ANA MANUELA SILVA JOÃO

OS SISTEMAS DE *WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW* E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil.

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional

JULHO/2016

· U C ·

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANA MANUELA SILVA JOÃO

OS SISTEMAS DE *WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW* E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil.

THE WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW SYSTEMS AND THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL REVIEW: Suggestions to the Institutional Balance Modification between the Brazilian Judicial and Legislative Powers.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas (Menção em Direito Constitucional)

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Coimbra, 2016

Aos meus pais e meu irmão, que são meu porto seguro.
Também ao Davi, meu querido afilhado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo meus agradecimentos a Deus por ter me permitido a graça de nascer em uma família que me proporciona as melhoras oportunidades. Vir estudar em Coimbra foi mais uma delas.

Aos meus pais, Tereza e Joaquim, por sempre apoiarem meus sonhos, quaisquer que sejam, meu maior agradecimento.

Ao meu irmão, Fernando, por sempre torcer por mim.

À Juliana Freitas que deu início ao meu interesse pelo direito constitucional e foi a grande incentivadora desse mestrado. Talvez sem ela eu não tivesse chegado até a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Aos meus familiares, por se orgulharem das minhas conquistas; especialmente aos meus avós Olinda e Luiz e meus tios Maria da Luz e Márcio, por todo o apoio para que tudo desse certo em terras portuguesas e ao Rodrigo, companheiro de muitas tardes de estudo.

Aos meus amigos, por muitas vezes acreditarem mais em mim do que eu mereceria e vibrarem as minhas vitórias como se deles fossem.

Agradeço a todos os amigos que fiz em Coimbra por partilharem dessa experiência engrandecedora. Um agradecimento especial para Adryssa Melo, Larisse Campelo, Renata Colares e Victor Brasil, por terem sido minha família desde que tudo isso começou, precisamos sair do Pará para nos encontrar em terras portuguesas; à Aline Vitalis, Gabriela Wolff, Mylena Camardella e Olinda Moreira, por todo apoio, discussões sobre o controle fraco e companheirismo.

Por fim, mas não menos importante, à minha orientadora Professora Doutora Suzana Tavares da Silva, por ter me apresentado ao tema que deu origem à essa pesquisa e por toda disponibilidade que sempre lhe foi característica. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de questionar a possibilidade de aplicação dos mecanismos de controle fraco de constitucionalidade ao sistema de controle e fiscalização das normas do Brasil. Assim, busca-se fazer um estudo acerca dos sistemas de controle fraco de constitucionalidade, nomeadamente os sistemas encontrados na Nova Zelândia, Inglaterra e Canadá, demonstrando que o século XX trouxe ao mundo uma nova forma de pensar o controle das normas, que superam os modelos clássicos de controle de constitucionalidade mundialmente conhecidos, quais sejam: o modelo americano e o modelo europeu; trazendo consigo um modelo pautado no diálogo entre as instituições, proporcionando um fortalecimento das mesmas, por meio de uma atitude mais balanceada, em contraposição aos modelos que concedem demasiado poder às cortes. Ao final, então, com base em referidos estudos, contextualiza-se o modelo brasileiro para possibilitar o fazimento de algumas propostas de alteração do atual modelo de controle de constitucionalidade das normas.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; controle fraco; diálogos; instituições.

ABSTRACT

This work aims to question the possibility of applying weak-form mechanisms in brazilian constitutional review system. Thus, we seek to make a study about the weak-form judicial review systems, as the ones founded in New Zealand, England, and Canada, demonstrating that the twentieth century brought to the world a new way of thinking about judicial review that exceed the classical models, namely: the american model and the european model; bringing with it a model based on institutional dialogue, providing a strengthening of the institutions through a more balanced attitude, as opposed to the models that give too much power to the courts. At the end, then, based on these studies, it contextualizes the brazilian model to enable the changes proposal to the current model of the rules of judicial review.

KEYWORDS: constitutional review; weak-form review; dialogue; institutions.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BORA – Bill of Rights Act

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPB – Código Penal Brasileiro

HRA – Human Rights Act

NZBORA – New Zealand Bill of Rights Act

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

STF – Supremo Tribunal Federal

UK – United Kingdom

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 11

1.1 O MODELO AMERICANO 13

1.2 O MODELO EUROPEU 18

1.3 LEGITIMIDADE DA FISCALIZAÇÃO JURISDICIONAL 22

1.4 O SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE . 26

2. CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE (*WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW*) 30

2.1 DEFINIÇÃO DE CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE 33

2.2 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS 42

3. SISTEMAS JURÍDICOS DE CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE: NOVA ZELÂNDIA, INGLATERRA E CANADÁ. 53

3.1 NOVA ZELÂNDIA 54

3.1.1 The New Zealand Bill of Rights Act, o Mandado Interpretativo e a Declaração de Inconsistência 56

3.2 INGLATERRA 65

3.2.1 The Human Rights Act e a Declaração de Incompatibilidade 71

3.3 CANADÁ 83

3.3.1 The Charter of Rights and Freedoms e a Cláusula Não-Obstante 84

4. CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UMA REALIDADE POSSÍVEL? 102

4.1 O SISTEMA BRASILEIRO 105

4.1.1 Proposta de Emenda à Constituição Federal Brasileira nº 33/2011. . 114

4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS JULGADOS PELO STF: PROPOSTAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL 118

4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal: o Caso das Uniões Homoafetivas 118

4.2.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: O Caso dos Fetos Anencéfalos. 122

CONCLUSÃO 128

BIBLIOGRAFIA 132

INTRODUÇÃO

Os sistemas de controle de constitucionalidade das normas advindos do modelo norte-americano e, posteriormente, do modelo austríaco, não são o fim da história.

O que se percebe, mais recentemente, é que países que adotaram o constitucionalismo político vêm desenvolvendo uma nova forma de procedimentalizar o controle de constitucionalidade e demonstrar que há mais a se estudar do que os contornos do controle difuso e concentrado da legislação infraconstitucional.

É nessa seara que se verifica um número cada vez maior de estudiosos voltando os olhares para aquilo que se convencionou chamar de controle fraco de constitucionalidade – *weak-form judicial review*.

Tal modelo surge para se opor aos modelos anteriores que passaram a ser considerados como modelos fortes de controle de constitucionalidade. Fortes porque apresentam uma atuação do poder judiciário tão marcante ao ponto de tomar para si a última palavra acerca da interpretação e definição de matérias constitucionais.

Já a teoria do modelo fraco, que se pretende estudar no presente trabalho, busca implementar uma coparticipação do poder judiciário e legislativo no exercício da interpretação das normas, retirando das cortes a competência de proferir a palavra derradeira no que concerne à compatibilidade da legislação com os estatutos-parâmetro de cada sociedade, bem como no que tange à definição dos direitos e suas limitações.

Além do mais, se poderá perceber que, em sua maioria, os países que adotam esse tipo de sistema, não vislumbram normas constitucionais com caráter de supremacia, ou rigidez, possibilitando que se façam modificações céleres dos textos-parâmetro, consubstanciados nos *Bill of Rights;* ou, ainda que possuam cartas constitucionais, preveem mecanismos de relativização da supremacia do judiciário e da própria rigidez do texto constitucional.

Com isso, como se demonstrará, essa participação interinstitucional dos poderes que compõem o Estado, portanto, verifica-se a partir do que se passou a denominar de diálogos institucionais, esses que, em apartada síntese, traduzem-se em um meio que possibilita uma interação entre os poderes com a finalidade de buscar a melhor interpretação das normas em favor da sociedade.

Assim, é dentro do sistema de controle fraco de constitucionalidade que referidos diálogos podem surgir e se desenvolver com maior facilidade, uma vez que nos ordenamentos que o adotam não se verifica o judiciário como um poder supremo em

detrimento dos outros, mas ao contrário, entende-se os poderes como igualmente importantes e se privilegia, assim, a democracia, ao deslocar o centro da interpretação e permitir a participação dos representantes eleitos que trazem ao debate diversas esferas da sociedade.

Sendo assim, referido debate, portanto, é essencial para que se privilegiem as justificações e as fundamentações, dando espaço para uma atuação muito mais comprometida dos poderes, uma vez que são submetidos a escrutínio constante.

Outrossim, diante, então, da análise dessa nova forma de pensar o controle de constitucionalidade, surge a questão que motiva a concepção do presente trabalho: seria possível aplicar as vantagens que são trazidas pelos sistemas de controle fraco de constitucionalidade a um país que, como o Brasil, historicamente adotou os contornos dos modelos clássicos de controle – americano e austríaco – e que, para além disso, nunca adotou a figura da supremacia do parlamento, tendo, muito pelo contrário, valorizado sempre e cada vez mais a atuação do poder judiciário no processo de definição dos direitos?

Além disso, de que maneira, na prática, ao analisar as decisões do sistema brasileiro, alguns mecanismos de controle fraco e dialógico poderiam ser mais benéficos para o alcance de soluções mais justas e democráticas?

Para que se possa, então, tentar responder a esses questionamentos, buscar-se-á, no presente trabalho, no âmbito do primeiro capítulo, fazer uma breve análise dos modelos clássicos de controle e fiscalização das normas, quais sejam: o modelo americano e o modelo europeu; bem como da questão da legitimidade da fiscalização jurisdicional que perpassa as discussões acerca da atuação das cortes na definição dos direitos *contramajoritários*.

Após, no segundo capítulo, pretende-se demonstrar algumas características que perpassam a teoria do novo modelo de controle de constitucionalidade , *weak-form judicial* review e dos chamados diálogos institucionais.

Em seguida, já no terceiro capítulo se procurará demonstrar como se verifica na prática a existência desses modelos, trazendo a definição dos sistemas, como se desenvolveram, e de que maneira propiciam a procedimentalização dos diálogos institucionais, por meio da análise dos sistemas de *judicial review* e de alguns casos práticos advindos da jurisprudência dos seguintes países: Nova Zelândia, Inglaterra, e Canadá – países esses que fazem parte da *Commonwealth* e que, historicamente, adotaram a supremacia do parlamento e vêm demonstrando e estruturando essa nova forma de conceber o controle das normas que entram em vigor em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Dessa forma, ato contínuo, no quarto capítulo buscaremos analisar o modelo brasileiro – que hoje se demonstra como um modelo de controle extremamente forte, decorrente do processo de judicialização da política e da falta de confiança da população nas instituições democráticas, fazendo com que se delegue cada vez mais ao poder judiciário a função de definir os contornos constitucionais e as leis que permanecem ou não produzindo efeito no ordenamento jurídico.

Por fim, então, após a análise do sistema brasileiro, faremos o estudo de alguns casos emblemáticos que passaram pelo Supremo Tribunal Federal para, nesse contexto, buscar demonstrar de que maneira os mecanismos do controle fraco de constitucionalidade estudados anteriormente poderiam se demonstrar úteis e capazes de propiciar decisões mais dialógicas e democráticas.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De forma inicial, antes de mais nada, é preciso que se destaque que o controle de constitucionalidade das normas, que tem por objetivo garantir a unidade do ordenamento jurídico por meio da fiscalização das normas infraconstitucionais tendo como parâmetro a constituição – tomada como norma suprema do Estado –, historicamente se desenvolveu e deu origem ao que hoje se pode chamar de controle *forte* de constitucionalidade (*strong-form judicial review*[1]), como consequência do alargado poder do judiciário e da noção de supremacia judicial em detrimento da participação do poder legislativo no processo de desenvolvimento dos direitos[2].

Tal é importante frisar, pois analisaremos posteriormente como essa forma de fiscalização das normas se desenvolveu e já mais recentemente precisou adquirir novos contornos para se conformar com sistemas que ao apresentarem uma relação diferente com o texto constitucional, precisaram também repensar o sistema de controle das normas em relação à constituição, trazendo à tona o que se convencionou chamar de controle *fraco* de constitucionalidade (*weak-form judicial review*).

Assim, primeiramente, importante que se estabeleça alguns pontos que tangem o desenvolvimento do controle de constitucionalidade num âmbito global. Importa, para isso, entender que o surgimento dessa espécie de verificação das normas em relação à determinada lei-parâmetro surgiu em países que adotavam constituições escritas; cujo texto constitucional era rígido, e de difícil mutabilidade.

Ou seja, emergiram no âmbito do constitucionalismo jurídico, no qual a proteção de direitos fundamentais advém da formação do poder constituinte – quer seja por conta de uma revolução, ou pela mudança do cenário político que não mais comporte a constituição anterior –, com o objetivo de elaborar a norma constitucional rígida.

Insta salientar, dessa feita, sobre a questão da rigidez constitucional, uma vez que tal será importante para a caracterização do modelo de controle de constitucionalidade que ora

---

[1] Cf. TUSHNET, Mark. Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: University Press, Princeton, 2008.

[2] HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review, 2012. p. 953.

se vai estudar, e posteriormente servirá de contraponto para o próximo modelo a ser estudado.

