, 2008, p. 147), havendo não apenas uma mudança procedimental, mais sim “cultural” na forma de se fazer direito

---

<sup>110</sup> Conforme por mim já referido em outro trabalho, “em Portugal, a constituição de 1982 consagra, como regra geral, o princípio da nulidade, prescrevendo no art. 282º-1. que “*A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”. Por outro lado, a própria constituição portuguesa prevê expressamente a possibilidade do Tribunal Constitucional fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma mais restrita, desde que razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público considerável recomendem, afastando o princípio da nulidade plena e consagrando a modulação de efeitos, como se vê no art. 282º-4, *in verbis*: “4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.” (PASSOS, 2010).

<sup>111</sup> “(...) não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal adota a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em situações excepcionais. Realizada uma cuidadosa ponderação de interesses e observada a proporcionalidade, o Tribunal afastava a nulidade plena (que é a regra) e permite que a norma inconstitucional produza efeitos jurídicos durante determinado lapso temporal, como se constitucional fosse.”(PASSOS, 2010).

<sup>112</sup> O modelo canadense é, inclusive, sugerido como exemplo a ser exportado para outras nações. Veja-se neste sentido o artigo “*The Relationship between Judicial Remedies and the Separation of Powers: Collaborative Constitutionalism and the Suspended Declaration of Invalidity*”, no qual Eoin Carolan (2011) defende a adoção da *suspensão da declaração de invalidade* pelo direito irlandês.

constitucional no Canadá. Assim, pode-se dizer que a *judicial review* é hoje entendida no Canadá como parte de um diálogo institucional entre juízes e legisladores (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 79).

Como bem afirma Kent Roach, um construtivo e democrático diálogo entre Cortes e legislaturas, sob os auspícios de uma moderna carta de direitos, consegue melhorar o desempenho de ambas as instituições (ROACH, 2006, p. 295). Um modelo de *weak-form judicial review*, tal como o instituído no Canadá, permite que a democracia assuma uma postura autoconsciente, autocrítica e real quando são evitados os extremos da supremacia judicial e legislativa. O Judiciário e o Legislativo passam, assim, a se auto completar, atuando em conjunto e dando respostas recíprocas às respectivas limitações.

Kent Roach também lembra que os mecanismos de diálogo não são a resposta para casos difíceis de interpretação, mas permitem a formação de um processo onde a busca pela resposta não é um monólogo judicial ou legislativo (ROACH, 2006, p. 251). A Corte não impede que o Poder Legislativo faça prevalecer a sua opinião, se quiser, mas o induz a apresentar justificativas mais elaboradas quando da restrição de direitos e liberdades, bem como que assuma plena responsabilidade política pelas respectivas ações.

#### **12.4. As críticas**

Muitas críticas surgiram contra a noção de “diálogo sequencial”. Manfredi e Kelly, por exemplo, no artigo intitulado “*Six Degrees of Dialogue: a Response to Hoog and Bushell*” criticam fortemente as conclusões de Hoog e Bushell, dizendo que, além de existirem falhas metodológicas na pesquisa, seria um erro dizer que há diálogo quando o Legislativo concorda com a posição da Corte. Para Manfredi e Kelly, só há diálogo verdadeiro (*genuine dialogue*) quando o Parlamento enfrenta a posição da Corte, fazendo prevalecer a respectiva opinião em desfavor da opinião judicial. Assim, entendem que se o legislador “cede” à posição da Corte e, por exemplo, promulga uma nova lei com as modificações sugeridas pelo Judiciário, haveria uma hierarquização na relação entre

Judiciário e Legislativo<sup>113</sup> e não um diálogo verdadeiro. Isto geraria, como consequência, uma distorção da política pública<sup>114</sup> e da deliberação democrática (MANFREDI; KELLY, 1999, p. 522).

Andrew Petter, no livro “*The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights*”, diz que a teoria do diálogo não consegue oferecer uma fundamentação suficiente para a existência da *judicial review* com base na CCORF. Neste sentido, Petter apresenta três argumentos: Primeiro, diz que a teoria do diálogo falha em conteúdo normativo e não fornece uma justificação moral para o envolvimento dos juízes como decisores dos direitos da Carta. Segundo, afirma que a teoria do diálogo baseia-se na errônea premissa de que uma decisão é legítima simplesmente porque não é conclusiva. Terceiro, alega que a teoria subestima seriamente a extensão de como as decisões judiciais baseadas na Carta direcionam as políticas públicas no Canadá (PETTER, 2010, p. 155).

Além destas objeções, Petter afirma que uma outra fraqueza da teoria do diálogo é aceitar, de forma acrítica, o caráter democrático das instituições políticas. Para os defensores do diálogo, a interação entre Judiciário e Legislativo nos moldes da *weak-form judicial review*, com a “última palavra” nas mãos do legislador (e não no Judiciário), criaria um debate democrático e legitimado, justamente por assumir-se os Parlamentos como instituições mais democráticas do que as Cortes. Contudo, Andrew Petter contesta justamente o suposto caráter democrático dos Parlamentos (no caso, o Parlamento canadense), dizendo que, sendo os Parlamentos não representativos,<sup>115</sup> a teoria do diálogo seria uma proposição que pretende que dois erros não-democráticos (o Judiciário e o

---

<sup>113</sup> “However, Charter dialogue does not characterize the process whereby elected officials simply repeal offending sections or replace entire Acts. Such responses do not represent minor legislative replies, but border on Charter ventriloquism because elected officials are simply expunging sections or whole laws found to be offensive to judicial actors, and thus are simply complying with judicial decisions. This negative approach to legislative sequels undermines the establishment of an equal relationship between judges and legislators, and instead facilitates a hierarchical relationship that limits genuine dialogue.” (MANFREDI; KELLY, 1999, p. 521).

<sup>114</sup> “In sum, policy distortion occurs whenever a legislature must subordinate its understanding of constitutionally permissible policy to that articulated by a court, even when legislative objectives are not at issue.” (MANFREDI; KELLY, 1999, p. 522).

<sup>115</sup> Petter critica fortemente o Parlamento canadense, dizendo que há sérias razões para duvidar do caráter democrático das instituições políticas no Canadá e que tais instituições não são representativas da população. Ele cita, como exemplo, o caso das mulheres, que são mais de cinquenta por cento da população do país, mas que possuem apenas vinte e um por cento das cadeiras do Parlamento. Indígenas, minorias étnicas e pobres são igualmente sub-representados no Parlamento e nos Legislativos provinciais (PETTER, 2010, p. 155).

Legislativo) façam um direito democrático (PETTER, 2010, p. 155).

Para Petter, o caminho correto da teoria democrática seria buscar o aperfeiçoamento das instituições políticas, tornando-as mais representativas e responsáveis, além de maximizar as oportunidades para que os cidadãos possam participar e deliberar em relação às decisões políticas (PETTER, 2010, p. 157) e não conceder poderes a uma outra instituição não-democrática (o Judiciário) com a função de supostamente amenizar os problemas da primeira.

### **12.5. A resposta**

A análise das críticas apresentadas é importante para se avaliar a pertinência (ou não) das teorias do diálogo para a justificação da existência da *judicial review of legislation* como modelo a ser mantido.

A primeira oposição descrita foi no sentido de que não há um diálogo verdadeiro quando o Legislativo aprova uma lei com as mudanças sugeridas pelo Judiciário. Só haveria um diálogo genuíno quando o Parlamento discordasse da manifestação judicial e impusesse o respectivo entendimento que estava presente na lei impugnada. Entretanto, o posicionamento que aqui se defende é em sentido diverso. Não há como se dizer que um diálogo entre instituições só existiria quando uma delas fosse intransigente e não aceitasse qualquer sugestão ou argumento exposto pela outra. O que Manfredi e Kelly propõem com esta objeção é, na verdade, dizer que o diálogo só ocorre quando há uma supremacia da opinião parlamentar. Contudo, o que se busca com as teorias do diálogo é justamente a superação de ambas as supremacias (seja parlamentar, seja judicial) por uma forma diversa de construção do direito constitucional que leve em conta uma interação mais efetiva entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. E para isto existir, para que esta interação ocorra, é necessário que ambos os Poderes manifestem sua opinião e, em algumas situações, cedam em face dos argumentos apresentados pelo outro. A essência do diálogo está justamente na possibilidade de escutar, ponderar e aceitar em certas situações a opinião do outro. Assim, quando o Legislativo toma conhecimento da decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade, conhece os argumentos jurídicos colocados “na mesa” pela Corte



e anui em ceder em alguns pontos aprovando uma nova lei com mudanças sugeridas pela Judiciário, mesmo tendo a possibilidade de superar o entendimento judicial, vê-se exatamente o diálogo institucional a funcionar. Não se pode dizer que a concordância do Legislativo com o Judiciário (seja pelo convencimento em razão dos argumentos jurídicos, seja por questões de conveniência política) não é um elemento da interação institucional promovida pelos sistemas de *weak-form judicial review*, sobretudo diante da possibilidade latente que o legislador ordinário tem em mãos de não anuir ao entendimento judicial e superá-lo de forma relativamente simples. Assim, o que se vê não é uma hierarquização, mas sim uma interação entre os poderes que leva em conta neste “emaranhado” sistema de “trocas discursivas” tanto argumentos jurídicos (postos em discussão pelo Judiciário) quanto argumentos políticos (próprios da avaliação legislativa) na definição dos direitos fundamentais.

Tal sistema ainda tem a vantagem de dar mais liberdade ao Judiciário em relação à política. Diz-se isto porque existindo a possibilidade de reversão da decisão judicial pelo Legislativo, o juiz tem a possibilidade de ater-se mais aos argumentos de direito, delegando ao legislador completamente (ou quase que completamente) a competência para avaliar as *nuances* políticas e de conveniência do ato legislativo. Ou seja, os modelos de *weak-form judicial review* têm a possibilidade de permitir uma atuação mais técnica e jurídica do Poder Judiciário, liberando-o (em parte) do ônus de avaliar questões políticas que envolvam o tema a ser decidido. Como a palavra do Judiciário não é a final, tem ele maior liberdade para trabalhar com aquilo que tem melhor conhecimento e competência (o direito) deixando ao legislador democrático a possibilidade de manifestar-se em sucessivo quanto à conveniência política da decisão judicial antes tomada. Assim, não há que se falar em distorção política ou democrática, posto que as questões próprias da política estarão reservadas à avaliação do legislador democraticamente eleito e não ao Judiciário.