Ora bem, os países que ergueram suas bases no já citado constitucionalismo jurídico, entendem a constituição como norma suprema de um Estado, e, dessa forma, a mesma é tida como fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico, bem como, para os atos do poder público; sendo posta, dessa maneira, numa posição hierarquicamente superior às demais normas que compõem o sistema.

Dessa feita, para garantir a proteção desse texto, bem como da superioridade do mesmo em relação às demais normas e, consequentemente, a proteção do próprio ordenamento, necessário foi que se revestisse o texto constitucional de uma característica que o tornasse diferente dos outros textos normativos e o impedisse, dessa forma, de ser revogado por quaisquer legislações futuras. Sendo assim, essa proteção se dá, justamente, pela citada rigidez constitucional.

Para tanto, tal característica é visualizada pelo caráter especial que é conferido ao processo de revisão das normas contidas no texto protegido, pois o mesmo diverge daquele que é verificado no procedimento legislativo ordinário, sendo o primeiro mais agravado que o segundo[3], e por tanto, mais dificultoso, requerendo um maior tempo de debate no parlamento e maior quórum de aprovação.

Ademais, para além disso, como consequência lógica dessa estruturação, verificou-se a necessidade da criação e estabelecimento de mecanismos de proteção da constituição, por meio de um sistema de garantias constitucionais, prezando não só pela forma correta de renovação do mesmo, quanto pela sua conservação[4] e respeito.

Desta feita, dada a rigidez e difícil mutabilidade do texto constitucional, as normas infraconstitucionais não apenas não tem o condão de revogar normas constantes no texto superior, como devem entrar no ordenamento jurídico em consonância com as normas constitucionais.

---

[3] MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 2ª edição. p. 59.
[4] Idem. p. 14.

Por conta disso, uma das formas de proteção da constituição se dá por meio do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas, que visa garantir a compatibilidade das leis ou atos normativos infraconstitucionais com as regras e os princípios – ainda que implícitos – da Carta Magna[5].

Assim, é o que se depreende do prelecionado por Manuel Aragón Reyes[6], quando afirma que o controle de constitucionalidade não é mais do que a consequência jurídica da própria constituição que tem caráter de norma supralegal; esse caráter, por sua vez, se demonstraria como inoperante caso não houvesse um procedimento capaz de garanti-lo.

Dessa forma, busca-se não apenas o cumprimento da constituição, em si, mas a proteção do arcabouço normativo que a mesma contém, bem como da unidade do ordenamento jurídico, com o fim de possibilitar a continuação e vigência do regime constitucional em si.

Outrossim, sabe-se que tal espécie de guarda da constituição vem se desenvolvendo ao longo dos últimos dois séculos, sendo predominantemente um controle do tipo *forte*, como iremos observar, tendo tido como ponto de partida o surgimento do modelo americano de controle de constitucionalidade que, posteriormente, acabou por influenciar a criação do modelo austríaco, como se verá a seguir.

1.1 O Modelo Americano

Ab initio, de posse das informações supramencionadas, importante abordar de que maneira se deu o surgimento e desenvolvimento desse mecanismo de verificação dos atos normativos perante à Constituição.

Ora, sabe-se que a origem de mencionado sistema ocorreu nos Estados Unidos, com o seu marco inicial tendo sido a conhecida decisão proferida pelo *Chief Justice* da Suprema Corte americana, *Marshall*, no âmbito do caso *Marbury vs. Madison*[7], ainda no ano de 1803

---

[5] Correia, Fernando Alves. Direito Constitucional – *A Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 81.

[6] Aragón Reyes, Manuel. El control de constitucionalidade em la Constitución española de 1978. Revista de estúdios políticos. ISSN 0048-7694, Nº 7, 1979 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre garantías institucionales). p. 172.

[7] Para maiores detalhes, ver: <http://www.ache.org/pubs/hap_companion/Wing/MarburyMadison.pdf>.

– decisão essa que, não se pode deixar de apontar, foi revestida de um caráter extremamente político – que, diante do caso concreto em análise, acabou por conter a atuação do poder legislativo, à medida em que reconheceu o caráter supremo da constituição perante as outras normas, e em face do poder da maioria.

Dito de outra forma, a partir daquele momento ficou estabelecido formalmente que diante da análise de uma situação em concreto, na hipótese de haver conflito entre uma lei e a constituição, caberia ao juiz não aplicar a primeira, uma vez que ao desrespeitar a última estar-se-ia diante de um ato nulo do poder legislativo, dada a superioridade da carta constitucional, tida como lei suprema e fundamental da nação.

Ademais, em referida decisão, constatou-se que a carta constitucional do país não era apenas uma carta política, mas uma carta de direitos, propriamente e, por conta disso, as cortes teriam uma responsabilidade especial, tanto no que tange à sua aplicação, mas também no que se refere à interpretação[8].

Surgiu, assim – dentro do contexto americano da *common law*, e da utilização do *stare decisis*– por meio do qual se entende que a atuação dos juízes expressa o direito[9] – o chamado *judicial review*, também conhecido como modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, que, por sua vez, endereçava a todos os juízes a possibilidade de atuar, diante de cada caso concreto, no controle da adequação das normas infraconstitucionais aos preceitos constitucionais, não obstante o fato de a Suprema Corte ser a última instância do controle de constitucionalidade[10].

Ainda, relevante salientar que no mesmo período, Hamilton – um dois *Founding Fathers* –, n'O Federalista n. 78[11], também se posicionou no sentido de defender a supremacia da constituição, e a competência dos juízes para proceder a fiscalização dos atos normativos provindos do poder legislativo, como se vê:

> (...) [as] cortes de justiça, que tem o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. (...) O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve

---

[8] WHYTE, John. Pays de Common Law. *In* Le Controle Juridictionnel de Lois: *Légitimité, Effectivité et Développements Récents.* Paris: Economica, 1986. p. 157.
[9] SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) O que é a "Common Law", em Particular, a dos EUA, 1997. p. 178.
[10] LEITE, Luís Ferreira. O Tribunal Constitucional e o Sistema Político. Lisboa: Âncora Editora, 2007. p. 45.
[11] HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª edição. Campinas: Russel, 2009. p. 471-472.

> ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Desta feita, deu-se origem ao que conhecemos hoje como controle difuso de constitucionalidade das normas, ou mesmo controle concreto, por via de exceção ou incidental[12]; e se consubstanciou naquele por meio do qual se permite que todos os juízes, e tribunais – por conseguinte, em qualquer instância do poder judiciário –, procedam ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma diante da análise de um caso concreto específico.

Ou seja, tem-se que, em referido modelo, a análise da constitucionalidade da norma é feita de modo incidental, a qualquer momento do processo, uma vez que o objetivo último da ação ajuizada não é a discussão da constitucionalidade da norma, que apenas será feita para viabilizar o alcance da pretensão da parte.

Assim, nos dizeres de Jorge Miranda[13], no âmbito do controle difuso de constitucionalidade originado nos Estados Unidos, ninguém poderá se dirigir a um tribunal com a finalidade de pedir uma declaração de inconstitucionalidade, porém pode-se admitir que o faça com o objetivo de propor uma ação que, visando um seu interesse, ou direito,

---

[12] Apesar de considerarmos sinônimos, há autores, como Gomes Canotilho e Luís Roberto Barroso que afirmam que os conceitos de controle difuso e controle por via incidental embora sejam associados, não querem dizer a mesma coisa. Para Canotilho: "A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja *relevante* para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se também controlo por *via de excepção*, porque "a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute". Este controlo anda geralmente associado ao controlo difuso. O incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de *desaplicação* da norma inconstitucional ao caso concreto. Mas é incorrecto dizer-se hoje que o controlo por via incidental se identifica com o controlo difuso. Como irá ver-se, em Portugal, o controlo difuso pode conduzir a um controlo concentrado através do Tribunal Constitucional. Noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo*, a suspender a acção fazendo subir a questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional (ex.: sistema alemão, sistema italiano). Cf, CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 965. Já Barroso assenta que: "Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realizado na apreciação de um caso concreto – e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso." Cf. BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2009. 4ª edição. p. 48. Op. Cit. p. 50.

[13] MIRANDA, Jorge. O Regime de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal. p. 4.

propriamente dito, só será alcançável caso haja, dentro do caso em análise, uma decisão positiva de inconstitucionalidade.

E, sendo assim, caso o julgador entenda que a norma que rege aquela situação está em desconformidade com a Constituição, terá o poder de deixar de aplicá-la – embora ela continue produzindo efeitos no ordenamento jurídico, uma vez que não cabe aos juízes a invalidação da norma com base no princípio da separação dos poderes, embora se possa observar que na prática acaba tendo resultado semelhante, a partir do momento que se verifica que a decisão forma um precedente que há de ser seguido[14].

Sendo assim, essa capacidade das cortes de vetarem a aplicabilidade de uma lei diante da resolução de um caso específico acaba sendo uma forma de conceder às cortes uma posição mais ativista, uma vez que se percebe que a mesma ao analisar o caso, deverá encontrar uma lei constitucional que servirá de parâmetro de validade para a lei infraconstitucional que rege a disputa do caso concreto; ocorre que, caso não a encontre, a corte, por meio de sua atividade interpretativa poderá criar, de certa forma, essa lei-parâmetro, interpretando os direitos constitucionais de maneira a enquadrá-los ao caso concreto[15].

Frisa-se, por oportuno, que essa decisão tem como regra a geração de efeitos apenas *inter partes*[16], uma vez que a inconstitucionalidade é verificada dentro do âmbito daquele processo específico, *in concreto*. Outrossim, à Suprema Corte restaria a capacidade de dizer a última palavra no que tange à constitucionalidade – ou não – de uma determinada lei, quando recebesse a contenda em grau de recurso.

---

[14] LEITE. Op, Cit. 50-51.

[15] SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. On Law, Politics & Judicialization. New York: Oxford University Press, 2002. p. 162.

[16] Fala-se em "em regra", uma vez que existe o fenômeno da *stare* decisis no direito norte-americano, e da modulação dos efeitos das decisões em controle difuso no Brasil, no caso, por exemplo, de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina, 2012, p. 20-21: "No que toca ao modelo difuso norte-americano, verifica-se que, por vezes, a eficácia da decisão não se reduz aos simples efeitos *inter partes*, generalizando-se. Este fenômeno está associado ao princípio do *stare decisis* e à utilização da regra dos precedentes judiciais. Tomando como exemplo os EUA, as decisões dos tribunais superiores são vinculativas para os restantes tribunais inseridos nas respetivas jurisdições". Cf. BARROSO, 2009. p.83: "a súmula vinculante (...) um mecanismo para conferir eficácia vinculante a decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade. (...) as súmulas permitem que o STF estabeleça uma determinada tese jurídica, cristalizando as razões de decidir adotadas pela Corte (*ratio decidendi)* em um enunciado dotado de eficácia geral."

Com isso, diante dessas observações, já se pode analisar e caracterizar o modelo americano como um modelo de controle forte de constitucionalidade, uma vez que cabe às cortes a análise da constitucionalidade ou não dos atos normativos em análise, sem que se propicie ao poder legislativo a possibilidade de se manifestar acerca daquela lei, por exemplo; e, ainda, tem-se a atuação claramente criativa de direitos das cortes diante da resolução dos casos concretos que envolvem essa forma de fiscalização de constitucionalidade.

Isso porque, como se viu, tal modelo de fiscalização, desde a decisão do *Chief Justice Marshall*, criou uma forma de conceder às cortes a possibilidade de, no âmbito do poder judiciário, controlar, de certa forma, a atividade que é própria do poder legislativo[17], qual seja, de produzir as leis, com base na vontade da maioria.

Além do mais, pode-se concluir que por meio de referido modelo de controle, percebe-se uma forma ampla de acesso à constituição, uma vez que qualquer pessoa pode, no âmbito de uma lide, ver uma lei posta à prova em relação à sua constitucionalidade no que tange ao alcance dos interesses particulares em causa na ação da qual é parte.

Nos Estados Unidos, por exemplo, para ter referido acesso e questionar alguma norma frente a constituição, basta que esteja configurado o chamado *standing*, que, nada mais é que – utilizando-se da interpretação da Suprema Corte americana – a percepção de que a pessoa tenha sido afetada por uma ação que clama ser inconstitucional, e que essa ação já tenha ocorrido ou que esteja em vias de acontecer[18].

Assim, para além desse modelo supramencionado – vigente até hoje em diversos países –, o século XX trouxe ao mundo um contexto diverso daquele vivido nos Estados Unidos do século XIX, e com ele a necessidade de se criar um novo modelo, adequado à essa nova realidade, e à forma de organização dos países que o adotaram, como se verá a seguir.

---

[17] WHYTE. Op. Cit. p. 157.
[18] TUSHNET, Mark. Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014. p. 48.

1.2 O MODELO EUROPEU

Como se falou, o continente europeu, muitos anos após a criação do modelo americano, trouxe ao mundo uma nova forma de pensar o controle de constitucionalidade. Sob a influência do modelo austríaco idealizado por Hans Kelsen, no século XX, o controle das leis utilizando como parâmetro a constituição tomou novos contornos, tendo se estruturado por meio da criação de Tribunais Constitucionais independentes da estrutura do poder judiciário, e com a finalidade precípua de proceder à guarda da constituição por meio da fiscalização das normas infraconstitucionais em confronto com a mesma.

Dessa feita, entende-se que tal forma de controle, conhecida como controle abstrato de constitucionalidade – também chamado de controle concentrado – surgiu mediante às exigências impostas pelo contexto vivido – fato que remonta ao início do século XX –, e da convicção de que a ordem jurídica é formada por uma estrutura escalonada de normas, na qual a constituição é posta num posto de hierarquia superior.

Ademais, as cartas constitucionais, reconhecidas como textos normativos indispensáveis para a formação e organização do Estado, mas para além disso, como meio para garantir a existência de políticas voltadas à sociedade, foram tidas como indispensáveis e infungíveis, necessitando, com isso, que houvesse a criação de um instrumento que se demonstrasse eficaz para possibilitar a sua defesa e garantia[19].

Assim, Kelsen defendia a criação de um órgão específico capaz de proceder à guarda da mesma, uma vez que entendia que as normas constitucionais não seriam "respeitadas sempre e totalmente"[20], e, para tanto, se fazia *mister* que tal órgão – legitimado pela própria constituição – possuísse a competência de julgar eventuais violações à referidas normas, como forma de garantir o resguardo da lei maior.

Com isso, tal espécie de controle – *Verfassungsgerichtsbarkeit* – foi inaugurada no texto da Constituição Austríaca de 1920, e aperfeiçoada por meio da reforma constitucional de 1929, permitindo que fossem interpostas ações diretamente perante o Tribunal

---

[19] CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. Constituição e Justiça Constitucional. *In* Separata de Anuário Português de Direito Constitucional. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 116.
[20] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1984. 6ª edição. p. 368.

Constitucional, com o fulcro de proceder à fiscalização da constitucionalidade de uma norma.

Sendo assim, referido sistema, com isso, abarca o equilíbrio de dois princípios, quais sejam: a supremacia da constituição e a força da lei. Além disso, visa assegurar a coerência do sistema normativo[21], por meio da intenção de que só permaneçam produzindo efeitos no ordenamento jurídico as normas que se conformam com o texto constitucional.

Como consequência da adoção de referido modelo, se uma norma possuísse a inconstitucionalidade constatada, deixaria, a partir daquele momento, de produzir efeitos no âmbito do ordenamento jurídico em questão, passando, assim, o Tribunal, a atuar numa função tipicamente constitucional, como um verdadeiro "legislador negativo", ao invés de realizar, propriamente, uma função judicial.

Dessa forma, viu-se ter início o surgimento de um seguimento da justiça formado não por juízes de carreira, "mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado"[22], indicados politicamente.

Assim, o que se verificou foi que a cena austríaca acabou, então, por influenciar a criação dos tribunais constitucionais encontrados hodiernamente. Tais tribunais começaram a surgir após o final da II Guerra Mundial, que trouxe consigo o reconhecimento dos direitos humanos.

Além disso, as sociedades do pós-guerra, como se viu, possuíam certa dificuldade em confiar nos legisladores[23], uma vez que esses representaram uma das principais ameaças para as liberdades durante o período de exceção vivido. Assim, apegaram-se à constituição como norma suprema do Estado e aos tribunais como forma de garanti-la[24].

Outrossim, por se tratarem de Estados pós-autoritários e, portanto, Estados nos quais a confiança nas instituições era precária, não só a sociedade desconfiava do legislador, como dos próprios juízes, o que fez com que fosse necessária a adoção de cortes que estivessem

---

[21] ZAGREBELSKY, Gustavo. La Giustizia Constituzionale. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 168.
[22] BARROSO. Op. Cit., 2009. p. 48.
[23] FEREJOHN, John; ROSENBLUTH, Frances; SHIPAN, Charles. Comparative Judicial Politics. *In* The Oxford Handbook of Comparative Politcs. New York: Oxford University Press, 2009. p. 728.
[24] SEGADO. Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo. *In* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda,Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 737.

postas fora do sistema judiciário, com a função precípua de fiscalizar a constitucionalidade das leis[25].

Dessa feita, voltados essencialmente à tarefa de guarda da constituição, expandiram pelo mundo o que se convencionou chamar de justiça constitucional, que, tem como uma das tarefas centrais num Estado Democrático Constitucional a garantia e segurança imediatas da lei fundamental[26]; e, consequentemente, dos direitos nela contidos.

Com isso, percebeu-se, então, que referido aparecimento dos tribunais constitucionais se deu como uma consequência das necessidades de sociedades que, diante do contexto do pós-guerra, precisavam de uma forma de garantir que seus direitos não fossem mais violados, principalmente diante do atual reconhecimento da existência de direitos humanos inerentes a cada um dos indivíduos que não poderiam ser sobrepujados.

Dessa maneira, o controle abstrato de constitucionalidade estruturou-se como uma forma de controle externo – portanto, teoricamente apartado dos órgãos políticos e das eventuais maiorias parlamentares – na busca da defesa dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, diversos foram os países da Europa que, seguiram o fenômeno austríaco e implantaram em suas Constituições o sistema concentrado de verificação de constitucionalidade – não excluindo a possibilidade de alguns terem simultaneamente implementado o modelo difuso de controle, como no caso de Portugal, ou mesmo fora da Europa, como demonstra a situação brasileira, e a sul-africana.

Além do mais, entende-se que a opção majoritária desse sistema ocorreu devido ao fato de que grande parte dos países europeus possuem o ordenamento jurídico sustentado no sistema *civil law*, e, portanto, não se utilizavam da chamada *stare decisis*: por meio da qual, como se viu, as decisões proferidas pela Suprema Corte diante de casos concretos vinculam os juízes e tribunais inferiores; e, por meio dessa escolha pretendiam tentar evitar a existência de decisões completamente diferentes quanto à constitucionalidade da mesma norma por juízes de tribunais ordinários distintos.

Sendo assim, o que se percebe pela análise desses sistemas supramencionados é que, embora se estruturem de maneiras distintas, quer abrangendo todo o sistema judicial, ou

---

[25] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Deliberative Institutions, 1999. p. 15.
[26] CANOTILHO. Op. Cit., p. 958

concentrando os poderes fiscalizadores numa instituição criada para esse fim precípuo, têm em comum o fato de que acreditam no texto constitucional rígido como continente de valores sagrados que demonstram os ideais das sociedades que as adotam, além de evidenciar os princípios estruturantes da ordem política e social do Estado[27], advindo da formação de um poder constituinte que o elaborou.

Ocorre que, ao estabelecer o controle de constitucionalidade, os países acabam por dotar o poder judiciário de uma característica própria dos legisladores. Ou seja, aos juízes é atribuído um poder político, e, quando a eles é dada a possibilidade de dizer a constituição, e o que dela se depreende – retirando muitas vezes a validade de leis emanadas pelo poder legislativo –, são investidos no mais alto poder político, que é aquele capaz de alterar a constituição[28].

Nesse sentido, quando cabe às cortes, portanto, determinar quais leis se mantém surtindo efeito no ordenamento jurídico, as mesmas são investidas na capacidade de lidar diretamente com a constituição, e se envolvem inteiramente com a estrutura política de uma sociedade, bem como seus arranjos institucionais.

Ademais, conferem às leis sentidos que advém da sua própria interpretação, numa real atuação positiva legiferante[29]. Sendo assim, o que se vê na prática é que possuem a última palavra quanto à constitucionalidade, e, portanto, validade dos atos normativos.

Surge, comumente, nesse diapasão, a questão da legitimidade desses tribunais para verificar a validade das leis emanadas pelo poder legislativo. Assim, importante que se abra um breve espaço para discutir essa questão, a seguir.

---

[27] CAROLAN, Eoin. The New Separation of Powers: A Theory of the Modern State. Oxford University Press, 2009. p. 2.

[28] GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Interpretation. *In* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. New York: Oxford University Press, 2012. p. 690.

[29] Segado, ao tratar das sentenças interpretativas do Tribunal Constitucional espanhol verificou que em muitos dos casos o Tribunal foi tão longe na utilização desse tipo de sentença que acabou por desnaturalizar completamente a vontade do legislador, atuando, verdadeiramente como legislador positivo. Cf. SEGADO. Op. Cit. p. 764.

1.3 LEGITIMIDADE DA FISCALIZAÇÃO JURISDICIONAL

Como se viu, a atuação dos juízes no controle de constitucionalidade acaba por esbarrar na questão da legitimidade da atuação do poder judiciário, uma vez que os membros de referido poder não são eleitos, não sofrem escrutínio constante[30] e submetem a vontade do legislador às normas constitucionais – que são interpretadas pelos juízes[31].

Assim, nesse contexto, as cortes deixam de ser meras instituições existentes para resolver conflitos, e passam a ser, efetivamente, partes protagonistas no embate acerca de direitos contra as outras instituições do governo, notadamente, o poder legislativo; e, ainda, acabam impondo – por meio de suas atitudes – que, da feita que foram estabelecidas e reconhecidas socialmente como palco para efetivação dos direitos constitucionais, essa mesma sociedade deve aceitar que, ao interpretar os direitos estão, elas mesmo, de certa forma, criando direitos[32].

Para além disso, a função a ser realizada pelos membros do poder judiciário permite que defendam suas próprias agendas e concepções políticas – ainda que nem mesmo percebam que estão agindo dessa maneira[33] – em detrimento das opiniões da maioria. Abre-se, espaço, assim, para a politização da justiça.

Além do mais, a questão da legitimidade dos juízes que no exercício da sua função têm a capacidade de invalidar determinadas leis que emergem da atuação do poder legislativo é muito característica quando se trata de direitos constitucionais, uma vez que os mesmos possuem natureza mais aberta e indeterminada, o que acaba por, comumente, gerar divergências de opiniões razoáveis acerca dos mesmos, quer seja na questão da aplicabilidade em determinados contextos, quer seja pela questão dos valores que devem se sobrepor diante de um caso concreto, etc.[34]

Daí se concluir que em um cenário em que não há, necessariamente, respostas corretas, não se poderia admitir que um poder composto por membros que não foram eleitos para criar as leis, tenha o direito de retirá-las do ordenamento jurídico.

---

[30] GOLDSWORTHY. Op. Cit. p. 690.
[31] WHYTE. Op. Cit. p. 158.
[32] SHAPIRO; STONE SWEET. Op. Cit. p. 183.
[33] POSNER, Richard A. How Judges Think. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 79.
[34] BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 2005. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers.* p. 7.

Ainda, e por conta disso, a questão da legitimidade da atuação da justiça constitucional perpassa quase sempre pela distribuição de competências entre a justiça e o legislador democraticamente eleito, e acaba por ser, nas lições de Habermas[35], propriamente, uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes.

Ademais, o só fato de não serem eleitos, lhes retira a chamada legitimação democrática direta, pois o povo, ao não os colocar no exercício do cargo que exercem – mesmo que esse exercício venha a se demonstrar como um exercício de caráter político –, não tem a capacidade de controlar a sua atuação por meio da negação de reeleição[36].

Assim, sua legitimidade popular, portanto, teria um caráter indireto, quando se admite que os juízes dos tribunais constitucionais, embora não eleitos, são apontados por membros do corpo político. Ademais, diz-se, ainda, que a legitimidade da justiça constitucional é a própria legitimidade da constituição[37], quando respeita os valores políticos de uma sociedade democrática[38].

Então, partindo-se desse pressuposto, é de se entender que a jurisdição constitucional acaba por ser colocada numa posição '*contramajoritária'*, uma vez que sua atuação não depende da vontade da maioria, podendo inclusive, defender os interesses de uma eventual minoria[39].

A ideia de dificuldade *contramajoritária*, é de se destacar, foi trazida por Bickel[40], quando, ao tratar do *judicial review* americano, prelecionou que o controle de constitucionalidade é uma força *contramajoritária*, uma vez que a Suprema Corte, ao declarar uma norma inconstitucional, acaba por contrariar a vontade do povo – a maioria

---

[35] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 298.
[36] ALEXY, Robert. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representátion. *In* Jueces y Ponderación Argumentativa. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 13.
[37] CRUZ VILLALÓN, Pedro. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 86.
[38] WHYTE. Op. Cit. p. 159.
[39] Não podemos deixar de trazer a opinião de Ronald Dworkin quando preleciona que o *judicial review* pode ser extremamente benéfico para as minorias, uma vez que o poder judiciário tomaria a proteção dos direitos individuais como uma sua responsabilidade especial, concedendo maior poder político a esses grupos minoritários, que de modo contrário, não o alcançariam – em verdade, teriam sempre o sistema majoritário atuando de forma severa contra eles. Cf. DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 32.
[40] BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: *The Supreme Court at the Bar of Politics.* New York: Bobbs-Merrill, 1962. p. 16-17.

dele, ao menos –, expressa pelos seus representantes politicamente eleitos para produzir as leis e, assim, exerce um controle em desfavor da maioria.