Quanto às objeções apresentadas por Petter, é de se concordar com o autor quando este diz que há um *deficit* democrático nas instituições políticas. É verdade que os Parlamentos (não só o canadense) sofrem atualmente de séria crise de legitimidade e de representatividade. Contudo, tal fenômeno de escala quase global não é suficiente para afastar por completo a utilidade do Parlamento na definição das políticas públicas e o seu

papel importante nos sistemas de *weak-form judicial review* quanto ao controlo de constitucionalidade. O problema da falta de representatividade do Parlamento deve ser resolvido com reformas políticas que garantam uma maior participação nas casas legislativas dos grupos sub-representados (ideia que o próprio Andrew Petter defende no livro aqui já citado)<sup>116</sup>, mas isto não significa a desnecessidade de discutir e aperfeiçoar o papel do Legislativo e das Cortes no controlo de constitucionalidade. Os Parlamentos, como instituições não democraticamente perfeitas, mas com maior carácter democrático do que o Judiciário, têm um papel importante nos sistemas de *weak-form judicial review*, agregando valor à função desenvolvida pelo Judiciário. Sendo impossível hoje caminhar-se para um sistema de completa democracia direta, bem como impossível transformar todos os cidadãos em juízes de si mesmos, há a necessidade de criação de instituições imperfeitas, mas funcionais, que permitam um mínimo de ordem na coexistência humana. Neste cenário, o Parlamento e o Judiciário são ainda instituições imprescindíveis e que devem ser aperfeiçoadas e não desconsideradas.

Neste sentido, a teoria do diálogo busca introduzir um elemento de interação entre estas duas instituições, para que a partir desta convergência possam ser minimizados os erros, os quais sempre vão existir, obviamente. O que se propõe com o diálogo instituído pelos sistemas de *weak-form judicial review* não é alcançar a perfeição, mas sim permitir que as decisões sobre o que é o direito constitucional deixem de ser um monólogo (seja judicial ou legislativo) e passem a ser produzidas dentro de um modelo de interdependência e “interação” entre duas instituições. Ao invés de uma separação extrema de poderes, uma coordenação de poderes.

### **13. Diálogo institucional no direito constitucional brasileiro**

#### **13.1. O sistema brasileiro como “*super*” *strong-form judicial review*.**

Depois das análises que aqui foram feitas e de conhecer sistemas de direito constitucional que incentivam a promoção do diálogo institucional entre o Legislativo e o

---

<sup>116</sup> Veja-se o livro *The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights* (PETTER, 2010, p. 158).

Judiciário na definição do que é o direito nacional, pergunta-se: e no Brasil, há algum espaço para a promoção de uma teoria de diálogo?

A primeira observação que se deve ter em mente é que o sistema brasileiro, não sendo um modelo de *weak-form judicial review*, limita em muito as possibilidades de realização de um diálogo institucional efetivo. Conforme aqui se estudou, a literatura mundial vem demonstrando que é nos sistemas de *weak-form judicial review*, pela própria natureza, onde se desenvolve um campo propício para a realização de uma teoria do diálogo institucional, com a coordenação mais efetiva das atuações judicial e legislativa.<sup>117</sup> Mas, seria possível alguma espécie de diálogo em um sistema como o brasileiro? É isto que se pretende estudar nesta parte do trabalho.

Um ponto que se deve ter atenção é a qualificação do sistema de controlo de constitucionalidade do Brasil. Se por um lado pode-se definir os modelos existentes no Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia como *weak-form judicial review* e no caso dos Estados Unidos da América pode-se definir o sistema lá presente como *strong-form judicial review*, tratando-se do caso brasileiro necessita-se de uma classificação diferente. Neste trabalho, a denominação que se dará ao modelo de controlo de constitucionalidade brasileiro será *super strong-form judicial review*, ou seja, controlo de constitucionalidade “super” forte.

Mas porque esta denominação diversa para o modelo brasileiro? Por que “super” forte? A resposta é simples. O uso desta denominação se impõe em razão da existência de limites ainda mais rigorosos à modificação das normas constitucionais no sistema brasileiro em relação ao modelo parâmetro de *strong-form judicial review*, que é o norte-americano. Explica-se: no ordenamento brasileiro há normas constitucionais que são absolutamente imodificáveis pelo Parlamento, seja através do legislador ordinário, seja através do legislador reformador. Estas normas são as chamadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser alteradas de forma alguma, nem sequer pelo complexo processo de emenda constitucional. Esta previsão retira do legislador democrático qualquer possibilidade de atualização de determinadas partes da Constituição, ainda que faça uso de quaisquer dos

---

<sup>117</sup> Por todos, veja-se o interessante livro de Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: judicial activism or democratic dialogue* (ROACH, 2001).

mecanismos existentes para alteração de normas constitucionais. Este engessamento cria uma parte completamente “dura” e inalterável do texto constitucional, munindo-se o Judiciário de “trunfos” jurídicos que não permitem qualquer resposta legislativa, sendo a palavra do Judiciário (em relação aos direitos entendidos como cláusulas pétreas) absolutamente final. Esta configuração não existe nos Estados Unidos da América onde, não obstante as dificuldades para aprovação de uma emenda constitucional, em tese qualquer norma da Constituição pode ser alterada pelo legislador reformador. Ou seja, as limitações impostas pelas inúmeras cláusulas pétreas brasileiras não possuem paralelo no direito constitucional norte-americano (e muito menos nos sistemas de *weak-form judicial review*), o que faz com que o sistema de controlo de constitucionalidade brasileiro seja “super” forte e não simplesmente forte.<sup>118 119</sup>

As cláusulas pétreas brasileiras trazem ainda um problema adicional à questão da legitimidade da *judicial review*, posto que permitem que algumas pretensões legislativas possam ser indefinidamente barradas pelo Judiciário, em desfavor do legislador democraticamente eleito, sem existir qualquer “válvula de escape democrática”. Assim, e sobretudo levando em conta a indeterminação do conteúdo das cláusulas pétreas (o que permite uma grande amplitude da atividade interpretativa do Judiciário), “dá-se o fechamento da discussão e da definição pública em relação às questões fundamentais afetas à sociedade, porque o Supremo fixa a ‘única’ interpretação extraível a partir do texto constitucional em caráter definitivo, e somente ele poderá alterá-la.” (CONTINENTINO, 2010, p. 161).

Em suma, neste sistema de *judicial review* “super” forte, as chances de se produzir um diálogo democrático são ainda menores, em razão da possibilidade do fechamento definitivo do diálogo por uma decisão judicial, conforme acima demonstrado.

---

<sup>118</sup> O mesmo pode-se dizer do sistema constitucional português, o qual prevê limites materiais ao poder de revisão constitucional no artigo 288 da CRP. Para mais detalhes, veja-se J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (CANOTILHO, 2003, p. 1060).

<sup>119</sup> Para fins de comparação e para se notar a grande amplitude das cláusulas pétreas no direito brasileiro, pode-se citar o ordenamento italiano. Neste, conforme previsão no art. 139 da Constituição, só há um único limite explícito ao poder de reforma constitucional, que é a forma republicana. Como afirmam Zagrebelsky, Marcenò e Pallante (2014, p. 357) “*la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale. Si capisce, da quanto appena detto, la ragione di tale espressa previsione: lo stesso potere costituente si era trovato di fronte a una scelta già compiuta dal popolo, dovendone semplicemente prendere atto.*”

### 13.3. Traços de diálogo institucional no sistema brasileiro

No entanto, pode-se dizer que há alguns elementos da jurisprudência e do direito constitucional do Brasil que podem ser definidos como “traços” de diálogo institucional, e é isto que neste ponto se pretende conhecer.

O primeiro traço de diálogo provém do próprio texto da Constituição de 1988, no Art. 52, X. Tal dispositivo possui a seguinte redação:

*Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*

*(...)*

*X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

Disposição semelhante a esta encontra-se presente no direito constitucional brasileiro deste a Constituição de 1934 e tem como objetivo conferir um interessante papel a ser desempenhado pela Câmara Alta do Poder Legislativo federal no âmbito do controlo de constitucionalidade. A função do Senado seria atuar como um ente garantidor do princípio da separação dos poderes,<sup>120</sup> competindo a este, após decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controlo difuso,<sup>121</sup> suspender a execução da lei impugnada. A ideia da Constituição é engenhosa: permitir uma interação entre o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal no âmbito do controlo de constitucionalidade, através do deferimento ao Senado da competência para retirar, no todo ou em parte, a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

---

<sup>120</sup> O papel do Senado como o ente garantidor da coordenação e separação dos poderes da República foi enfatizado durante os debates da assembleia constituinte. Neste sentido, Mendes e Branco afirmam que “nos debates realizados [na assembleia constituinte] preponderou, porém, a ideia de outorgar ao Senado, erigido, então ao papel de coordenador dos Poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 2466).

<sup>121</sup> Em sede de controlo difuso (incidental) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF produz-se, segundo a doutrina clássica, apenas entre as partes envolvidas no processo judicial que deu origem à questão constitucional. No mesmo sentido caminha o direito português, como bem leciona J.J. Gomes Canotilho, o qual afirma que “a decisão do TC (Tribunal Constitucional), julgando inconstitucional (ou ilegal) uma norma em recurso do controlo incidental feito pelo Tribunais, só tem efeitos na decisão recorrida preferida pelo Tribunal *a quo*. Não há, assim, eficácia *erga omnes* da decisão sobre a validade da norma considerada inconstitucional.” (CANOTILHO, 2003, p. 1000).

Assim, se a Corte Suprema reconhecer a inconstitucionalidade da lei como razão de decidir em um processo judicial da respectiva competência (controle difuso) deverá comunicar o fato à Câmara Alta do Legislativo, para que esta, atuando como expressão do legislador democraticamente eleito, afaste a lei impugnada do ordenamento jurídico, conferindo efeitos *erga omnes* e vinculante à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pela Corte. Deste modo, a produção de efeitos gerais de uma declaração de inconstitucionalidade no processo difuso é um procedimento coordenado entre o Judiciário e o Legislativo, podendo-se ver aí, claramente, uma tentativa da Constituição brasileira de estabelecer alguma espécie de diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo no âmbito do controle de constitucionalidade.

Neste mesmo sentido, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal corrobora a competência do Senado, *in verbis*:

*Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição\*. (Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X)*

Pode-se até discutir se, no exercício desta competência, o Senado Federal poderia negar-se a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso, instaurando um diálogo institucional com o STF mediante a fundamentação desta negativa. Neste trabalho ousa-se divergir da doutrina majoritária brasileira e dizer que, caso deseje, o Senado pode negar a suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF, desde que o faça fundamentadamente.<sup>122 123</sup> Em sendo admitida esta “negação

---

<sup>122</sup> Em sentido diverso, defendendo a impossibilidade do Senado Federal negar a suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF, veja-se por todos Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* (1949) e Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional* (2014).