De outra banda, insta destacar que não nos cabe, nesse momento, julgar a efetividade prática dessa atuação em favor das minorias, mas tão somente constatar que é o que na prática pode acontecer, e, de fato, acontece.

Dessa forma, surge daí, inclusive, mais um ponto abordado por aqueles que são partidários da legitimidade da justiça constitucional, qual seja: aquele que defende que essa nada mais é que a legitimidade "de la minoría frente a la legitimidad de la mayoría, expresíon ésta de la voluntad popular, de la voluntad general. (...) de una esfera que se garantiza a todos los ciudadanos (...)"[41].

Outrossim, sem que se negue o proposto anteriormente, é de se destacar, por oportuno, que as cortes não são, e não devem ser, mini-legislaturas – ao utilizar do termo posto por James L. Gibson[42] – em que pese se entender que devem atuar em conjunto com o poder legislativo, para o alcance da melhor solução em matéria de interpretação legislativa.

Dessa maneira, quando o poder judicial no exercício do controle de constitucionalidade, atua no sentido de retirar a validade de uma norma, ou produzir sentenças que são verdadeiros acréscimos legislativos ao ordenamento jurídico, ou mesmo de dotar as sentenças de determinados efeitos que advém de considerações de caráter político[43], acaba por se colocar na posição do legislador, o que pode ser visto como temerário, uma vez que se reveste de poderes que, nos valendo dos dizeres de Vieira de Andrade, ao tratar dos poderes concedidos ao Tribunal Constitucional português – tratando do que tange ao âmbito do controle abstrato das normas –, "são, neste domínio, poderes de destruição maciça, dado que os efeitos da sentença são, em regra, retroactivos (e repristinatórios), com ressalva apenas dos casos julgados"[44].

---

[41] Idem. p. 87.
[42] GIBSON, James L. Judicial Institutions. *In* The Oxford Handbook of Political Institutions. New York: Oxford University Press, 2006. p. 519.
[43] ANDRADE, Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 79
[44] Idem.

Com isso, visualiza-se, portanto, que se tratam de poderes extremamente fortes para uma instituição que, apesar de se valer de uma teórica busca pela justiça, não possui legitimidade popular direta para a sua atuação, e, mesmo assim, acaba criando espécies de atos normativos, ainda que por meio da interpretação, ou mesmo quando numa atuação legislativa com sinal invertido, quando retira a validade de uma norma.

Frisa-se que, com isso, não se pretende dizer que a atuação jurisdicional deva remontar à ideia de Montesquieu quando prelecionava que os juízes são meras bocas que pronunciam as palavras da lei, mas apenas que se deve ter em conta um certo grau de limitação da atuação dos mesmos, para que não se sobreponham demasiado à figura do legislador.

Sendo assim, naquilo que se pode depreender dos ensinamentos de Vital Moreia, ao juiz constitucional resta a competência de apenas averiguar a contrariedade ou não da lei em relação à constituição, sem substituir-se ao legislador, prevalecendo nesse ponto o princípio da maioria e da separação dos poderes, sendo o juiz constitucional, portanto, um "contralegislador", no sentido de que atua apenas para verificar se o legislador atuou ou não contra a constituição[45].

Pensamos, dessa forma, como Maria da Assunção Esteves, que a questão da legitimidade da justiça constitucional é uma questão sobre seus limites[46]; ou mesmo segundo a ideia de Vieira de Andrade de que o conflito entre a legitimidade do legislador e da justiça constitucional se resolve numa equilibrada aplicação do princípio da divisão dos poderes[47].

Nesse sentido, ao concluir essas questões acerca da existência e legitimidade da justiça constitucional, e diante de tudo o que fora exposto até aqui, importante destacar que verificamos que nem todos os países possuem a mesma relação com a constituição, uma vez que historicamente não adotaram leis-parâmetro que tenham sido dotadas de rigidez e

---

[45] MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 196.
[46] ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 132.
[47] ANDRADE. Op. Cit., p. 84.

superioridade em relação às outras normas do ordenamento. E, sendo assim, não se fez necessária a adoção de uma justiça constitucional que revisasse a atuação legislativa.

Assim, quando mais recentemente acabaram por editar normas que assumiram um caráter de estatuto reforçado, acabaram por dinamizar a relação do judiciário e do legislativo de uma forma diferente daquela existente nos sistemas que adotaram os modelos clássicos de controle de constitucionalidade, e com isso poder-se-á pensar que terminaram por criar uma forma de controle que de alguma maneira parece solucionar a questão da legitimidade ora em análise. Assim, é o que veremos a seguir.

1.4 O Surgimento de Um Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade

Em que pese a preponderância dos sistemas clássicos de controle de constitucionalidade supramencionados na maioria dos países ao redor do mundo, o que se percebe mais recentemente é o surgimento de um novo modelo de controle judicial das normas advindo dos países que há pouco tempo passaram a adotar estatutos escritos contendo a previsão de garantia de determinados direitos fundamentais a serem respeitados pelas normas que entram em vigor no ordenamento jurídico.

Sendo assim, paralelos aos sistemas democráticos jurídico constitucionalistas, antes mencionados, que adotaram cartas constitucionais, acreditando que os direitos devem constar positivados nesses textos fundamentais como forma de serem garantidos para toda a sociedade e se utilizando, para isso, do *judicial* review, como meio de fiscalização da constitucionalidade das normas que os possam infringir, verifica-se a existência de sistemas também democráticos, porém que se desenvolveram no âmbito do constitucionalismo político sem ostentar cartas constitucionais rígidas como aquelas verificadas nos países supracitados.

É o caso, por exemplo, da Inglaterra, e de grande parte dos países que compõem a *Commonwealth* – união de nações que no passado foram colônias britânicas e que hoje

cooperam entre si com vistas a satisfazer os interesses dos seus povos, promover os direitos humanos e a paz[48].

Com isso, em referidos sistemas, para que se possa falar em lei constitucional, é preciso que se tenha em mente uma noção muito mais abrangente, pois a mesma advém dos casos concretos – da *common law* –, das legislações relevantes, convenções constitucionais, costumes, etc. que vem sendo moldados há séculos, sem que se vislumbre a necessidade de positivá-los em textos constitucionais rígidos[49].

Outrossim, o que se verifica é que são sistemas nos quais se entende que os direitos emergem da política, ou seja, as leis que preveem os direitos são originadas do jogo político, e não advém, portanto, de uma consequência lógica da existência de direitos naturais que carecem apenas de positivação em cartas constitucionais, por exemplo.

Ademais, entendem, dessa forma, que o controle de constitucionalidade acaba por ser uma forma de garantir direitos individuais, uma vez que o constitucionalismo jurídico valoriza tais direitos como forma de proteger os cidadãos do governo, fazendo-o em detrimento do bem comum, e da igual participação dos cidadãos na sociedade, fatos que, de forma contrária, são característicos do pensamento do constitucionalismo político[50].

Essa forma de organizar a sociedade, então, traz consigo a ideia de que a participação popular é essencial na formação das leis – ainda que seja por meio de seus representantes políticos – pois é muito mais fácil haver identificação com a lei quando a população acredita que fez parte do processo de fazimento da mesma.

Sendo assim, busca-se, dessa forma, a construção de uma cultura pública democrática, em que todos são tratados como iguais e, portanto, com iguais capacidades de participação na sociedade, em busca de uma ordem social mais justa e preocupada com os direitos da coletividade[51].

---

[48] LEYLAND, Peter. The Constitution of the United Kingdom: *A Contextual Analysis.* Portland: Hart Publishing, 2007. p. 15.
[49] OPESKIN. Brian R. Constitutional Modelling: *The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries* – Part I, 2001. p. 609.
[50] GOLDONI, Marco. Two Internal Critiques of Political Constitutionalism. International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, Issue 4 (October 2012). p. 931.
[51] BELLAMY, Richard. Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p.7.

Por conta disso, e por serem, em regra, sistemas que por excelência adotaram a supremacia do parlamento, esses países sempre valorizaram a atuação legislativa, e a legitimidade democrática que ostenta o poder que faz as leis com o aval da sociedade, partindo da interação do corpo político com os cidadãos que os elegeram.

Isso porque, o que se percebe é que nesses países, o parlamento é tido como a instituição capaz de abarcar opiniões plurais e divergentes, porém com a capacidade de, partindo desse conjunto de opiniões, alcançar uma decisão de autoridade que as respeite[52].

Sendo assim, pela importância que conferem ao legislador e à produção legislativa, não adotaram, em sua maioria, um sistema de hierarquia de normas, apreciando, com isso, a possibilidade de mutação das leis de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade, que, dessa forma, pode se dar com maior facilidade quando não se adota uma norma parâmetro e um controle de constitucionalidade capaz de frear a atuação legislativa.

Outrossim, nas lições de Bellamy, então, o que se depreende nesses sistemas é que o próprio processo democrático é a constituição, uma vez que é constitucional, pois oferece o devido processo, e é constitutivo quando possibilita que reforme a si mesmo[53].

Para tanto, o que se percebe é que são sistemas nos quais, no que toca à validade das leis e a fiscalização das mesmas, essa capacidade foi concedida comumente ao poder legislativo, atribuindo ao poder judiciário a tarefa de apenas conformar as leis aos casos concretos sob análise.

Porém, não obstante a existência dessas características e o que fora exposto anteriormente, mais recentemente, diante do contexto atual de valorização dos direitos humanos, tais países acabaram por se ver na necessidade de adotar cartas – *bills of rights* – que expressamente frisam determinados direitos à serem garantidos amplamente aos cidadãos.

Com isso, acabaram por ter que desenvolver um modelo diferente de controle das normas, uma vez que não poderiam seguir os moldes daqueles já existentes, em sistemas pautados no constitucionalismo jurídico, por se configurarem também de forma diferente,

---

[52] GOLDONI. Op. Cit., p. 935.
[53] BELLAMY, 2007. Op. Cit. p. 5.

ao não adotar tradicionalmente uma estrutura escalonada de normas como aquela encontrada nos países tipicamente constitucionalistas.

Assim, acabaram trazendo ao contexto mundial uma nova forma de procedimentalizar o controle judicial da constitucionalidade dessas normas, uma vez que trazem um novo desenho institucional, no qual as instituições legislativa e judiciária são postas em um cenário de interação diferente do praticado até então, tanto pelos adeptos do modelo americano, quanto do modelo europeu.

Dessa forma, retiram do poder judiciário a capacidade de proferir a última palavra sobre a validade das leis, moldando assim o sistema que se convencionou chamar de controle *fraco* de constitucionalidade.

É o que se verá no capítulo a seguir.

2. CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE (*WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW*)

Como se falou, historicamente o sistema americano de controle de constitucionalidade influenciou a criação de jurisdições constitucionais pelo mundo[54] – ainda que com contornos diversos como no caso do modelo austríaco idealizado por Kelsen –, principalmente depois do fim da Segunda Grande Guerra[55].

Nesse período, grande parte dos países adotaram constituições democráticas e as consagraram como norma suprema do Estado, conferindo ao poder judiciário o *status* de garantidor das normas constitucionais e, portanto, consequentemente, dotaram-no do poder de invalidar as normas que não estivessem de acordo com a lei suprema, fundamento de validade.

Assim, entende-se que, como visto anteriormente, referidos modelos se caracterizam por apresentar um tipo forte de controle de constitucionalidade ao concederem às cortes a possibilidade de decidir sobre a aplicabilidade ou não de uma lei; ou, ainda, de que forma aquela lei poderá ser interpretada com o fim de proteger direitos individuais – muitas vezes concedendo a ela um sentido que o próprio legislador não previu – além do fator que confere ainda mais força ao poder judiciário, qual seja, aquele que permite a possibilidade de retirar a validade da lei dentro do ordenamento jurídico[56], agindo, dessa maneira, como legislador negativo, tal qual no modelo proposto por Kelsen.

Sendo assim, tais sistemas de fiscalização das leis acabam conferindo ao poder judiciário a possibilidade de emitir a última palavra em matéria constitucional, que, como tal, não é passível de revisão por outro órgão. É o caso de países como a Alemanha, Portugal, Brasil, e África do Sul, por exemplo.

---

[54] HIRSCHL, Ran. The Rise of Constitutional Theocracy. *Harvard International Law Journal*. v. 49, out. 16, 2008. p. 73. "At the same time, the world has witnessed the rapid spread of constitutionalism and *judicial review*. Constitutional supremacy – a concept that has long been a major pillar of the American political order - is now shared, in one form or another, by over one hundred countries and several supra-national entities across the globe. Constitutional courts in many of these countries have been responsible for translating these constitutional provisions into practical guidelines to be used in daily public life. The migration of constitutional concepts and structures has become a global phenomenon."

[55] TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review, 2003. p. 2784.

[56] WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, 1999. p. 1354.

Ainda, para ratificar o que já apresentamos, importante frisar que as decisões das cortes em matéria de constitucionalidade das normas, em referidos sistemas de controle forte, para além de finais, têm a capacidade de vincular nãos só as outras instâncias do poder judiciário, mas também a atuação das outras instituições componentes da administração pública, o que demonstra claramente a força que detém o poder judiciário dentro desses sistemas.

Para além disso, sabe-se que uma característica presente em referido padrão, diz respeito à falta de celeridade das mudanças constitucionais, que dentro desses sistemas ocorre de forma lenta, uma vez que só são possíveis por meio de emendas constitucionais, com processos demorados e dificultosos; ou mesmo por meio da mudança na forma de interpretação dos juízes acerca de determinadas provisões constitucionais, que podem ocorrer por meio da mudança na composição das cortes, ou mesmo por uma mudança de opinião daqueles que já as compõem.

Assim, quando a população, ou pelo menos, grande parte dela, não concorda com o posicionamento estabelecido por uma Suprema Corte – ainda que seja um posicionamento razoável, porém por ela considerado errôneo –, não lhe restam muitos recursos, a não ser esperar que uma dessas situações, anteriormente expostas, torne-se realidade[57].

Em contrapartida, se opondo aos modelos clássicos de controle das normas, mais recentemente, diante das exigências do atual contexto de reconhecimento dos direitos humanos, que já se falou anteriormente, determinados países que não possuíam textos constitucionais positivados, acabaram por se ver diante da necessidade de registrar em documentos a existência e a irrevogabilidade desses direitos.

Para além disso, o que se percebeu em alguns desses países, como foi o caso, por exemplo, da Nova Zelândia – que se verá mais pormenorizadamente adiante –, foi que o contexto vivido no país fez surgir um imperativo de que se positivassem determinados direitos com o objetivo de reduzir o excessivo poder do governo em exercício, que não era capaz de determinar as barreiras constitucionais da sua autoridade política, diante de uma

[57] TUSHNET. Op. Cit. 2008; p. 22.

constituição que não era escrita e, por conta disso necessário era que se impusessem *checks and ballances* mais efetivos[58].

Além do mais, como na visão de Gardbaum[59], essa necessidade de positivar determinados direitos se demonstra válida, à medida em que, a partir do momento em que são previstos em atos normativos, sejam eles constitucionais ou não, esses direitos ganham contornos mais concretos e específicos e, consequentemente, com isso, tornam-se menos vagos e indeterminados se comparados com aqueles direitos que advém da *common law* e dos modelos derivados da soberania parlamentar de *Westminster*.

Ademais, a propósito de referida soberania, importante destacar que nos países que a adotaram historicamente, pode-se verificar uma ausência de limites legais para a atuação do parlamento no que tange à elaboração de leis e, de um modo geral, por conta disso, não se vislumbrava um ambiente propício para o surgimento de um controle de constitucionalidade dos atos advindos do parlamento[60]; sendo assim, portanto, nesses sistemas ao não se conceder às cortes a competência de invalidar legislações – nem tampouco atos executivos autorizados pela legislação[61] vigente, cabia ao próprio parlamento a tarefa de determinar se alguma lei era inconstitucional, ou se feria determinados direitos individuais.

Sendo assim, como resultado dessa nova realidade, e para que se pudesse buscar uma maneira de conformar o sistema vigente com as mais recentes exigências do ordenamento mundial, deu-se o surgimento de um novo modelo de controle de constitucionalidade das normas, advindo desses países que apresentam uma forma diferente de se relacionar com a lei constitucional, e com a dinâmica do parlamento com o poder judiciário.

Assim, esse tipo de controle de constitucionalidade, então, é, o hoje conhecido como, "*weak-form judicial review"*, ou controle fraco de constitucionalidade[62], como veremos a seguir.

---

[58] ERDOS, David. Aversive Constitutionalism in Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990), 2007. p. 345.
[59] GARDBAUM, Stephen. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010; UCLA School of Law Research Paper No. 10-04. p. 174.
[60] BRADLEY, Anthony W.; PINELLI, Cesare. Parliamentarism. *In* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. New York: Oxford University Press, 2012. p. 652.
[61] TUSHNET. Op, Cit., 2014. p. 40.
[62] Apesar de adotar a nomenclatura proposta pela doutrina, parece-nos que o termo "controle fraco de constitucionalidade", ou mesmo o termo anglo-saxão "*weak-form judicial review*" transmite a ideia de que se está tratando o modelo estudado de forma pejorativa, devendo talvez a mesma ser reformulada, uma vez que,

2.1 DEFINIÇÃO DE CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ora, o modelo de controle fraco de constitucionalidade assim foi chamado pois a teoria demonstra que o sistema deve ser estruturado de forma a não conceder supremacia ao poder judiciário[63], consequentemente retirando-lhe a força que detém nos modelos clássicos – já anteriormente apresentados –, bem como por trazer a noção de que alguns direitos fundamentais podem ser limitados sem que se conceda às cortes o protagonismo na definição dos critérios de proporcionalidade dessa limitação.

Pelo contrário, de forma diversa, os sistemas de *weak-form* devem conceder – e acabam por institucionalizar – a noção de que cabe ao poder legislativo a capacidade de reagir à atuação jurisdicional de forma célere[64], e por meio desse ato, rever as decisões judiciais, que acreditam de forma razoável estarem erradas, acerca da validade de atos normativos[65], sem prejuízo da concessão às cortes da capacidade de impulsionar a atividade legislativa, por meio de um constante desafio para que essa seja capaz de se superar em qualidade, através dessa interação institucional[66].

Referida competência é importante pois visa enfraquecer o já citado problema da legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes, uma vez que atribui a função de decidir sobre questões constitucionais ao judiciário de forma conjunta com outros atores[67], principalmente com o poder legislativo e, assim, a tal dificuldade *contramajoritária*

---

na realidade, o que se tem na prática é um modelo bastante positivo e democrático de aplicar o controle das normas – como se verá no presente trabalho –, e o epíteto "fraco" advém apenas da retirada de um poder exorbitante do judiciário no que tange ao controle das normas, não estando relacionado, portanto, com a efetividade de referido controle. Assim, parece-nos mais adequado tratá-lo como uma forma de controle colaborativo de constitucionalidade.

[63] TAVARES DA SILVA, Suzana. Direitos Fundamentais na Arena Global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. 2ª edição. p. 21: "Esse modelo ficou conhecido pelo facto de ter instituído formas menos intensas de controlo de constitucionalidade, onde é reservado ao poder legislativo a última palavra para "superar" as declarações de inconstitucionalidade, como acontece no Canadá (a '*notwithstanding clause*' da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*), na Nova Zelândia (o mandato interpretativo do *New Zealand's Bill of Rights*), na Austrália e no Reino Unido (o mandato interpretativo do *British Human Rights Act*). Embora este "novo modelo" não se baseie exclusivamente na 'compressão' do poder judicial, pois ele visa construir uma solução intermedia, a verdade é que acaba por se centrar na distinção entre *judicial review* (controle de constitucionalidade de actos legislativos) e *judicial supremacy* (violação de direitos subjectivos), consoante os casos."

[64] HAREL; SHINAR. Op. Cit. p. 959.

[65] TUSHNET. Op. Cit., 2008. p. 23.

[66] MENDES, Conrado Hubner. Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação, 2008. p. 214.

[67] BATEUP. Op. Cit., p.11

é colocada em cheque[68], uma vez que se permite que o parlamento reaja à atuação jurisdicional, e questione determinadas decisões.

Outrossim, trata-se de uma forma de controle verificada precipuamente em países que adotaram historicamente a supremacia do parlamento, e se pautaram num tipo diverso de constitucionalismo, já mencionado anteriormente, que é o chamado constitucionalismo político.

Dessa maneira, o supracitado novo modelo de controle de constitucionalidade seria uma alternativa que permite a busca de um meio termo entre a supremacia do legislador e o constitucionalismo forte[69], abrindo espaço para que ao mesmo tempo que seja revista a clássica soberania do parlamento, não se viabilize o crescimento exponencial da participação do poder judiciário nas decisões acerca da validade das leis que entram em vigor no ordenamento jurídico. É, portanto, uma busca por uma atitude balanceada dos poderes.

Ou seja, sabe-se que as instituições que formam o governo, portanto, o legislativo, o executivo e o judiciário, cada uma delas tem o seu âmbito de atuação específico e seus objetivos dentro do ordenamento. Porém, é de se entender que tais objetivos se complementam e é ao se possibilitar uma atitude interinstitucional dos mesmos que se pode vislumbrar o alcance da melhor situação possível para a sociedade. Dessa maneira, e por conta disso, o que se pretende é que tais poderes embarquem em uma atuação colaborativa[70] buscando a concreção do interesse público.

Além disso, percebe-se que a adoção desse novo modelo pode fazer surgir uma maior e melhor proteção dos direitos, a partir do momento em que se possibilita a noção de que mesmo com a relativização da soberania do parlamento, não se faz necessária a existência de supremacia do poder judicial[71].

Ademais, insta salientar que não se trata de um sistema uniforme em todos os países que o adotam, podendo-se encontrar diferentes nuances de controle fraco de

---

[68] GARDBAUM. Op. Cit., 2010. p. 173.
[69] GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism, 2001. p. 719.
[70] JOSEPH; PHILIP A. Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise, 2004. p. 335.
[71] GARDBAUM. Op. Cit., 2010. p. 172.

constitucionalidade majoritariamente nos países integrantes da *Commonwealth*[72] – não por acaso, inclusive, muitos estudiosos chamarem esse novo processo de "novo constitucionalismo da *Commonwealth* – que pode ser encontrado em países como Nova Zelândia, Inglaterra e Canadá, que, com exceção do Canadá que acabou por adotar uma carta constitucional rígida, apresentavam constituições não escritas que ensejaram, posteriormente, a criação de atos legislativos ordinários, passíveis de revogação, por meio dos quais puderam positivar a exigência de proteção de determinados direitos fundamentais.

A propósito do Canadá, inclusive, percebe-se que se trata de um país que apesar de ostentar a dinâmica do controle fraco em seu sistema jurídico de fiscalização das normas, é um país que expressou de forma clara a competência das cortes de julgar a constitucionalidade das normas – inclusive com a capacidade de retirar a validade daquelas que considerar incompatíveis com a carta constitucional – e trouxe a própria existência de uma Suprema Corte capaz de agir nesse sentido[73], muito embora – e é aí que se afigura a existência do *weak-form judicial review* – tenha criado mecanismos capazes de relativizar a atuação do poder judiciário no controle da constitucionalidade das normas, por meio da possibilidade de reação do poder legislativo, como veremos mais adiante.

Ainda, é importante frisar que tanto a Inglaterra como a Nova Zelândia e o Canadá são países nos quais historicamente a noção de lei constitucional estava pautada no sistema da *common* law e, portanto, abarcava as decisões judiciais que formam a jurisprudência, bem como as legislações relevantes, as convenções constitucionais, os costumes reiterados ao longo dos anos, os costumes parlamentares[74], etc.

Por conta disso, os dois primeiros, ao adotarem os *bill of rights* supramencionados, não os dotaram de rigidez constitucional, como se viu. Porém, não obstante o fato dessas cartas de direitos fundamentais não possuírem o caráter jurídico de estatuto reforçado, se consubstanciando em leis ordinárias revogáveis por leis posteriores que lhe sejam contrárias, acabaram por ser revestidos desse caráter socialmente e, como consequência, as instituições, portanto, respeitam tal *status*. Até porque, por se tratarem de sistemas pautados na *common*

---

[72] Os países integrantes da *Commonwealth* herdaram da coroa inglesa diversos princípios constitucionais, por conta da sua história semelhante, uma vez que tiveram em comum o fato de serem colônias britânicas, e a adoção de sistemas legais muito parecidos. Cf. OPESKIN. Op. Cit. Part I. p. 611.
[73] BREWER-CARÍAS, A. R. Judicial Reviw in Comparative Law. Great Britain: Cambridge University Press, 1989. p. 179-180.
[74] OPESKIN. Op. Cit. p. 609.

law, apoiam-se tradicionalmente na confiança do público e no consenso social[75]. Sendo assim, mais do que a rigidez dos direitos positivados, importante era que a sociedade, como um todo, confiasse naquele texto como sendo relevante e digno de proteção.

Dessa maneira, tais textos se tornaram espécies de lei-parâmetro reconhecida tanto pelos poderes políticos, quanto pela sociedade civil; e, é ao se revelar essa característica, que se permite falar em uma espécie de controle e revisão das normas com base nesses estatutos.

Com isso, poder-se-ia, dessa forma, comparar a citada aceitação social com a própria questão do direito natural[76], que mesmo desprovido de positivação, seria entendido socialmente como um conjunto de direitos inerentes aos seres humanos, que por serem todos iguais devem respeitar uns aos outros, bem como os direitos de cada um. Ou seja, não é a positivação em si, mas a ideia de direito que prevalece.