<sup>123</sup> Cabe ressaltar que mesmo sendo preferível a “negação de suspensão” expressa, a qual pode trazer os argumentos e fundamentações do Senado para dentro do debate constitucional, a não manifestação do Senado (que soaria como uma negação de suspensão dos efeitos da norma de forma tácita), não poderia ser, de modo algum, penalizada pelo STF, posto que a conveniência de manifestação ou não do Senado está dentro do seu espectro de discricionariedade política e administrativa.

de suspensão” o STF não estaria impedido de apreciar novamente a matéria, seja em sede de um outro processo de controlo difuso, seja em sede de controlo concentrado. O interessante nestes casos é que a nova apreciação do STF seria feita já com a ciência dos argumentos expostos pelo Senado para a não suspensão da norma em momento anterior, o que permitiria a instauração de um diálogo institucional entre o STF e o Legislativo (pelo menos a Câmara Alta) através da consideração dos argumentos expostos pelo Senado na “negativa de suspensão”.

Cabe ressaltar que uma outra declaração de inconstitucionalidade incidental da mesma norma em controlo difuso levaria à repetição do procedimento, ou seja, a lei seria reconhecida como inconstitucional dentro do processo em que ela está sendo discutida (produzindo efeitos apenas *inter partes*) e o STF teria que remeter novamente uma comunicação ao Senado para este se pronunciar mais um vez sobre a suspensão ou não da execução da norma declarada inconstitucional pelo STF, com efeitos gerais (*erga omnes*).

Note-se que aqui, nesta “segunda volta”, o STF já teria conhecimento dos argumentos formulados pelo Senado para a não suspensão da execução da norma no primeiro momento. Neste diapasão, o STF já teria como “responder” ao Senado e dizer porque a norma deveria (ou não) ser reconhecida como inconstitucional e ter a sua execução suspensa com efeitos *erga omnes*. Perceba-se que se forma um *continuum*, uma interação argumentativa entre o Judiciário e o Senado, com o objetivo de se chegar a uma construção coordenada e um convencimento mútuo. O Senado, ciente da resposta do STF, poderá tomar a decisão de suspensão (ou não) dos efeitos na norma de forma mais consciente. Assim, a discussão acerca da suspensão dos efeitos da norma seria realizada de forma conjunta, mediante a ponderação do Judiciário e do Legislativo, com a apreciação de argumentos tanto políticos quanto jurídicos. O debate torna-se, desta forma, mais democrático em razão da substituição do monólogo judicial por um instrumento de contínua troca argumentativa entre os poderes.

Claro que todo este diálogo poderia ser interrompido pela declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF em um processo de controlo concentrado, já que o art. 52, X da CF/88 não se aplica a esta espécie de controlo, tendo o STF, neste modelo, a

palavra final sem qualquer participação do Poder Legislativo.

De todo modo, a ideia do art. 52, X da Constituição brasileira é instituir alguma espécie de diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo na definição do que é o direito constitucional. Não obstante tal instrumento ser limitado apenas ao controlo difuso, com participação exclusiva do Senado (não há participação da Câmara dos Deputados) e com o risco de ser finalizado por uma manifestação do Supremo Tribunal Federal em sede de controlo concentrado, a ideia é saudável e privilegia a democracia, sendo um importante traço de diálogo institucional fomentado pela Constituição de 1988, o qual deve ser valorizado e desenvolvido.

No entanto, apesar do grande potencial dialógico deste instituto, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira caminhou em sentido contrário e promoveu um enfraquecimento do instrumento. Para se perceber o ocorrido, deve-se atentar ao histórico do julgamento da reclamação n.º 4335 pelo Supremo Tribunal Federal.

Em um processo de *Habeas Corpus* (HC n.º 82959), discutia-se incidentalmente a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), o qual proibia a progressão do regime de cumprimento de pena para os condenados por crimes hediondos. No ano de 2006, o STF declarou (em controlo difuso) a inconstitucionalidade do referido artigo, concedendo aos impetrantes o direito à progressão do regime até então vedado pela lei. Como a decisão do STF ocorreu em sede de controlo difuso, caberia ao Supremo Tribunal Federal comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, para que este decidisse sobre a suspensão da execução do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, com efeitos *erga omnes* e vinculante.

Contudo, mesmo antes de qualquer pronunciamento do Senado, a Defensoria Pública do Estado do Acre requereu a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a diversos outros réus que estavam presos por crimes hediondos naquele Estado. Entretanto, o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de progressão de regime dos novos réus, alegando que, para que a decisão do STF no *Habeas Corpus* n.º



82959 tivesse efeito *erga omnes* e vinculante, seria necessário que o Senado Federal houvesse suspenso a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos declarado inconstitucional, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não havia ocorrido. Contra esta decisão do Juízo de primeiro grau, fora ajuizada no STF a Reclamação n.º 4335, a qual buscava a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do HC n.º 82959 para todos os réus condenados por crimes hediondos, independentemente do pronunciamento do Senado Federal.

O julgamento da Reclamação n.º 4335 demorou mais de oito anos, chegando-se a uma decisão final apenas em 20/03/2014, tendo como ponto mais importante a decidir justamente o alcance dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle difuso e a interpretação a ser dada à competência do Senado nos termos do Art. 52, X da CF/1988.

Os primeiros votos apresentados, ainda em 2007, foram proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau (já aposentado). Para Mendes, o art. 52, X sofreu um processo de *mudança constitucional* e por isso deveria ser reinterpretado.<sup>124</sup> Diz ele que, após 1988, o direito constitucional brasileiro seguiu no caminho da valorização do controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato (por via de ações próprias, tais como a ADI e a ADC), com a consequente perda de ênfase no controle difuso ou incidental<sup>125</sup> e a aproximação dos efeitos deste modelo aos daquele. Neste sentido, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (eficácia vinculante e efeito *erga omnes*) iriam produzir-se,

---

<sup>124</sup> “(...) por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “*suspensão da execução da lei pelo Senado Federal*” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto. (...) Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. (...) É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mudança constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mudança constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*.” Trecho colhido na Reclamação 4335, Supremo Tribunal Federal, págs. 41 e seguintes.

<sup>125</sup> No julgamento da Reclamação 4335 (pág. 25), Gilmar Mendes assim se manifestou: “A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

mesmo no controlo difuso, independentemente da manifestação do Senado Federal.<sup>126</sup> Para Mendes, seria inútil entender que o Senado teria outra função “que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.”(MENDES; BRANCO, 2014, p. 2501). *A mutação constitucional* teria produzido uma espécie de “abstrativização” dos efeitos do controlo de constitucionalidade concentrado e uma modificação da função constitucional do Senado prevista no Art. 52, X da Constituição de 1988.

Em suma, no entendimento externado por Gilmar Mendes no voto citado, a nobre função do Senado prevista no art. 52, X da CF/88 ter-se-ia transformado em mera competência publicizatória das decisões do Supremo Tribunal Federal em controlo de constitucionalidade difuso, posto que os efeitos *erga omnes* e vinculante produzir-se-iam independentemente da manifestação do Legislativo e em decorrência direta da força normativa da decisão do STF.

No mesmo sentido, o Ministro Eros Grau proferiu “voto-vista” na Reclamação 4335, no qual acompanhou o entendimento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes e reafirmou que ao Senado estaria “atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.”<sup>127 128</sup>

---

<sup>126</sup> O entendimento do Ministro Gilmar Mendes é também exposto em livro em que é coautor, no qual se colhe o seguinte trecho: “A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? (...) Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se completamente inútil, caso se entenda que tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 2470).

<sup>127</sup> Trecho colhido do “voto-vista” do Ministro Eros Grau (aposentado) na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal, pág. 82.

<sup>128</sup> Eros Grau também defende a ideia de mutação constitucional, como se vê no seguinte trecho do seu “voto-vista” apresentado na Reclamação 4335, pág. 77: “Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal

Em sucessivo, os então Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence (hoje ambos aposentados) apresentaram seus votos em sentido diverso, rejeitando a tese de *mutação constitucional*. Alegaram que o dispositivo previsto no artigo 52, X da Constituição estaria plenamente em uso e que, caso o STF entendesse, de modo excepcional, que uma determinada questão decidida em sede de controle difuso necessitaria de imediata atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes, poderia fazê-lo com o uso do instituto da súmula vinculante, sem que, para isto, precisasse aniquilar a competência do Senado prevista no art. 52, X da CF/88, sob o fundamento de um *mutação constitucional* que não se configurou.

Neste mesmo caminho, o Ministro Ricardo Lewandowski discordou da tese do Ministro Gilmar Mendes, afirmando que “tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.”<sup>129</sup>

Por fim, e após um longo trâmite processual, o julgamento foi concluído em 20 de março de 2014, após a apresentação do voto-vista do Ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. A argumentação exposta por Zavascki começa demonstrado inúmeros dispositivos legais que conferem efeitos gerais aos precedentes judiciais no Brasil, defendendo que a evolução legislativa dos últimos anos ocorreu no sentido de conferir “eficácia expansiva”<sup>130</sup> às decisões dos Tribunais superiores, sobretudo, do STF. Diz ele que a

---

Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.”

<sup>129</sup> Trecho colhido do “voto-vista” do Ministro Ricardo Lewandowski na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal, pág. 8.

<sup>130</sup> Teori Zavascki diz que “é inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado

tendência atual é uma confluência dos sistemas romano-germânico e anglo-saxão, com a aproximação, pelos primeiros, da ideia de *stare decisis* e a consequente valorização dos precedentes judiciais, conferindo-lhes força *ultra partes*.<sup>131</sup> Defende Teori Zavascki que não houve *mudança constitucional* em relação ao Art. 52, X da Constituição, estando o dispositivo em vigor ainda hoje. Assim, afirma que “embora vários aspectos do instituto ainda despertem alguma controvérsia doutrinária, estabeleceu-se consenso quanto ao seu conteúdo essencial, que permanece o mesmo desde 1934: a suspensão da execução da norma, pelo Senado, confere eficácia *erga omnes* à decisão do STF que, em controle difuso, declara a sua inconstitucionalidade. A Resolução do Senado tem, nesse aspecto, natureza normativa, já que universaliza um determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo.”<sup>132</sup>

Contudo, não obstante o reconhecimento da “vigência” do dispositivo constitucional, o Ministro Teori Zavascki defendeu que as decisões do STF possuem uma espécie de eficácia expansiva, que pode se manifestar por inúmeros meios. O Ministro buscou fazer uma diferenciação entre o que seria eficácia *erga omnes* e efeito expansivo. Esta diferenciação claramente aparece no voto como um instrumento de política judiciária, a fim de restringir a impetração massiva de processo de reclamação por descumprimento de decisões do STF apenas às situações de descumprimento dos atos com efeitos vinculantes<sup>133</sup> (restringindo ao máximo as hipóteses de reclamação contra as decisões com efeito expansivo). Ao final, o voto acaba por admitir a tramitação da Reclamação 4335,

---

a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.” Trecho colhido do “voto-vista” do Ministro Teori Zavascki na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal, págs. 14/15.

<sup>131</sup> Neste sentido, veja-se o “voto-vista” do Ministro Teori Zavascki, na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal, pág. 7 e seguintes.

<sup>132</sup> Veja-se o “voto-vista” do Ministro Teori Zavascki, na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal, pág. 7 e seguintes

<sup>133</sup> “Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* – notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, caput e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º). Por imposição do sistema e para dar sentido prático ao caráter expansivo das decisões sobre a constitucionalidade das normas tomadas pelo STF no âmbito do controle incidental, há de se considerar também essas decisões suscetíveis de controle por reclamação, quando ajuizada por entidade ou autoridade legitimada para a propositura de ação de controle concentrado (CF, art. 103).” Trecho colhido do “voto-vista” do Ministro Teori Zavascki na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal, págs. 20/21.

julgando-a procedente em razão da decisão do juiz de primeiro grau ser contrária a súmula vinculante nº 26<sup>134</sup> (editada posteriormente ao início da tramitação do processo) que determinava aos juízes que reconhecessem a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90, mesmo não tendo havido a suspensão da execução da lei pelo Senado. Tal voto foi o vencedor, tendo sido acompanhado pela maioria dos Ministros.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal terminou por não enfrentar de forma clara as possibilidades e competências reservadas ao Senado no exercício da prerrogativa disposta no art. 54, X da CF de 1988. Se por um lado o STF afastou a tese da *mudança constitucional*, ainda hoje defendida por Gilmar Mendes, por outro o Tribunal não aclarou o seu entendimento quanto à possibilidade, por exemplo, do Senado negar a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão exarada pela Corte, permitindo a instauração de um diálogo institucional como acima demonstrado. Ademais, sob o novo rótulo de *eficácia expansiva*, observa-se que o STF entendeu por legítimo um conjunto de limitações à participação do Legislativo na definição do que é o direito constitucional no sistema brasileiro, preferindo, ao reverso, aderir a um processo de concentração ainda maior de poderes nas mãos do Poder Judiciário.

No caso específico, por exemplo, o STF escolheu fazer uso de um outro instrumento a seu dispor (a súmula vinculante), ao invés de aguardar o pronunciamento do Senado quanto à suspensão ou não da execução do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990. Ou seja, apesar de não admitir claramente, no caso concreto o STF tornou irrelevante a atuação do Senado, posto que a eficácia que poderia ser dada pela suspensão da execução da lei pelo Senado já fora concedida unilateralmente pela Corte, através da edição de uma súmula vinculante (de nº 26), impedindo-se, deste modo, a instauração de qualquer diálogo institucional.

Aqui, mais uma vez, volta-se a ressaltar a importância do instituto previsto no art.

---

<sup>134</sup> Súmula vinculante n.º 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

54, X da CF/88 como elemento de diálogo institucional. A submissão das decisões do STF em controlo difuso ao Senado é um elemento de interação e de prevalência do princípio da separação dos poderes (ou melhor, princípio do equilíbrio entre poderes) e que por isto não deve ser banalizado. É verdade que a súmula vinculante confere ao STF a possibilidade de dispensar a atuação do Senado para a concessão de efeitos gerais às decisões da Corte, podendo fazê-lo por si só. Contudo, a posição do STF deveria ser de reverência e valorização do instituto previsto no art. 54, X da CF, conclamando o Senado para uma interação institucional e uma participação na definição do que é o direito. Ressalte-se que não se pode dizer que há inércia do Senado e isto justificaria a eliminação da competência reservada ao Legislativo, posto que, de 1988 até 2007, quase cem normas declaradas inconstitucionais pelo STF tiveram a execução suspensa pelo Senado Federal.<sup>135</sup>

Da mesma forma, a literalidade do disposto no art. 54, X da CF/88 deixa evidente que a competência para suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional é, além de privativa do Senado, um ato discricionário, podendo a Casa legislativa negar-se a fazê-lo mediante juízo próprio de conveniência e oportunidade política e democrática. Esta negação exigiria uma fundamentação pertinente, o que representaria uma resposta democrática à manifestação judicial. Esta resposta deveria ser levada em conta pela Corte no momento de eventual reapreciação da matéria em outro processo judicial.

Conforme demonstram os exemplos de *weak-form judicial review* aqui estudados, a participação do Legislativo no controlo de constitucionalidade é salutar e representa um elemento de legitimação democrática para a própria existência da *judicial review*. No modelo proposto pelo art. 54, X da CF/1988, as possibilidades conferidas ao Legislativo nem chegam perto daquelas existentes nos modelos de revisão judicial fraca, isto porque no Brasil o máximo que o Senado poderia fazer seria limitar *intra partes* os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controlo difuso, mas nunca suplantando a decisão proferida pela Corte. Mesmo assim e com esta limitadíssima possibilidade, a doutrina e o próprio STF não admitem (ou parecem não admitir) a hipótese do Senado atuar em sentido contrário à Corte,<sup>136</sup> por exemplo negando-se a conferir efeito

---

<sup>135</sup> Neste sentido, veja-se o “voto-vista” do Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação n.º 4335, Supremo Tribunal Federal.

<sup>136</sup> Como exemplo, podem ser citados Lúcio Bittencourt (1949), Gilmar Mendes e Paulo Branco (2014)

suspensivo à uma decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida em controle difuso pelo STF, o que demonstra a pouca disposição dos juristas brasileiros à instauração de um sério e verdadeiro diálogo institucional democrático.

Cabe ressaltar que a posição que aqui se defende não significa a extermínio do controle de constitucionalidade exercido pelo STF, mas sim a aceitação de que o exercício da *judicial review* deve ocorrer, o mais possível, de modo coordenado com os outros poderes. Frank Michelman (2003, p. 594) há muito já argumentara que a defesa do controle de constitucionalidade pelos Tribunais não implica, por consequência, em necessária assunção da supremacia judicial, ou seja, de postura excessivamente reverencial aos posicionamentos da Corte. A interação proposta pelo art. 54 X da CF é um elemento de diálogo entre poderes e de construção de um discurso democrático, o que deve ser valorizado. Como bem observa Conrado Hübner Mendes (2008, p. 202), “a perspectiva do diálogo, ao relativizar a última palavra, mostra que a alternativa à supremacia do Parlamento não é necessariamente a soberania, pura e simples, mas um jogo interativo mais rico e complexo.”

### **13.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e apelo ao legislador na jurisprudência brasileira: instrumentos de diálogo.**

Uma outra forma possível de instauração de diálogo institucional e ainda dentro das balizas atuais do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, seria o uso mais corriqueiro das técnicas de decisão chamadas de “apelo ao legislador” e “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”. A difusão de tais institutos deve-se muito à jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional alemã) que, ao buscar a superação do binômio lei constitucional e lei inconstitucional, criou modelos de decisões “intermediárias”. Há situações em que a Corte entende “que a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional e exorta o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou adequação dessa ‘situação ainda constitucional’ (*appellentscheidungen*)” (MENDES, 1992, p. 474). Em outros casos o Tribunal reconhece

---

e Luiz Roberto Barros (2012).

a inconstitucionalidade de uma norma, mas deixa de declarar a nulidade.<sup>137</sup>

Canotilho explica que “nas *decisões apelativas*, o Tribunal considera que uma lei ou uma situação jurídica ainda não é inconstitucional mas faz um apelo ao legislador no sentido de melhorar ou alterar a lei no sentido de evitar o trânsito para a inconstitucionalidade.” (CANOTILHO, 2003, p. 1018).

O benefício destas técnicas é o deferimento ao legislador do poder de escolha da medida a ser adotada, privilegiando o parâmetro democrático. O reconhecimento, por exemplo, da inconstitucionalidade de uma norma pelo Tribunal, mas sem a pronúncia de nulidade da lei por um determinado período, permite que o legislador (e não o Judiciário) suplante a lacuna jurídica que advirá após o transcurso do prazo fixado, privilegiando-se a opção democrática a ser definida pelo Parlamento, somados aos elementos de ponderação constitucional então apresentados pelo Tribunal.

Um exemplo que pode ser referido da utilização desta técnica como espécie de interação entre Judiciário e Legislativo na jurisprudência brasileira é a ação direta de inconstitucionalidade n.º 2240. No caso, a ADI foi impetrada por um partido político (Partido dos Trabalhadores) contra a lei n.º 7.619/2000, do Estado da Bahia, a qual criara um novo Município no Estado, chamado Luís Eduardo Magalhães, a partir do desmembramento territorial do Município de Barreiras-BA.

O autor alegou que a lei estadual n.º 7.619/2000 seria inconstitucional porque violaria o disposto no art. 18, parágrafo 4.º da CF/88, o qual exige que o Legislativo federal aprove uma lei complementar que defina qual o período dentro do qual os Estados podem autorizar a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Assim,

---

<sup>137</sup> Referindo-se à jurisprudência da Corte Constitucional alemã, Aalt Willem Heringa afirma que “*the Constitutional Court sometimes resorts to judgments which do not declare an attacked statute unconstitutional, while at the same time indicating that the legislature ought to amend the law in order to have it or keep it within the limits set by the Constitution. This ‘appeal’ to the legislature can be combined with two different sorts of dicta: firstly that the statute involved is not yet unconstitutional, but that in order to prevent unconstitutionality in the near foreseeable future an amendment is indispensable. Secondly, a declaration that the statute is not in conformity with the Constitution (but is not void), but urging the legislature to amend the law so as to make it constitutional, thereby preventing that Constitutional Court to declare the statute ‘void’ and imposing a solution in order to remedy this ‘voidness’.*” (HERINGA, 1995, p. 70).



o raciocínio é de que enquanto o Legislativo federal não aprovar uma lei definindo o período em que os Municípios podem ser criados, incorporados, fundidos ou desmembrados, não pode a Legislação estadual fazê-lo.

Seguindo este raciocínio, o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional a lei estadual n.º 7.619/2000, reafirmando a respectiva jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade das leis estaduais que criaram Municípios enquanto não atendida a exigência prevista no art. 18, parágrafo 4.º da CF/88 pelo legislador federal. Neste sentido, a decorrência lógica seria a não existência jurídica do Município de Luiz Eduardo Magalhães, cujo território deveria voltar a fazer parte do Município de Barreiras.

Contudo, diante de uma situação de fato já consolidada (o Município de Luiz Eduardo Magalhães já havia sido constituído de fato há mais de seis anos, encontrando-se plenamente “em funcionamento” como ente federativo), o STF entendeu por bem declarar a inconstitucionalidade da lei, mas sem a pronúncia de nulidade, mantendo a vigência da norma por um prazo de 24 (vinte e quatro) meses, tempo que presumiu razoável para que o legislador federal viesse a aprovar a lei complementar ausente e o legislador estadual pudesse promulgar uma outra lei criando o Município de Luiz Eduardo Magalhães, mas dentro dos parâmetros que seriam fixados pela lei complementar federal.

Assim, o que buscou o STF com esta modulação prospectiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi conferir ao legislador competente um prazo para que fosse possível ajustar a situação de inconstitucionalidade, sem que com isso o STF tivesse definido quais os parâmetros da norma ou declarado a impossibilidade da existência do Município criado. Têm-se aí a busca de algum grau de interação entre os poderes Legislativo e Judiciário, com o estabelecimento de um nível (ainda que mínimo) de diálogo institucional dentro dos parâmetros constitucionais vigentes.