Sendo assim, não é demais pontuar que, em que pese referidas leis não sejam impostas para a sociedade como leis de caráter rígido e de difícil mutabilidade, como o são as constituições dos países jurídico-constitucionalistas, o só fato de terem esse reconhecimento social, que advém naturalmente da importância dos direitos nelas contidos, reforça ainda mais a relevância desses atos normativos e demonstra que, em determinadas situações, mais vale uma lei que não seja revestida de rigidez, que entretanto tenha verdadeira aplicabilidade prática dentro da sociedade, do que uma lei imposta com esse caráter, e que não obtenha socialmente os resultados práticos que buscava.

Além disso, apesar de ser comum que se pense ser uma situação que possui apenas duas possibilidades, quais sejam: ou os direitos estão postos e revestidos de uma forte proteção no texto constitucional, ou estão deixados à liberalidade e discricionariedade do legislador; na verdade, há de se notar que a força dos direitos está muito ligada ao nível a partir do qual as provisões legislativas possuem a capacidade de controlar a atividade dos

---

[75] LAWS, John. Judicial Review and the Meaning of Law. *In* Judicial Review and the Constitution. Coord. Christopher Forsyth. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 174.

[76] Para Locke, por exemplo, *in verbis*: "O "estado de Natureza" é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; (...) Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma "hierarquia" que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas." Cf. LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil: *ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*; introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 36.

legisladores, e à facilidade com a qual o legislativo pode mexer e alterar essas provisões[77]. E, a partir dessa ideia, vê-se que a própria importância social concedida aos direitos fundamentais constantes nos *bill of rights* é uma forma de controlar a atividade legislativa, concedendo força e revestindo esses direitos de uma certa proteção, sem que os mesmos precisem ser revestidos de rigidez.

Dito de outra forma, o que se percebe com isso, portanto, é que não é necessariamente a rigidez constitucional que vai garantir aos cidadãos os direitos contidos no texto constitucional, mas na verdade, a consciência pública de que aqueles direitos ali contidos, seja em leis ordinárias ou em cartas constitucionais, devam ser levados a sério e colocados em prática efetivamente.

Dessa feita, de volta ao controle fraco de constitucionalidade propriamente dito, contata-se que o marco inicial de tal modalidade se deu com a promulgação do *Charter of Rights and Freedoms* canadense, em 1981 – fato que será explorado mais detalhadamente adiante – vindo a influenciar, posteriormente, outros países a adotarem sistemas semelhantes[78].

Outrossim, pode-se analisar que o modelo adotado no Canadá acabou por ser responsável pela inauguração dessa nova forma de pensar o controle das normas – como já se falou –, fazendo emergir no cenário mundial um molde de fiscalização das normas que foge dos modelos impostos pelo cenário americano ou austríaco, dando um novo fôlego para a disciplina do controle de constitucionalidade.

Assim, diante disso, a teoria do controle fraco de constitucionalidade ensina que o que se busca não é uma distribuição estática de competências, mas uma interdependência entre os poderes, a partir da qual cada um deles apresenta suas próprias perspectivas – advindas de uma posição de separação, embora haja uma interconexão entre eles[79] – e justificações, capazes de possibilitar a própria modificação de suas ideias e convicções, a fim de alcançar as melhores soluções sobre a validade das leis e da aplicação delas em

---

[77] WEBBER, Jeremy. Institutional Dialogue Between Courts and Legislatures in the Definition of Fundamental Rights: Lessons From Canada (and Elsewhere). *Australian Journal of Human Rights* (9), 2003. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/8.html>. Acesso em 20 de abril de 2015.
[78] TUSHNET. Op. Cit., 2003. p. 2785.
[79] BATEUP. Op. Cit., p. 73.

eventuais casos concretos, com o objetivo de resguardar, tanto quanto possível, a aplicação dos direitos fundamentais.

Ademais, é por meio dessa cooperação entre as instituições que se visualiza a possibilidade de busca por um consenso advindo de uma pluralidade de atores, com o fulcro de retirar do poder judiciário o monopólio da última palavra, conferindo legitimidade ao processo, uma vez que pretende afastar do mencionado poder a supremacia em detrimento dos outros poderes[80]. Busca-se, dessa forma, uma atuação interinstitucional e, portanto, cooperativa e aberta ao diálogo.

Com isso, a existência dessa possibilidade – de permitir a discordância e o próprio debate sobre essa discordância entre os poderes acerca dos direitos fundamentais – é o que torna o controle fraco singular e passível de ser considerado, pelo menos em teoria, uma forma melhor e mais democrática de colocar o controle de constitucionalidade em prática.

Sendo assim, diferente do que ocorre nos sistemas de controle forte, nesse caso, não caberia ao judiciário ditar qual o caminho deve ser seguido para o alcance de uma política pública, por exemplo. Caberia, então, às cortes, reagir à atuação legislativa com o intuito de demonstrar quais caminhos parecem melhores, perante uma análise de proporcionalidade e, a partir disso, justificar essa opinião.

Outrossim, importa salientar que, no que tange à supramencionada questão da análise de proporcionalidade dos limites que são impostos aos direitos – limites esses advindos da atuação legislativa dos parlamentos no âmbito de sistemas de controle fraco de constitucionalidade – tem-se que essa é uma característica muito marcante dos contornos que são dados à atividade judicial no que diz respeito à fiscalização das normas desses sistemas, uma vez que, no mais das vezes, às cortes não cabe a invalidação das mesmas.

Ou seja, tendo em vista que, como na maioria dos casos o poder judiciário não detém a competência de invalidar as normas que entram em vigor no ordenamento – fruto da atividade legislativa e vontade suprema do parlamento –, resta-lhes escrutinar esses atos normativos para, ao menos, sinalizar à legislatura que a mesma pode ter extrapolado os

---

[80] VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida, *Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. p. 11.

limites da proporcionalidade de uma qualquer limitação imposta a determinado(s) direito(s) fundamental(ais).

Por sua vez, ao parlamento caberá, assim, se manifestar em concordância, ou não, sendo o último, portanto, a decidir a controvérsia – ainda que até o próximo desafio da legislação perante às cortes –, levando em conta a proposta do poder judiciário, mas não se submetendo a ela automaticamente[81], quer revendo a lei em questão, quer justificando a discordância da opinião interposta pelo judiciário, demonstrando também pela proporcionalidade o motivo pelo qual aquele ato normativo deve se manter no ordenamento jurídico produzindo efeitos.

Isso porque, em muitos casos, nesses sistemas, o parlamento poderá editar uma lei que, em que pese numa primeira análise pareça não ser a melhor solução, uma vez que infringe determinados direitos individuais, o fará afim de alcançar uma política pública que beneficie a população como um todo.

Ou seja, diante de uma análise de proporcionalidade, aquela lei que de alguma forma parecia carecer de legitimidade e que, portanto, não deveria produzir efeitos no mundo jurídico por infringir determinados direitos fundamentais individuais, será demonstrada pelo parlamento como benéfica, uma vez que se configura como a melhor solução para o caso em tela e para a concreção do interesse geral; por conta disso, não poderia ter seus efeitos e sua validade questionados.

Além disso, o que se vê, outrossim, é que resta configurada como premissa básica do controle fraco de constitucionalidade a necessidade de se admitir a existência de diversas interpretações razoáveis e legítimas acerca da definição e constitucionalidade dos atos normativos e tal é motivo para que se promova a possibilidade de que cada uma dessas interpretações seja propriamente defendida[82].

Não é por acaso, então, que nos países que adotam essa forma de fiscalização, portanto, entende-se que as interpretações advindas dos tribunais não podem ser as únicas a serem levadas em conta, fazendo delas a última palavra acerca do assunto; é preciso

[81] GARDBAUM. Op. Cit., 2010. p. 177.
[82] WEBBER. Op. Cit., 2003.

propiciar, justamente, que os representantes do povo, eleitos pela maioria, possuam a capacidade de responder e fazer valer, também, as suas interpretações.

Dessa feita, o que se entende é que todos os entes do Estado são responsáveis por interpretar a constituição em algum momento, fazendo com que as decisões sejam, de certa forma, provisórias, pois ficam pendentes da reação do outro poder. Bem, assim, ao se propiciar essa possibilidade de atuação conjunta, interinstitucional, permite-se que seja iniciado um debate constitucional acerca de assuntos relevantes e de interesse público.

Dito de outra maneira, o controle de constitucionalidade acaba sendo uma forma de garantir um balanço entre os interesses individuais – defendidos no âmbito judicial – e os interesses do Estado – consubstanciados na vontade do parlamento. E, assim, as cortes podem permanecer como guardiãs dos direitos, sem que seus juízes sejam postos no papel de árbitros supremos das leis[83].

Além disso, o que se percebe, também, é que a adoção de um sistema de controle fraco propicia, ainda, que não haja o engessamento da atividade legislativa, uma vez que, principalmente nos casos em que não há a adoção de cartas constitucionais rígidas, permitem uma atuação mais criativa do poder legislativo, capaz de se conformar e adaptar aos problemas que vão surgindo na sociedade.

Ou seja, trata-se de uma situação bem diferente daquela que se verifica quando há a adoção um texto constitucional rígido[84], como nos sistemas de controle forte, uma vez que referido texto não tem a capacidade de abarcar todos os problemas e nem de oferecer respostas a eles, portanto, posto que tenha sido escrito numa época diferente, sob uma ótica que tentava suprir as necessidades daquele momento constitucional e acabam gerando, com isso, uma atrofia do sistema e de suas instituições.

Diante disso, é no âmbito do controle fraco de constitucionalidade que se verifica um ambiente propício para a aparição dos chamados diálogos institucionais.

---

[83] CAROLAN, Eoin. Op. Cit., p. 240-241.

[84] CANOTILHO, J. J. Gomes. "Brancosos" e Interconstitucionalidade*: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional.* Coimbra: Almedina, 2012. 2ª edição. p. 282-283: "(...) a rigidificação da ideia constitucional corre o risco de lançar o próprio constitucionalismo para o mundo desaparecido de que falava o Professor Konrad Hesse. Em vez de uma ideia dinâmica, capaz de emprestar a agilidade indispensável para compreender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização, insiste-se num modelo estático carecido de respostas à emergência do constitucionalismo da *good governance*."

Referido mecanismo, então, permite que se perceba que há uma complexa relação entre as cortes e as legislaturas, que vai muito além da simples constatação de que o controle de constitucionalidade se restringe a leis promulgadas que podem vir a ser objeto da guilhotina do poder judiciário, quando esse detém o poder de anulá-las[85].

Dessa feita, é por meio dos diálogos que se permite que os sujeitos eleitos democraticamente tenham a capacidade de, como se viu, reagir[86] às decisões judiciais, e, assim, possibilitar uma "conversa" entre os poderes que compõem o ordenamento conferindo maior legitimidade ao processo.

Ademais, importa salientar que não se quer dizer com isso que não haja a possibilidade da existência de algum tipo de diálogo nos sistemas de controle forte de constitucionalidade, mas a verdade é que nessas situações, o próprio diálogo é mais lento e traz resultados a longo prazo.

Para Friedman[87], por exemplo, o controle de constitucionalidade e a interpretação da constituição são resultado de um diálogo entre as cortes e o corpo político, sendo a primeira responsável por sintetizar as visões de várias pessoas diferentes.

Ocorre que, apesar disso, quando se fala em um sistema que pressupõe que a última palavra é dada pelo poder judiciário, e que esse possui uma composição de poucos juízes que ou são vitalícios, ou permanecem por um longo período no cargo, torna-se difícil que se vislumbre uma possibilidade de mudança no posicionamento dos mesmos, ainda que esse posicionamento não esteja de acordo com o que pensa a maioria da sociedade.

Sendo assim, é nesse sentido o que foi proposto por Tushnet[88], quando preleciona que para que as cortes possam se alinhar com o pensamento da maioria, é preciso que haja uma mudança nas suas composições, ou seja, apenas quando seus membros se aposentam ou morrem, e são substituídos por outros, apontados pelo poder político; mas, importante

---

[85] WEBBER. Op. Cit., 2003.

[86] Do termo inglês "to respond", optou-se pela tradução "reagir", uma vez que a atuação do poder legislativo não se afigura, propriamente, como uma resposta, à medida em que o judiciário não faz uma pergunta ao parlamento por meio de sua decisão. O que se vê, em realidade, é que a atuação das cortes, no âmbito do controle fraco de constitucionalidade, provoca uma ação do legislativo, que irá se manifestar em concordância ou não, se afigurando, portanto, muito mais como uma reação à ação do judiciário.

[87] FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, 1993. p. 655. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlr91&start_page=577&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&id=601>. Acesso em 21 de abril de 2016.

[88] TUSHNET. Op. Cit., 2008, p. 34.

que se destaque que, ainda assim, para que isso aconteça, necessário que esses compartilhem das mesmas ideias que aqueles que os colocaram no cargo, e assim aos poucos, com o passar do tempo e com o apontamento de novos juízes poderá se chegar a um momento que se conseguirá mudar o posicionamento da corte como um todo acerca de determinada questão[89].