Diante da decisão proferida pelo STF e aproveitando-se do tempo deferido, o legislador federal adotou um caminho diverso daquele sugerido pelo Judiciário, mas produziu uma resposta efetiva e clara: a emenda constitucional 57/2008, a qual acrescentou o art. 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesta emenda, o Parlamento

federal determinou a convalidação dos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tivesse sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época do ato.

Ou seja, o legislador federal não aprovou a lei complementar exigida pelo art. 18 parágrafo 4.º da CF/88, mas promulgou uma nova norma constitucional que convalidou os Municípios criados até 31/12/2006. Como se vê, o deferimento de um prazo pelo STF para atuação do legislador foi produtivo, posto que provocou um debate político sobre a questão e culminou na produção de uma resposta legislativa sobre o tema. Tal resposta, inclusive, chegou a suplantar parcialmente o entendimento firmado inicialmente pelo STF na ADI 2240, posto que não obstante ter entendido (implicitamente) pela inconstitucionalidade dos Municípios criados após 31/12/2006, o Legislativo acabou por convalidar todos os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios concluídos até a referida data, suplantando, neste caso, o entendimento do STF pela inconstitucionalidade, inclusive em relação ao Município de Luiz Eduardo Magalhães.

#### **13.4. Reedição de lei declarada inconstitucional**

Uma outra forma de provocar a instauração de um debate institucional entre Judiciário e Legislativo e ainda sob a égide do regime constitucional brasileiro de 1988, seria a reedição pelo Parlamento de uma norma jurídica já declarada inconstitucional pelo STF.

A questão é polêmica e possui posições divergentes. O professor J.J. Gomes Canotilho, tratando da realidade portuguesa, não admite que o legislador aprove novamente uma norma de conteúdo igual a uma outra declarada inconstitucional pelo TC (Tribunal Constitucional) em controlo abstrato. Canotilho afirma que “a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a vinculação do próprio legislador à decisão do TC. (...) Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional.” (CANOTILHO, 2003, p. 1010).

No entanto, o posicionamento que aqui se defende é diverso. Entende-se pela possibilidade do legislador reeditar normas que apresentem conteúdo igual a outras já declaradas inconstitucionais pela Corte Constitucional. A ideia é permitir a troca de argumentos entre o Judiciário e o Legislativo, com a reabertura do diálogo democrático. Não é razoável entender que o posicionamento do STF engessaria definitivamente o Parlamento, ficando este eternamente impossibilitado de submeter novamente a questão à apreciação da Corte Suprema. Esta possibilidade justifica-se ainda mais quando há mudanças na composição da Corte ou novos pressupostos fáticos, os quais podem levar o Supremo Tribunal Federal a modificar o entendimento exarado na análise anterior da norma.

Note-se que o art. 102, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 estende o efeito vinculante das decisões do STF apenas ao Judiciário e ao Executivo, não se pronunciando quanto a esta extensão ao legislador, o que evidencia, claramente, uma deferência ao Parlamento e a não vinculação direta deste ao entendimento do STF. Neste sentido, deve-se entender plenamente possível a reedição pelo Legislativo de uma nova norma com conteúdo semelhante a uma outra já declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

Na verdade, esta permissão é um instrumento legítimo deixado pela CF de 1988 para a eventual instauração de um diálogo institucional, permitindo-se ao Legislativo, ao reeditar a norma, apresentar novos argumentos que podem, eventualmente, convencer o Judiciário da constitucionalidade da lei, à semelhança, por exemplo, da Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982. Neste sentido, Daniel Sarmiento afirma que “invalidada uma lei pelo STF, o Congresso pode aprovar outra, de conteúdo similar, instaurando-se um diálogo entre as instituições. O STF pode mais uma vez invalidar a lei, mas também pode eventualmente rever a sua posição original, considerando os argumentos dados pelo Legislativo e pela opinião pública.”(SARMENTO, 2014).

Ressalte-se que a edição de nova lei não deixará o cidadão desprotegido, posto que persiste a possibilidade de impetração de nova ação direta de inconstitucionalidade pelos

legitimados, bem como a opção de se ingressar com uma reclamação constitucional por parte daqueles que se sentirem lesados pela nova norma. Ademais, os legitimados também poderão propor uma ação declaratória de constitucionalidade da lei, o que submeterá o tema novamente e de forma rápida à apreciação do STF.

Deve-se notar também que o artigo 103-A da Constituição Federal,<sup>138</sup> o qual dispõe sobre a possibilidade do STF aprovar súmulas vinculantes, restringe o respectivo efeito vinculativo apenas aos órgãos da Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal e aos órgãos do Poder Judiciário. Mais uma vez, não há a extensão do efeito ao Poder Legislativo, o que demonstra que a vinculação (seja nas súmulas, seja na declaração de inconstitucionalidade) não impede que o legislador edite uma nova norma com conteúdo semelhante.

Como já se referiu, a deferência da Constituição ao legislador (ao permitir que este reedite uma norma com conteúdo semelhante a uma outra já declara inconstitucional) tem por benefício promover a ocorrência de um diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário e impedir que haja um engessamento completo da jurisprudência do Tribunal supremo. Um exemplo de como isto pode funcionar é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3772-DF. No referido processo, discutia-se a constitucionalidade do art. 1º da lei federal n.º 11.301/2006, o qual dava nova redação ao art. 67 da Lei 9.394/96.

O que a lei impugnada fazia era definir que o regime especial de aposentadoria do magistério (com 5 anos de redução em relação ao tempo geral de aposentadoria) incluiria professores e especialistas em educação, seja quando estes se dedicassem exclusivamente à docência, seja nos casos em que optassem por exercer atividades de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico.

O problema era que, conforme destacado pelo relator Ministro Carlos Ayres Britto

---

<sup>138</sup> CF/1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(aposentado), em um processo anterior (julgado apenas dois anos antes da edição da nova lei) o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade (em controlo abstrato) de uma norma estadual com conteúdo semelhante (ADI 2253-ES),<sup>139</sup> tendo a Corte Suprema afirmando que atividades de magistério são apenas aquelas exercidas em sala de aula, vedando-se a concessão de aposentadoria especial àqueles que tivessem desenvolvido função de diretor ou coordenador de unidade escolar, ainda que antes houvessem trabalhado como docentes.

Para consolidar este entendimento, o STF editou uma súmula de jurisprudência, de número 726, com a seguinte redação: “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.”

Assim, caso prevalecesse o entendimento (muitas vezes manifestado em votos dos próprios Ministros do STF) de que a palavra do Supremo é final, a questão estaria definitivamente resolvida e o Poder Legislativo estaria impedido de aprovar normas jurídicas com conteúdo semelhante àquelas já declaradas inconstitucionais. Entretanto, o Poder Legislativo federal atuou de forma diversa e aprovou a lei n.º 11.301/2006, contrariando expressamente o entendimento firmado pelo Supremo na ADI 2253-ES, julgada apenas dois anos antes (2004).

Em sucessivo, na apreciação da constitucionalidade da lei 11.301/2006 na ADI 3772-DF, surpreendentemente o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem reavaliar o

---

<sup>139</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 156/99. APOSENTADORIA ESPECIAL. REDUÇÃO NA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. FUNÇÕES DE DIRETOR E COORDENADOR ESCOLAR. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O § 5º do artigo 40 da Carta Federal prevê exceção à regra constitucional prevista no artigo 40, § 1º, inciso III, alíneas a e b, tendo em vista que reduz em cinco anos os requisitos de idade e de tempo de contribuição para "o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio". 2. Funções de magistério. Desempenho das funções exercidas em sala de aula. Não abrangência da atividade-meio relacionada com a pedagogia, mas apenas da atividade-fim do ensino. Dessa forma, os beneficiários são aqueles que lecionam na área de educação infantil e de ensino fundamental e médio, não se incluindo quem ocupa cargos administrativos, como o de diretor ou coordenador escolar, ainda que privativos de professor. 3. Lei complementar estadual 156/99. Estende a servidores, ainda que integrantes da carreira de magistério, o benefício da aposentadoria especial mediante redução na contagem de tempo de serviço no exercício de atividades administrativas. Inconstitucionalidade material. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF - ADI: 2253 ES , Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/03/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-05-2004 PP-00007 EMENT VOL-02150-01 PP-00135 RTJ VOL-00191-01 PP-00115).

tema decidido há tão pouco tempo e ponderou novamente os argumentos em favor da constitucionalidade da lei. Neste sentido, o STF acabou por modificar o posicionamento firmado anteriormente, e, ao invés de julgar o dispositivo inconstitucional, preferiu dar uma interpretação conforme à Constituição, passando a entender que a aposentaria especial do magistério poderia ser destinada aos professores, ainda que estes exercessem (ou tivessem exercido) atividades de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico. A única exclusão que persistiu foi quanto à extensão do benefício aos especialistas em educação. Segundo o STF, apenas os professores (ainda que venham a exercer função de direção de unidade escolar, coordenação ou assessoramento pedagógico) podem se beneficiar da aposentadoria especial, posto que tais atividades estariam incluídas no conceito amplo de magistério.<sup>140</sup>

Como se vê, a exemplo do caso acima descrito, a permissão de aprovação de nova lei pelo Legislativo semelhante a uma anteriormente declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário pode instaurar uma espécie de interação institucional. Esta interação permitirá ao Tribunal (em um novo julgamento) a consideração de novéis argumentos expostos pelo Legislativo. O legislador pode utilizar-se, por exemplo, do preâmbulo da nova lei para expor os motivos da discordância em relação ao entendimento anteriormente exarado pelo Tribunal.

É verdade que no momento atual do Brasil não existe a prática do Legislativo “conversar” com o Judiciário expondo os motivos da reedição de uma lei já declarada inconstitucional. Contudo, a consolidação desta ideia pode permitir a mudança de

---

<sup>140</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função d magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra. Publique-se. Brasília, 13 de outubro de 2009. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - 1 (STF - ADI: 3772 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 09/10/2009, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 16/10/2009 PUBLIC 19/10/2009).

paradigma, gerando no Legislador o dever de argumentar e interagir com o Judiciário, criando-se uma *praxis* salutar de coordenação entre poderes na definição do que é o direito constitucional. Ademais, a evidência de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal pode mudar mesmo em pouco tempo (conforme no exemplo citado) corrobora a necessidade de se permitir esta saída democrática para a conversação entre os poderes.