Entretanto, em contrapartida, existem os diálogos institucionais que podem ser percebidos em países que, como se falou, adotaram algum tipo de controle fraco de constitucionalidade, e, com isso, acabaram por deslocar a última palavra ao poder legislativo, mantendo a legitimidade democrática, mas ainda assim garantindo a possibilidade do poder judicial de se manifestar acerca dos direitos fundamentais[90]. É como veremos a seguir.

2.2 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Primeiramente, importa destacar que os diálogos institucionais, como se pode extrair da própria nomenclatura, se configuram como uma forma de interação entre os poderes, portanto, entre as instituições que fazem parte do Estado.

Cumpre analisar, para os fins do presente trabalho, os diálogos que ocorrem entre as cortes e o poder legislativo acerca das interpretações constitucionais; diálogos esses que, é importante frisar, também são chamados na literatura de "diálogos constitucionais" já que estão relacionados com o intercâmbio de opiniões entre o poder judiciário e o poder legislativo (podendo também ocorrer com o executivo)[91] – portanto, com os poderes políticos do Estado – acerca do significado da constituição e das normas que com ela se relacionam.

O que se percebe, entretanto, é que de maneira ideal, a análise da constituição e dos seus significados deveria decorrer de uma atuação interinstitucional dialética. Assim, a mesma decorreria de um processo colaborativo entre o judiciário e outros atores[92], como é o caso do parlamento.

---

[89] TUSHNET, Mark. Weak-form Judicial Review and "Core" Civil Liberties, 2006. p. 4.
[90] GARDBAUM. Op. Cit., 2010. p. 172.
[91] MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix, Constitucional Dialogue: An Overview. p. 126.
[92] BATEUP. Op. Cit., p.1.

Em razão disso, são diversas as teorias que tentam buscar a melhor forma de garantir essa atuação conjunta, e que abordam a questão dos diálogos institucionais e as várias formas de classificá-los. Porém, não é foco do presente trabalho adentrar nas especificações de referidas teorias, mas tão somente abordá-los de uma maneira mais geral, naquilo que é importante para os fins que pretendemos alcançar[93].

Mas, *mister* destacar, a propósito, que referidas teorias costumam ter um ponto de convergência que diz respeito ao fato de que ambas levam em consideração que não há espaço no diálogo para a ditadura da palavra final, pois não há um poder supremo que possa dizer, em definitivo, o que se deve extrair da constituição ou do significado de direitos fundamentais. Por isso, o processo de interpretação dos direitos deve ser partilhado por diferentes poderes do Estado.

Além do mais, por meio da atuação interinstitucional se vislumbra buscar a instituição que vai oferecer a resposta "mais legítima", ou seja, aquela que apresenta para a sociedade, dentro de um cenário de discordâncias razoáveis entre os poderes, o melhor resultado no que tange ao interesse popular. Assim, com isso, o alcance da resposta mais compatível com a democracia é o que deve prevalecer, independente de qual instituição o ofereceu[94].

Por conta disso, a ideia de diálogo institucional faz surgir uma noção de atuação conjunta que, pautada no intercâmbio de razões, possibilita ao mesmo tempo a interpretação da revisão judicial das normas como algo mais sintonizado com a democracia – já que tomado de forma solitária, o poder judiciário tem, naturalmente, a posição menos democrática entre os poderes – e garante que se possa evitar as críticas de que o controle de constitucionalidade oferece decisões que vêm de cima pra baixo, sendo por isso, pouco populares[95].

Sendo assim, nesse momento, é essencial que se estabeleça de que forma se dá a dinâmica desse diálogo constitucional, propriamente dito. Para isso, utilizaremos a

---

[93] Para uma análise mais aprofundada de diversas classificações dos diálogos institucionais, cf. BATEUP. Op. Cit., 2005.
[94] MENDES. Op. Cit. p. 193.
[95] GARGARELLA, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo Diálogico, Frente al Sistema de Los Frenos y Contrapesos, 2014. p. 3.

configuração proposta por Tushnet[96], que como esse mecanismo pode ocorrer na prática, frisando-se aqui, por oportuno, que o exemplo pressupõe a existência de uma carta constitucional e o poder da corte de invalidar uma norma inconstitucional[97].

Com isso, o diálogo se iniciaria com o primeiro passo dado pelo poder legislativo, no momento em que promulga determinada lei; dessa maneira, caso essa norma seja tida como violadora da lei-parâmetro daquele Estado, ela é desafiada perante uma corte, que, ao identificar de que maneira aquela norma violaria a constituição daquele país, lhe retiraria a validade e, durante esse processo, ofereceria a sua melhor interpretação acerca das provisões constitucionais relevantes; em contrapartida, de posse do posicionamento da corte, o legislativo poderia reagir a ele, tanto reformando o estatuto, e portanto, seguindo as orientações da corte, ou, de forma contrária, mantendo o estatuto da mesma forma que foi promulgado anteriormente, concedendo-lhe validade novamente; e, ao fazer isso, estaria desconsiderando a opinião da corte – essa atitude, é conhecida como uma ação *in-your-face*[98]; por sua vez, poderá ocorrer desse estatuto que agora é válido novamente, ser posto à prova, mais uma vez, perante à corte, que irá analisar se, (a) caso tenha sofrido modificações, elas foram capazes de satisfazer as objeções propostas anteriormente, e, em caso positivo, manter a validade daquele instrumento, ou, em caso negativo, considerar que as alterações não foram suficientes para que aquela norma se conformasse de forma suficiente com o texto constitucional, e, assim, retirar-lhe, novamente, a validade; ou (b) no caso da legislatura ter se utilizado da *in-your-face*, a corte pode entender válida a posição do legislativo de repudiar seu entendimento, e aceitar a interpretação dada pelos legisladores; ou, de forma oposta, se manter firme em sua decisão anterior, e novamente invalidar o estatuto, recomeçando o processo aqui descrito.

---

[96] TUSHNET, Mark. Dialogue and Constitutional Duty. 2012. p. 3-4.

[97] Outrossim, frisa-se que, em que pese a existência dessas características não se aplicarem a todos os países que estruturam seu sistema de controle de constitucionalidade nos moldes do controle fraco ora estudado, é essencial a utilização desse exemplo para demonstrar como uma atuação conjunta entre os poderes pode vir a gerar reações dos mesmos, no âmbito de uma busca constante para a melhor solução acerca da validade e produção de efeitos no ordenamento jurídico de algum determinado ato normativo.

[98] Para Tushnet: "We can understand in-your-face legislation (…) in one of two ways. The statutes may simply be temper tantrums, expressions of disagreement with the policy judgments the legislature imputs to the courts. (…) The second interpretation of in-your-face statutes (…) is that they exemplify weak-form judicial review. On this interpretation, the legislature is offering a reasonable alternative interpretation of the Constitution's meaning, whose reasonableness is demonstrated by the fact that one, two, or even four justices found it a better interpretation of the Constitution than the majority's. But then, the argument would go, why should a reasonable constitutional interpretation offered by five justices prevail over a reasonable constitutional interpretation offered by a legislative majority?" Cf. TUSHNET. Op. Cit., 2008. p. 46.

Ou seja, dessa maneira, tanto as cortes, quanto o poder legislativo podem entrar num jogo que pressupõe que cada um dos poderes exponha sua visão acerca da validade de um determinado estatuto; ou, propriamente, sobre o significado de disposições constitucionais, num diálogo que envolve justificações e apresentações de suas perspectivas, que pretendem não apenas convencer o outro poder de que a sua posição é a mais acertada – embora ambas possam ser consideradas razoáveis – mas ainda permite que cada uma das instituições aprenda a partir das visões da outra, e, com isso, abre-se espaço, inclusive, para a possibilidade de mudança na própria opinião[99].

Sendo assim, o que se vê, portanto, é que, voltando especificamente ao *weak-form judicial review*, percebe-se que referido modelo concede às cortes a possibilidade de explicar fundamentadamente porque considera um estatuto inconstitucional e, a partir disso, deixam ao poder legislativo a opção de reagir a essa explicação[100], que se o fizer, deverá, da mesma forma, justificar fundamentadamente a sua posição.

Com isso, fazem parte do processo de tomada de decisão tanto o poder judiciário quanto atores fora dele, sempre na busca pela melhor solução. Impende destacar, por oportuno que, muitas vezes, esse diálogo ocorre ainda que os seus participantes não se deem conta de que estão fazendo parte desse processo, embora ele aconteça na prática. Ou seja, não é necessário que as instituições queiram fazer parte de um diálogo para que ele ocorra, bastando que uma instituição reaja à decisão da outra – e que tenha mecanismos suficientes para isso.

Dessa feita, interessa trazer à baila o que foi proposto por Tremblay[101], sobre a teoria dos diálogos institucionais, ao afirmar que segundo essa teoria, ambos os poderes buscam o alcance de um balanço entre os princípios constitucionais e as políticas públicas, o que acaba por conferir legitimidade ao controle de constitucionalidade; mas, esse diálogo só ocorre quando ao legislativo é concedida a possibilidade de reagir de alguma maneira à atuação judicial, tanto revertendo, quanto modificando ou "desrespeitando" uma decisão judicial acerca da validade de uma norma.

---

[99] MEUWESE; SNEL. Op. Cit., p. 128.
[100] TUSHNET. Op. Cit., 2006.
[101] TREMBLAY, Luc. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislature. Oxforf: Oxford University Press and New York University School of Law (2005). p. 617-619.

Já na definição de Meuwese e Snel[102], os diálogos institucionais seriam uma sequência de comunicações implícitas ou explícitas entre dois ou mais atores, em que nenhum deles é dominante, e ambos partilham a mesma vontade de melhorar a prática interpretativa, de revisão ou mesmo de escrita e emendas constitucionais.

O que se percebe, então, é que de um ponto de vista dialógico, essa conversa entre as instituições propiciará, além do caráter de legitimidade da atuação das cortes[103], que sejam acrescidas ao processo político diferentes ideias e perspectivas, já que se concede o direito de reação do poder legislativo às decisões constitucionais e, portanto, se atenua a ideia da posição dos juízes em oposição aos corpos políticos eleitos pela maioria[104].

Além disso, dentro de um sistema que preza pelo diálogo, em que não se concede aos juízes a competência de dizer a última palavra, com efeito amplo e final, como nos modelos de controle forte de constitucionalidade e se permite ao legislativo limitar os efeitos da atuação jurisdicional, pode-se vislumbrar uma situação em que não se ameaça a democracia no que concerne à sua relação com o controle de constitucionalidade[105].

Desta feita, o que se pretende é que, ao ser retirada do poder judiciário a competência de dizer a tal última palavra e conceder ao legislativo o poder de reagir à essas decisões judiciais – para que, no âmbito da sua discricionariedade, aceite ou não a interpretação dos estatutos proferidas pelas cortes[106], cabendo, assim, ao parlamento o condão de retirar a validade de uma norma, caso entenda necessário – o ordenamento jurídico permaneça em franca sintonia e respeito pelo modelo democrático que se busca manter.

Ainda, por meio dessa interação dialógica entre os poderes – necessária para que se aceite a possibilidade de uma razoável discordância sobre o sentido e a interpretação das normas – faz com que seja possível a redução da dificuldade *contramajoritária*[107], já que

---

[102] MEUWESE; SNEL. Op. Cit., p. 126.
[103] SCHYFF, Gerhard van der. Judicial Review of Legislation. *A Comparative Study of the United Kingdom, The Netherlands and South Africa*. Netherlands: Springer Netherlands, 2010. p. 57.
[104] BATEUP. Op. Cit., p. 11.
[105] DIXON, Rosalind. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. p. 407.
[106] BATEUP. Op. Cit., p. 73: "(…) the deliberations of the legislature are conveyed through legal argument and where the deliberations of the court are revealed through its judgments. The dialogue subsequently returns to the legislature, which considers if and how to respond to the court's decision."
[107] TUSHNET. Op. Cit., 2014. p. 58.

chama o legislador ao processo interpretativo e decisório, agregando, assim, a vontade da maioria ao processo de interpretação dos direitos.

Ora bem, sabe-se que tanto o poder judiciário quanto o poder legislativo possuem as suas vantagens no processo de interpretação dos direitos e, por isso mesmo, ambos devem ter a chance de expressar suas visões e opiniões para que se possa encontrar a melhor resposta para a situação discutida, por meio de um debate democrático que considera não só as interpretações jurídicas – concedidas pelas cortes – mas também a vontade popular, que deve ser levada em consideração.

Nesse sentido é o pensamento de Webber[108], quando preleciona que tanto as cortes quanto o poder legislativo se preocupam com os direitos, embora de formas diferentes. Assim, tais instituições, por serem díspares, possuem vantagens distintas no processo de definição dos mesmos, uma vez que se perceba que as cortes têm a capacidade de prestar mais atenção a questões individualizadas, de forma isolada do processo político – ainda que relativamente –, enquanto que as legislaturas são mais capazes de lidar com questões policêntricas e de interesses mais difusos.