### **13.5. A proposta de emenda constitucional (PEC) n.º 33/2011 – Diálogo institucional no sistema brasileiro?**

Cabe discutir, ainda que brevemente, a proposta de emenda constitucional (PEC) n.º 33, que tramita no Congresso Nacional brasileiro. A referida PEC tem por objetivo instituir mecanismos de controlo posterior das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controlo de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Neste sentido, o primeiro ponto a ser analisado quanto à PEC 33 é o dispositivo que pretende modificar o art. 102 da CF/1988.<sup>141</sup> Pela proposta apresentada, todas as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem materialmente inconstitucionais emendas à Constituição Federal, só produzirão efeitos gerais caso “aprovadas” posteriormente pelo Congresso Nacional.

Em não sendo “aprovadas” pelo Legislativo, ao Congresso caberia submeter a decisão do STF à apreciação popular direta. Assim, em uma espécie de “referendo de decisão judicial”, o povo decidiria diretamente se o entendimento do STF em controlo

---

<sup>141</sup> PEC 33/2011. Artigo 3o. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: “Art. 102. ... § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.”

abstrato de inconstitucionalidade de emenda constitucional produziria (ou não) efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Pela literalidade do dispositivo, nota-se de logo que a submissão das decisões para apreciação do Congresso e do povo só seria cabível quando houvesse declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais (não se aplicando nos casos de declaração de inconstitucionalidade de leis ou outros atos normativos). O projeto não especifica juridicamente o sentido desta distinção, mas ela existe. Também se nota pelo texto da PEC que a emenda constitucional “em si” não seria afetada. Apenas os efeitos gerais da declaração (eficácia *erga omnes* e feito vinculante) é que seriam suspensos.

Daí decorrem vários inconvenientes. Primeiramente, considerando que a aprovação de emenda constitucional no Brasil depende da anuência de ambas as casas do Congresso Nacional, em maioria qualificada de 3/5 (três quintos) dos membros de cada casa legislativa, em dois turnos, resta claro que (muito provavelmente) todas as emendas constitucionais que fossem declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal teriam facilmente os seus efeitos gerais rejeitados pelo Congresso, posto que já haviam sido aprovadas pouco antes por ampla maioria dos membros do Parlamento. A partir disto, nos termos da PEC, ocorrendo esta provável “não aprovação” da decisão do STF pelo Congresso Nacional, a matéria seria necessariamente submetida à apreciação popular por referendo.

Neste ponto encontra-se um grande problema: a submissão à apreciação popular da suspensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (o referendo de decisão judicial). Ao contrário do que possa parecer em uma primeira vista, a submissão popular não significa necessariamente um benefício para a democracia. Sabe-se que para o estabelecimento de um debate democrático efetivo seria necessária uma discussão ampla e o esclarecimento da população sobre os temas e problemas enfrentados. Contudo, sobretudo diante de temáticas constitucionais de grande complexidade, a população em geral não tem acesso às informações de forma suficientemente clara e precisa, estando, na verdade, sujeita à toda ordem de manipulação mediática promovida por grupos de interesses organizados.



Ademais, como bem explanam Vilanni e Bustamante ao tratar da submissão popular proposta pela PEC 33/2011, “a democracia possui diversas exigências normativas, muito mais refinadas do que meramente afirmar que a soberania pertence ao povo e que a decisão final deve ser tomada por meio de um processo majoritário popular.” (VILLANI; BUSTAMENTE, 2014). A mera submissão ao eleitorado de uma decisão judicial anteriormente exarada pela Corte Suprema, sujeitando-a, assim, a uma censura popular limitada ao binômio “sim ou não”, não permitirá a prevalência de uma necessária leitura (verdadeiramente) democrática da Constituição e o comprometimento com a proteção dos direitos fundamentais.

Cabe ainda considerar que o retorno das questões decididas pelo STF para apreciação direta popular poderia transmitir uma mensagem de completa incapacidade das instituições estatais de deliberarem sobre os temas centrais da sociedade. Isto contribuiria para um maior desgaste do próprio Poder Legislativo e do Poder Judiciário, sendo um sério risco para a estabilidade institucional do Estado.

Há ainda o perigo da eliminação do caráter antimajoritário da jurisdição constitucional. Se as matérias decididas pelo STF correrem o risco de sempre submeterem-se a um “referendo popular”, o Tribunal tenderá a direcionar o julgamento em benefício da massa eleitoral momentânea, justamente porque caberá a esta última decidir sobre a efetividade ou não da decisão proferida pela Corte. Lembre-se de que o risco da deferência incondicional às vontades das maiorias efêmeras é bem conhecido na história, com resultados quase sempre desastrosos.

Ademais, em nenhum momento os mecanismos propostos estabelecem diálogos institucionais, mas sim meros meios de suspensão de efeitos da decisão judicial que podem ser facilmente manipulados por interesses escusos, o que não contribui efetivamente para a instauração de um debate legítimo e profundo sobre direitos, nem para a legitimidade democrática do controlo de constitucionalidade.

Uma outra falha da PEC 33 é que o único produto da “negação” parlamentar e

popular seria a retirada dos efeitos vinculante e *erga omnes* da decisão do STF e nada mais. Ou seja, o modelo pretendido pela emenda, além de não estabelecer um campo de diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário (note-se que a rejeição pelo Congresso Nacional / povo não necessitaria de qualquer fundamentação) produziria apenas a retirada dos efeitos gerais, sem trazer qualquer benefício.

Ressalte-se que em face do Legislativo a retirada do efeito vinculante é absolutamente inútil, justamente porque, conforme acima explanado, as decisões do STF já não possuem efeito vinculante para o Legislativo, o qual pode reeditar uma norma com conteúdo semelhante a uma outra já declarada inconstitucional pela Corte, abrindo-se, aí sim, uma espécie de diálogo institucional.

O que ocorreria com a aprovação da PEC seria apenas a liberação dos juízes dos tribunais inferiores e da administração pública para seguirem ou não, a depender da conveniência própria, a decisão do STF cujos efeitos gerais foram rejeitados, o que provocaria, em última análise, risco de maior insegurança jurídica.

Atente-se que, no modelo da PEC 33, a decisão “rejeitada” continuaria a existir, contudo com os efeitos gerais suspensos. A norma declarada inconstitucional não seria substituída por outra lei, o que instauraria a supracitada situação de insegurança jurídica. Como acima se falou, isso permitiria que alguns juízes de Tribunais inferiores julgassem pela inconstitucionalidade da norma atacada, outros pela constitucionalidade, um administrador público poderia aplicar a norma por a entender constitucional, outro não a aplicar por pensar o contrário... isto tudo em razão da suspensão dos efeitos vinculante e *erga omnes* da norma declarada inconstitucional. Esta realidade é muito diferente do que ocorre nos sistemas de *weak-form judicial review* acima estudados, onde a decisão judicial é substituída por uma outra decisão legislativa. No Canadá, por exemplo, aplicando-se a cláusula *notwithstanding*, o que vale é a lei aprovada pelo Legislativo. Há uma definição, a lei vale e não o entendimento judicial. Mesmo a lei sendo contrária aos direitos previstos na Carta, ela valerá. Há segurança jurídica, há uma norma definida a ser aplicada. Na ideia da PEC 33 brasileira não há esta definição. Simplesmente retiram-se os efeitos gerais (eficácia vinculante e efeito *erga omnes*) da declaração de inconstitucionalidade, mas não

se coloca nada no lugar. Fica um vácuo, um nada. É uma simples retirada de autoridade da decisão judicial sem que haja uma resposta legislativa democrática em substituição.

Em suma, não obstante a proposta de emenda Constitucional 33/2011 ter por objetivo aproximar o sistema brasileiro da *weak-form judicial review*, o que poderia ser benéfico na medida em que criaria instrumentos constitucionais que permitiriam a instauração mais rotineira de um diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo, as inúmeras falhas na conceção do arranjo institucional proposto pela PEC 33/2011 fazem com que esta seja prejudicial ao sistema brasileiro, devendo, por isto, ser rejeitada.

Por fim, deve-se destacar um importante pressuposto teórico firmado no presente trabalho: o de que o Poder Judiciário não detém o monopólio da interpretação constitucional. Tal interpretação ocorre nos mais diversos âmbitos, seja no próprio Judiciário, no Legislativo, no Executivo e nos meios sociais. Ou seja, e agora nas palavras de Vanice Regina Lírio do Valle (2006), “inexiste – do ponto de vista constitucional – a afirmação valorativa de que a compreensão constitucional da instituição “X” ou “Y” seja, em abstrato, sempre superior à de outra. O que existe é uma regra de solução de conflitos: a última palavra, no que toca ao controlo de compatibilidade de uma determinada conduta institucional com o teor constitucional, assiste ao Judiciário (...). Mas essa opção não é valorativa (e, portanto, não se apõe aprioristicamente), não é de se reconhecer ao Judiciário a prerrogativa de, por princípio, optar pela sua particular compreensão, porque é a sua; ao revés, impõe-se a demonstração argumentativa das razões que autorizam a superação do sentido constitucional encontrado pela instituição no momento controlada em favor daquele apontado pelo Judiciário.”

Deve-se, obviamente, reconhecer o importante papel que o Poder Judiciário brasileiro está a desempenhar na afirmação de direitos fundamentais, tais como na autorização das pesquisas científicas com células tronco embrionárias (ADI 3510), casamento homoafetivo (ADI 4277 e ADPF 132), aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), demarcação de reservas indígenas (PET 3.388), etc. Contudo, isto não significa que devem ser prescindidas outras interpretações, sobretudo a do legislador democraticamente eleito. Assim, o desafio que se apresenta é “desenhar um diálogo institucional que maximize a

capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais ou, em outras palavras, de levar o potencial epistêmico da deliberação interinstitucional a sério, sem desconsiderar a necessidade do Estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias” (MENDES, 2008, p. 18).

O desafio é justamente definir qual é o papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário no âmbito de um diálogo institucional. Pensando-se a Constituição como um arcabouço procedimental que dilui o poder entre diversos órgãos para que eles mutuamente equilibrem-se e controlem-se, a *judicial review* aparece como um elemento imprescindível deste “equilíbrio” tendo aí um importante fundamento para a sua própria existência. Não é por uma questão substancial (a suposta melhor qualidade da decisão judicial), mas sim procedimental, que o controlo de constitucionalidade das leis (exercido por um conjunto de juristas não eleitos) encontrará sua legitimidade. O Judiciário aí abandona a ideia de um juiz Hércules, na definição de Dworkin, para ter pretensões mais realistas e alcançáveis: ser um ente participativo do equilíbrio de forças determinado pelo princípio da separação dos poderes, com a finalidade de inserir na discussão interinstitucional um diálogo qualificado por argumentos de direito e “moralmente densos” (MENDES, 2008, p. 18), podendo, quando dotado destes bons argumentos, vetar (ainda que provisoriamente) decisões legislativas. Como bem explica Hübner Mendes (2008, p. 18), “esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema político contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior qualidade deliberativa.”

Assim, propostas de inserção de procedimentos para estabelecimento de diálogos institucionais em quaisquer sistemas jurídicos devem ser observadas com cautela, seja para não permitir uma concentração de forças nas mãos do Judiciário, consolidando uma perigosa supremacia judicial, seja para, de outro lado, não enfraquecer o Poder Judiciário com o incremento desarrazoado de forças em favor do Poder Legislativo, caminhando-se para uma também indesejável soberania parlamentar absoluta.

## 14. Conclusões/teses

Ao final deste trabalho, observa-se claramente que a *judicial review of legislation* está em pleno processo de transformação e adaptação aos novos desafios do século XXI. Os fenômenos do diálogo institucional, da busca pela legitimidade democrática do controlo judicial de constitucionalidade, da redefinição do papel do Parlamento nos regimes democráticos, da proteção dos direitos fundamentais, da participação popular, dentre outros, foram responsáveis pela reconfiguração de modelos clássicos de estrutura constitucional, resultando na experimentação de novas formas de controlo de constitucionalidade diversas das antes conhecidas. Estes novos arranjos, aqui denominados de *weak-form judicial review*, ainda têm muito a desenvolver e só a prática e o enfrentamento concreto dos problemas no dia-a-dia político, jurídico e constitucional poderá dizer se tais modelos serão um novo paradigma mundial ou resumir-se-ão a breves experiências históricas de algumas poucas nações.

De toda forma e diante das limitações de espaço e tempo próprias de um trabalho como este, o presente estudo limitou-se a abordar alguns pontos desta imensa temática, buscando trazer um pouco de atenção a um assunto ainda praticamente inexplorado por autores de língua portuguesa.

Neste diapasão, e diante de tudo o que fora exposto, apresentam-se adiante as conclusões finais do trabalho, que, por razões didáticas, serão enumeradas em itens separados para uma melhor compreensão do leitor:

- 1- A história da *judicial review of legislation* é intimamente ligada ao sistema jurídico norte-americano e teve os seus contornos básicos definidos a partir da histórica decisão do caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803;
- 2- A Europa rejeitou por muitos anos a opção norte-americana de conceder a um órgão jurisdicional o poder de afastar do ordenamento jurídico uma lei aprovada pelo legislador democrático. Apenas a partir dos eventos trágicos da primeira metade do

século XX (praticados com base na lei) foi que a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade se popularizaram no velho continente;

- 3- Paralelo a isto, um outro sistema de organização jurídica manteve-se vivo: a soberania parlamentar. Neste sistema, o Parlamento é um órgão que se destaca dentre os demais poderes;
- 4- Estes dois sistemas formaram um paralelo: de um lado, a jurisdição constitucional de raízes norte-americana ou austro-germânica, na qual a palavra final sobre a constitucionalidade das lei cabe à justiça constitucional (*strong-form judicial review*), e do outro os sistemas de soberania parlamentar, nos quais o Parlamento possui amplos poderes para definir o que é o direito constitucional;
- 5- Diversas críticas foram formuladas contra os dois sistemas: no caso dos modelos de controle de constitucionalidade norte-americano e austro-germânico, a principal objeção é o caráter antidemocrático da *judicial review*, por conceder a última palavra sobre o que é o direito constitucional a um pequeno grupo de juízes não eleitos democraticamente e sem responsabilização política por suas decisões. Quanto aos sistemas de soberania parlamentar, a crítica é a fragilidade da proteção dos direitos fundamentais em razão da inexistência de uma carta de direitos com caráter superior e que pudesse ser protegida contra modificações por interesse de maiorias parlamentares eventuais;
- 6- Como uma terceira via, surgem sistemas que buscam conciliar a *judicial review of legislation* e a soberania do Parlamento, sendo os exemplos mais notáveis os modelos instituídos no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido;
- 7- A doutrina identifica estes sistemas como um novo modelo de constitucionalismo, o qual reconhece maior importância ao Poder Judiciário, institui a *judicial review of legislation*, mas mantém a última palavra sobre o que é o direito constitucional nas mãos do Poder Legislativo;

- 8- Estes novos modelos, denominados de *weak-form judicial review*, possuem ferramentas inovadoras que buscam promover um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, abandonando o monólogo dos juízes ou dos legisladores, em favor de uma construção coordenada do direito constitucional;
- 9- Os modelos de *weak-form judicial review* estudados possuem uma graduação na intensidade dos poderes concedidos ao Poder Judiciário, além de uma variedade de modos de atuação: mandado interpretativo, mandado interpretativo-argumentativo e mandado argumentativo-dialógico;
- 10- A *weak-form judicial review* pode ser o elemento essencial para a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no século XXI, compatibilizando a proteção dos direitos fundamentais por um órgão jurisdicional com o princípio democrático;
- 11- A *New Zealand's Bill of Rights Act* é uma lei interpretativa que cria um forte poder-dever para os Tribunais neozelandeses: proteger os direitos fundamentais através do controlo do significado interpretativo das leis, instituindo, em consequência, um considerável “custo político” para o Parlamento e limitando, assim, as possibilidades legislativas de “agressão” aos direitos fundamentais previstos na *Bill of Rights*.
- 12- O modelo de controlo de constitucionalidade instituído no Reino Unido após o *Human Rights Act* é uma grande inovação em termos de *design* constitucional, ao conferir aos Tribunais poder para declarar incompatível uma lei em face de um direito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sem, com isso, conceder às Cortes a possibilidade de invalidá-la. Tem-se uma solução repartida entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo que origina uma *weak-form judicial review* de faceta *dual*, na qual ao Poder Judiciário cabe dizer se há algum conflito entre as leis e os direitos da Convenção, mas ao Parlamento é reservado, e só a ele, o poder de invalidar a lei incompatível.
- 13- Nos termos do *United Kingdom's Human Rights Act*, a declaração judicial de incompatibilidade de uma lei concede, ademais, poderes ao Ministro pertinente para criar uma ordem de reparação (*remedial order*);

- 14- Esta ordem de reparação (*remedial order*) consiste num procedimento especial e mais célere de alteração legislativa (*fast track for amendment*) que, em caso de urgência, concede ao Ministro a prerrogativa de antecipadamente modificar os termos da norma declarada incompatível pelo Poder Judiciário, sujeitando-a a controlo parlamentar apenas posterior.
- 15- O modelo canadense fornece maiores elementos de estudo, sobretudo por ser o mais antigo. Neste sistema, pode-se notar o funcionamento dos mecanismos próprios da *weak-form judicial review* e a instauração de um diálogo efetivo entre o Judiciário e o legislador;
- 16- A discussão sobre direitos gerada nos sistemas de *weak-form judicial review* é qualificada pela inserção de argumentos jurídico-constitucionais pelo Judiciário, de modo que a decisão final a ser tomada pelo Legislativo levará em conta não apenas elementos políticos, mas também os argumentos expostos pela Corte;
- 17- Não obstante o Poder Legislativo ter a última palavra, o legislador não está completamente livre para suplantar a decisão judicial, isto porque a manifestação da Corte gera um relativo peso político e argumentativo sobre o Parlamento e sobre a própria população;
- 18- A experiência canadense comprova que na maioria dos casos onde houve declaração de inconstitucionalidade pela Corte, o legislativo ofereceu algum tipo de resposta ao Judiciário, estabelecendo-se, assim, um diálogo institucional democrático;
- 19- O diálogo produz-se através de mecanismos legais eficientes (respostas legislativas) que podem ser utilizados após um pronunciamento judicial de inconstitucionalidade que retirou a validade de uma norma jurídica;
- 20- Nos sistemas de *weak-form judicial review*, a anuência voluntária do legislador a uma decisão judicial de inconstitucionalidade também deve ser entendida como diálogo, isto



porque o Parlamento poderia fazer uso de mecanismos para superar a decisão judicial, mas preferiu não o fazer;

21- A *Canadian Charter Of Rights and Freedoms* de 1982 causou um debate público no Canadá no qual os direitos e liberdades protegidos tiveram uma relevância maior do que teriam se não houvesse uma proteção judicial dos direitos fundamentais;

22- O diálogo sequencial canadense também se exprime quando o Parlamento adota a “*Charter-Speak*”, ou seja, quando em uma lei-resposta o legislador fundamenta a nova legislação com base nos princípios e direitos previstos na *Canadian Charter Of Rights and Freedoms*;

23- Na análise dos “casos retornados” (julgamentos em segunda volta), o comportamento do Judiciário deverá ser de maior deferência ao legislador democrático;

24- A suspensão da declaração de invalidade também é um instrumento que promove o diálogo institucional no modelo canadense;

25- O modelo canadense de *weak-form judicial review*, inserido pela *Canadian Charter Of Rights and Freedoms*, permitiu efetivamente a produção de um rico diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo, com intensificação das “trocas argumentativas” entre ambos e a melhora do desempenho destas instituições;

26- O sistema brasileiro de controlo de constitucionalidade deve ser classificado como “*super*” *strong-form judicial review*;

27- O diálogo institucional entre Judiciário e Legislativo pode existir, inclusive, fora dos modelos de *weak-form judicial review*, mas sempre com intensidade e efetividade bem menores;

28- Há alguns traços de diálogo institucional no atual modelo de controlo de constitucionalidade do Brasil;

- 29- O primeiro deles é o art. 52, X da Constituição de 1988. Defende-se neste trabalho o uso alargado deste dispositivo, conferindo ao Senado uma posição importante no sistema de controlo de constitucionalidade difuso brasileiro;
- 30- O Senado poderia, inclusive, com base no art. 52, X, da CF/1988, negar-se a conceder eficácia vinculante e *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controlo de constitucionalidade difuso, desde que o fizesse fundamentadamente;
- 31- A negativa fundamentada do Senado seria um elemento de diálogo institucional, criando trocas argumentativas entre o Judiciário e o Legislativo;
- 32- O STF não se pronunciou sobre qual o papel efetivo do Senado nos termos do art. 52, X da CF, mas a jurisprudência parece caminhar no sentido da desvalorização desta função conferida à Câmara Alta do Legislativo federal pelo constituinte;
- 33- A posição que aqui se defende não significa o extermínio do controlo de constitucionalidade desenvolvido pelo STF, mas sim a aceitação de que o exercício da *judicial review* deve ocorrer, o mais possível, de modo coordenado com os outros poderes;
- 34- A *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* e o *apelo ao legislador* podem ser instrumentos à disposição do STF para fomentar o diálogo institucional com o Poder Legislativo, o que já ocorreu em algumas oportunidades;
- 35- A reedição pelo Parlamento de uma lei com conteúdo idêntico a uma outra já declarada inconstitucional pela Corte Suprema é um instrumento válido e que pode ser utilizado pelo Legislativo para forçar um diálogo institucional com o Poder Judiciário;
- 36- Na jurisprudência brasileira o STF já admitiu a possibilidade de reedição de lei com conteúdo semelhante a uma outra já declarada inconstitucional pelo próprio Supremo, o que gerou, inclusive, a mudança do posicionamento anterior da Corte;

37-A proposta de emenda Constitucional 33/2011 busca, alegadamente, instituir mecanismos que aproximariam o sistema brasileiro da *weak-form judicial review*, contudo inúmeras falhas na concepção do arranjo institucional proposto fazem com que a PEC seja prejudicial ao sistema brasileiro, devendo ser rejeitada.

## **15. Referências bibliográficas**

AMOS, M. **The Equality and Human Rights Commission and the Human Rights Act 1988**. London: School of Advanced Study - University of London, 2012a.

AMOS, M. **Standing to Seek a Remedy for a Violation of Human Rights Law – A New Model for a New Bill of Rights?**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 13 abr. 2012b.

ANDRADE, J. C. V. DE. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTHONY B.; CESARE P. Parliamentarism. In: **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. 1 st ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012. p. 650 –670.

BAKKER, R.; HERINGA, A. W.; STROINK, F. A. M. **Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review**. Apeldoorn: Maklu, 1995.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATES, T. S. J. N. Parliament, Policy and Delegated Power. **Statute Law Review**, v. 7, n. 2, p. 114–123, 20 jun. 1986.

BATEUP, C. Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bill of Rights. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 2, p. 527–599, 2009.

BAUME, S. **Hans Kelsen and the case for democracy**. First English edition ed. Colchester, UK: ECPR Press, 2012.

BICKEL, A. M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2nd edition ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BILE, F. **Controllo di costituzionalità e potere legislativo - Intervento del Presidente Franco Bile**. In: Ventesimo Anniversario della Corte Costituzionale della Corea. Séoul, 3 nov. 2008. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi\\_presidente/Bile\\_Seoul03092008.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Bile_Seoul03092008.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2015

BITTENCOURT, C. A. L. **O controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª edição, atualizada ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2013.

CALDAS, FELIPE. Democracia e Revisão Judicial: A doutrina de Ronald Dworkin e a Jurisdição Constitucional Brasileira. **Instituto de Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, n. 3, p. 1763–1809, 2014.

CAMERON, J. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. V. Mills. **Alberta Law Review. Volume 38, Number 4 (2001), p. 1051-1068**, 1 jan. 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1

CAPPELLETTI, M. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CAROLAN, E. **The Relationship between Judicial Remedies and the Separation of Powers: Collaborative Constitutionalism and the Suspended Declaration of Invalidity**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 30 set. 2011.

CONTINENTINO, M. C. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira**. Dissertação. Brasília: Universidade de Brasília, jan. 2010.

CRAIG, P. The Common Law, Shared Power and Judicial Review. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 2, p. 237–258, 2004.

DE VERGOTTINI, G. **Diritto costituzionale comparato**. 7. ed., interamente rivista ed. Padova: CEDAM, 2007. v. 1

DI PIRRO, M. **Compendio di Diritto Costituzionale**. 2. ed. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2014.

DIPPEL, H.; HESPANHA, A. M. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DIXON, R. **The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 8 dez. 2009. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1520789>>. Acesso em: 9 mar. 2015.

DWORKIN, R. Constitutionalism and Democracy. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 2–11, 1995.

DWORKIN, R. W. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Reprint ed. Oxford: Oxford Univ. Press, 2005.

FEREJOHN, J. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41–68, 1 jul. 2002.

FEREJOHN, J.; PASQUALE, P. Constitutional courts as deliberative institutions: towards and institutional theory of constitutional justice. In: **SADURSKI, Wojciech (Org.). Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective.** Den Haag: Kluwer, 2002.

FIORAVANTI, M. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales.** Madrid: Trotta, 2014.

FLORES, A. S. **Sistema Constitucional Y Político de los Estados Unidos da América.** México, DF: Porrúa, 2013.

FRIEDMAN, B. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577–682, 1 fev. 1993.

GABIN, S. B. Judicial Review, James Bradley Thayer, and the Reasonable Doubt Test. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 3, n. 4, p. 961–1014, 1976.

GARDBAUM, S. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism.** Rochester, NY: Social Science Research Network, 15 mar. 2002.

GARDBAUM, S. **Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism.** Rochester, NY: Social Science Research Network, 1 abr. 2010.

GLAZEBROOK, J. S. **The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness.** Rochester, NY: Social Science Research Network, 22 jul. 2004.

GRIMM, D. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, n. 1, p. 3–22, 2006.

HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **The Federalist Papers.** [s.l.] Kindle, 1999.

HELMHOLZ, R. W. Bonham's Case, Judicial Review, and the law of nature. **Oxford Journal of Legal Analysis**, 2009.

HERINGA, A. W. Retrospective and prospective rulings. In: **Judicial Control. Comparative essays on judicial review**. Apeldoorn: MAKLU Uitgevers Antwerpen, 1995. p. 55–80.

HOGG, P. Discovering Dialogue. In: **Constitutionalism in the Charter Era**. Grant Huscroft & Ian Brodie. Toronto: LexisNexis-Butterworths, 2004. v. 23.

HOGG, P.; BUSHELL, A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75–124, 1 jan. 1997.

HOGG, P.; THORNTON, A.; WRIGHT, W. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". **Osgoode Hall Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1–65, 1 jan. 2007.

HUGHES, C. E. **Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908**. London: Forgotten Books, 2013.

IRVINE OF LAIRG, A. A. M. I. **Human rights, constitutional law, and the development of the English legal system: selected essays**. Oxford ; Portland, Or: Hart Pub, 2003.

JACKSON, V. Constitutional Change and Living Trees. **Jotwell: The Journal of Things We Like (Lots)**, v. 2011, 3 out. 2011.

KAVANAGH, A. The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 2, p. 259–286, Summer 2004.



LARANJEIRA, M. F. B. Separação de poderes, supremacia do parlamento e controle de constitucionalidade. **Revista da Advocacia-Geral da União**, v. 13, n. 38, p. 303 – 339, 2013.

LEVER, A. Democracy and judicial review: are they really incompatible? **Perspectives on Politics**, v. 7, n. 4, p. 805–822, 2009.

LUBERT, H. L. Sovereignty and Liberty in William Blackstone’s “Commentaries on the Laws of England”. **The Review of Politics**, v. 72, n. 02, p. 271–297, mar. 2010.

MANFREDI, C.; KELLY, J. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, n. 3, p. 513–527, 1 jul. 1999.

MARTINS, A. A. B. Organização judiciária dos Estados Unidos da América. **Âmbito Jurídico**, v. 74, n. XIII, 2010.

MCCOLGAN, A. **Discrimination, equality and the law**. Oxford, United Kingdom; Portland, Oregon: Bloomsbury Publishing, 2014.

MCCONNELL, W. H. Canadian Bill of Rights. In: **The Canadian Encyclopedia**. 2. ed. Edmonton: Hurtig Publishers, 1988. v. 1.

MCWHINNEY, E. El Constitucionalismo Federal en Canada. In: **El Federalismo en el continente americano**. México, D.F.: FixZamudio, Héctor, 1971. p. 350 – 392.

MENDES, C. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013a.

MENDES, C. **The deliberative performance of constitutional courts**. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2013.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, C. H. **Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 1 nov. 2009.

MENDES, G. F. O apelo ao legislador: apellentscheidung: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 45, n. 179, p. 81–111, jul. 1992.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. Edição: 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHELMAN, F. I. **Living with Judicial Supremacy**. [s.l.] Wake Forest Law Review, 2003.

NINO, C. S. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven, CT: Yale University Press, 1998.

NOVAIS, J. R. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

PASSOS, A. A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, v. XIII, n. 74, 2010.

PEGORARO, L. **Giustizia costituzionale comparata**. Torino: G. Giappichelli, 2007.

PETERS, A. El Constitucionalismo como Conquista Global. In: **Constitución: Norma y Realidad - Teoría constitucional para Antonio López Pina**. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 247–256.

PETTER, A. Legitimizing Sexual Inequality: Three Early Charter Cases. **McGill Law Journal**, v. 34:2, p. 358, 89 1988.

PETTER, A. **The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights**. Toronto: University of Toronto Press, 2010.

POLLARD, D.; PARPWORTH, N.; HUGHES, D. **Constitutional and administrative law: text with materials**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2007.

QUEIROZ, C. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

QUINTERO, A. R. **Derecho constitucional**. Valencia, Venezuela: Clemente Editores, 2002.

ROACH, K. **The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROACH, K. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 2, p. 347–370, 1 abr. 2006.

ROACH, K. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 169–191, 1 jan. 2007.

ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (EDS.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. 1st ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012.

ROSTOW, E. The Democratic Character of Judicial Review. **Harvard Law Review**, 2. v. 66, 1952.

SADURSKI, W. **Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. [s.l.] Springer Science & Business Media, 2002.

SARMENTO, D. **O STF não é o centro do constitucionalismo – Os Constitucionalistas**, 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acesso em: 13 maio. 2015

SCHARIA, D. **Judicial Review of National Security**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SCHWARTZ. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, S. T. DA. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

SIMIONI, R. Ativismo ou passivismo judicial? o problema da legitimidade democrática das decisões jurídicas em Ronald Dworkin. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 15, n. 21, p. 11–, 2011.

SINNOTT-ARMSTRONG, W. Weak and Strong Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 22, p. 381–392, 2003.

SWEET, A. S. Constitutional Courts. In: **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford Constitutional Theory. Oxford: Oxford University Press, 2013.

THAYER, J. B. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1893.

TURPIN, D. **Le régime parlementaire**. Paris: Dalloz, 1997.

TUSHNET, M. Alternative Forms of Judicial Review. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, jan. 2003a.

TUSHNET, M. Marbury v. Madison Around the World. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, jan. 2004.

TUSHNET, M. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent**, v. 52, n. 2, p. 59–63, 2005.

TUSHNET, M. Comparative Constitutional Law. In: **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006a. p. 1225 – 1257.

TUSHNET, M. Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 41, n. 1, p. 1–22, 2006b.

TUSHNET, M. V. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 2003b.

TUSHNET, M. V. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008.

VALLE, V. R. L. Diálogo institucional como pressuposto de efetividade constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, v. 23, n. 6, 2006.

VILLANI, A. A.; BUSTAMENTE, T. DA R. DE. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 179–202.

WALD, P. One Nation Indivisible, with Liberty and Justice for All: Lessons from the American Experience for New Democracies. **Fordham Law Review**, v. 59, n. 2, p. 283, 1 jan. 1990.

WALDRON, J. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346–1406, 1 abr. 2006.

WHITTINGTON, K. E. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History.** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

YOUNG, K. G. **Constituting economic and social rights.** 1<sup>st</sup> ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, G.; MARCENÒ, V.; PALLANTE, F. **Lineamenti di Diritto Costituzionale.** Firenze: Le Monnier Università, 2014.

ZIMMERMANN, R.; REIMANN, M. **The Oxford handbook of comparative law.** Oxford: Oxford University Press, 2006.