Além disso, os mecanismos dialógicos permitem que cada um dos poderes ao exercer o seu papel no processo acabe também por provocar a atuação do outro[109]. Essa interação e articulação entre os poderes, portanto, faz com que o exercício das competências de cada um deva ser realizado da melhor forma possível, uma vez que um será submetido ao escrutínio do outro[110]; fato que, por si só, justifica a necessidade do diálogo.

Destarte, como se viu, por conta disso, o diálogo entre as instituições é essencial para garantir uma maior fundamentação das decisões, quer sejam do poder judiciário ou do poder legislativo. Ora, um juiz, por exemplo, que tenha que decidir no âmbito do controle fraco, terá de tentar convencer o poder legislativo de que a sua decisão é a mais adequada ao caso em análise, o que incentiva uma atuação mais séria e comprometida do poder judiciário, uma vez que deverá se utilizar tanto das suas competências comunicativas quanto coercitivas ao máximo[111] para que seja capaz de convencer de que a sua decisão é a mais adequada.

---

[108] WEBBER. Op. Cit., 2003.
[109] VALLE; SILVA. Op. Cit., p. 12.
[110] CARISSIMA, Mathen. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: *A Comment on "Chater Dialogue Revisited".* 45 Osgoode Hall L.J. 125 2007. p. 128.
[111] DIXON. Op. Cit., p. 406.

Em contrapartida, ao poder legislativo, exige-se que seus membros possuam boa retórica argumentativa, para que sejam capazes de fundamentar bem as suas decisões, a fim de que possuam aceitação perante a sociedade. Pois, uma vez que são eleitos por ela – e é por meio da mesma que podem vir a se reeleger ou não –, devem ser capazes de convencê-la de que sua decisão é a melhor, e busca o interesse público, ainda que, em alguns casos, como se falou anteriormente, a mesma seja restritiva de direitos individuais.

Sobre a questão, inclusive, entende-se que quando o poder legislativo optar por uma solução que acabe por se demonstrar restritiva de direitos, o mesmo terá a obrigação de fundamentar sua decisão, pois a questão não pode se legitimar exclusivamente por ser uma decisão que advém da maioria. É o que se depreende das lições de Novais[112], ao prelecionar que: "(...) unicamente argumentos de *razão pública* atinentes à relevância e ao peso da necessidade de prosseguir determinado bem que podem fundamentar a *imunidade* jurídica da eventual cedência do direito decidida politicamente pela maioria".

Além do mais, devem também ser capazes de convencer o próprio poder judiciário, para que esse não venha, futuramente tentar invalidar o mesmo ato normativo, por considerar, por exemplo, que as justificativas não foram suficientes para persuadir acerca da proporcionalidade de eventual restrição e que, por conta disso, não resultaram no melhor cenário para a população.

Assim, o que se verifica é que, com tudo isso, há nesses sistemas a possibilidade do aparecimento de verdadeiro fortalecimento das justificações, importante para conceder legitimidade à atuação dos poderes, que só se consagra em sistemas nos quais se percebe uma maturidade da civilização. É na busca pelo convencimento que se perfaz o diálogo, e para isso, necessário é que se busquem argumentos sérios e bem fundamentados. Ganha, com isso, a sociedade.

Outrossim, o que se busca, portanto, não é tão somente a substituição de uma ideia por outra, de um posicionamento por outro, simplesmente. Uma vez que não se pretende que algum dos poderes se destaque, o que se procura é uma maneira de possibilitar a melhora na qualidade das decisões como um todo, respeitando nesse caminho o processo democrático.

---

[112] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 105.

Assim, deve-se reconhecer que os poderes estatais devem ser capazes de justificar propriamente seus atos, num processo conjunto e colaborativo; e para além disso, o próprio processo de revisão feito pelas cortes é naturalmente um ambiente que deve presar pelas fundamentações, para que se evite a arbitrariedade e se permita aos outros poderes e à sociedade, que entendam como se deu o surgimento daquela decisão.

Com isso, pode-se vislumbrar nos sistemas o aparecimento de uma cultura de justificações[113], que ultrapassa um simples jogo de forças entre as entidades estatais, o que, nas palavras de Mendes[114], faz com que se crie uma espécie de reatividade política que valoriza o bom argumento e, assim, por meio dessa atitude deliberativa, as instituições se desafiam de forma recíproca, ao demonstrar as alternativas que lhes parecem mais propícias aumentando a probabilidade de se atingir respostas mais criativas – mesmo que se assuma a necessidade de tomar decisões provisórias e como tal, imperfeitas, buscando, dentro desse sistema – que não tem como objetivo teleológico a busca por uma palavra derradeira – um constante aperfeiçoamento.

Dessa maneira, tem-se uma atitude que se consubstancia como algo muito mais democrático do que a simples imposição de um poder que detenha a última palavra, quer esse poder seja o poder judiciário, quer seja o poder legislativo.

Sendo assim, podemos, para ilustrar, e trazer para o âmbito do controle de constitucionalidade, nos apropriar da ideia proposta por Carolan[115] quando preleciona que as instituições do governo devem entrar num processo de justificações institucionais – advinda de uma necessidade sistêmica de justificação para possibilitar a cooperação entre os poderes –, de escrutínio e respeito mútuo e, assim, cada instituição será responsável por analisar a posição da outra, entender como a decisão foi tomada, levando em conta que é legítima e visa o bem comum, ainda que seja uma visão incompleta, que deva ser repensada.

---

[113] Mureinik, ao tratar da transição para a democracia na África do Sul, traz uma boa definição da cultura de justificações, *in verbis:* "(...) a culture of justification – a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions, not the fear inspired by the force as it command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion." Cf. MUREINIK, Etienne. A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights, 1994. p. 32.

[114] MENDES. Op. Cit., p. 212-213.

[115] CAROLAN. Op. Cit. p. 188.

Ademais, o que se pode perceber é que a necessidade de conceder justificações não quer dizer que as mesmas devam, necessariamente, ser capazes de convencer a outra parte, mas, na verdade, são importantes à medida em que permitem que as instituições se abram para conhecer visões diferentes, para uma análise crítica de outras opiniões, bem como para a análise de outros pontos de vistas plausíveis que podem ser levados em consideração no processo de tomada de decisão.

Assim, para Carolan[116], o objetivo principal do diálogo entre as instituições é justamente o de garantir que o poder estatal seja exercido a partir da tomada de conhecimento de todas as informações relevantes e todos os argumentos que perpassam a situação pela qual se deve decidir. Ou seja, busca-se, por meio desse mecanismo, melhorar a qualidade das decisões através do envolvimento de diferentes instituições com aptidões diversas.

Ademais, referido diálogo ao permitir a convocação, deslocamento[117] e cooperação dos dois universos: político e jurídico – sem que nenhum se reverta de poder excessivo, portanto[118], agrega legitimidade, também, ao propiciar um amplo debate[119] e a participação de diversas entidades nas discussões. Com isso, o sistema se torna capaz de envolver a população nos debates – ainda que por meio de seus representantes – de maneira mais frequente se comparado à verificação da existência de dois polos completamente apartados, como é o caso dos sistemas de controle forte.

O que nos faz ratificar, com isso, que a participação do poder legislativo na tomada das decisões acerca da validade dos atos normativos é essencial, uma vez que o ambiente político é aquele que se demonstra mais propício para a discussão acerca das questões de interesse coletivo[120].

---

[116] Idem. p. 199-203.

[117] Um exemplo do deslocamento ora citado poder ser verificado na *Section* 33 do *Charter of* Rights canadense, que será explorada mais adiante, mas que já adiantamos, quando alarga o âmbito de interpretação das normas, ao permitir que essa competência seja exercida pelo parlamento. Cf. BATEUP. A. Op. Cit., p. 13: "One of the most notable features of the Canadian Charter is the "override" or "notwithstanding" provision contained in section 33, which grants power to the Canadian legislatures at both the provincial and federal levels to deviate from or displace most judicial interpretations of Charter rights. The negotiators of the Charter considered that this provision would overcome the democratic deficit of judicial review, as it provides a "constitutional escape valve" which legislatures can use to "correct" decisions of the courts with which they disagree."

[118] GARDBAUM. Op. Cit., 2010. p 171.

[119] VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. Diálogo Institucional Democracia e Estado de Direito: O Debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional na Interpretação da Constituição. p. 151.

[120] CAROLAN. Op. Cit., p. 250.

Diante dessas informações, pode-se concluir que essa relação entre os poderes é essencial à medida em que permite que o judiciário seja parte do processo decisório, ao ter a capacidade se manifestar acerca de determinados direitos, porém sem que se reverta de um poder excessivo de dizer a última palavra; ao mesmo tempo que garante que seja considerada a interpretação dos mesmos direitos pelo parlamento, a quem, de fato, cabe a análise de dos mesmos no contexto da implementação das políticas públicas e dos limites a determinados direitos em favor da maioria[121].

Com isso, haverá casos, portanto, em que o poder legislativo terá justificativas plausíveis para limitar os direitos fundamentais para o melhor interesse da sociedade e da concretização das políticas que busca implementar e, por conta disso, demonstra-se importante garantir e propiciar a participação do mesmo no controle das normas, bem como a necessidade de uma maior flexibilização na aplicação das leis frente às normas constitucionais.

Outrossim, o diálogo permite que a corte, ao considerar uma lei incompatível com a constituição, se manifeste no sentido de demonstrar como seus membros pensam que a lei deveria ser editada para estar compatível com os direitos fundamentais estabelecidos em cartas como os *bill of rights* – de países que não possuem a figura da supremacia constitucional – ou de direitos constitucionais, propriamente ditos.

Sobre tais sistemas, inclusive, *mister* salientar que, como em grande parte desses a adoção do sistema jurídico se perfez na *common law*, o aparecimento do diálogo entre as instituições legislativa e judiciária foi mais profícuo, uma vez que a própria noção de que as decisões das cortes são baseadas nos casos concretos que lhe são propostos, acaba permitindo que, diante de casos diferentes, os mesmos estatutos sejam aplicados de maneira distinta, baseado nos contextos fáticos também distintos; dessa forma, abre-se mais espaço para o diálogo do que em sistemas nos quais a decisão da corte em caráter abstrato não tem a capacidade de individualizar os resultados e as interpretações acerca das provisões normativas[122].

Além disso, nos modelos dialógicos, os representantes do povo, que compõem o poder legislativo, portanto, podem ter uma espécie de guia da maneira que as leis são aceitas

---

[121] BATEUP. Op. Cit., p. 52.
[122] MONAHAN, Patrick J. The Supreme Court of Canada in the 21st Century. p. 391.

pelo poder judiciário, além de agregar uma visão jurídica sobre o assunto, que poderiam não ter alcançado anteriormente; porém sem excluir a possibilidade de, diante desse debate, o parlamento insistir na própria interpretação mantendo a legislação como já se encontrava anteriormente. Privilegia-se, assim, a democracia[123].

Com isso, de posse das informações acerca do controle fraco de constitucionalidade e os diálogos institucionais que surgem nesse contexto, importante que se parta, nesse momento, para uma análise de alguns modelos de controle de constitucionalidade fraco, para que se entenda como surgiram, e como, na prática, propiciam o aparecimento de referidos diálogos a fim de alcançar os melhores resultados nas decisões constitucionais e de direitos fundamentais.

[123] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiência no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. p. 59.

3. SISTEMAS JURÍDICOS DE CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE: NOVA ZELÂNDIA, INGLATERRA E CANADÁ.

Feitas as considerações acerca do tipo fraco de controle de constitucionalidade e sobre os diálogos institucionais, o que se percebe é que referido modelo, em contraponto com a forma forte, ainda é bem menos frequente nos ordenamentos jurídicos pelo mundo.

Dessa feita, cumpre trazer para análise alguns casos de países que adotaram o sistema de controle de constitucionalidade em sua vertente mais suave, para que se possa demonstrar de que forma se dá a procedimentalização dos diálogos institucionais nesses ordenamentos, com o fim de demonstrar quais as inovações e vantagens trazidas por esses sistemas que prezam por uma atitude colaborativa entre os poderes que compõem o ordenamento, na busca por um maior balanço institucional.

Nesse momento, importante frisar que dentre os países que adotam referida forma de controle, optamos por abordar os sistemas encontrados na Nova Zelândia, Inglaterra e Canadá, uma vez que, se pudéssemos traçar uma linha que representasse em um extremo a forma mais fraca de controle, e no outro, a forma mais forte, teríamos os três sistemas postos entre os dois extremos, sendo que o encontrado na Nova Zelândia estaria mais próximo do primeiro extremo – forma mais fraca –, o da Inglaterra ao centro, e o do Canadá mais próximo do extremo oposto, em que pese ainda se caracterizar como um tipo de controle fraco.

Com isso, poder-se-á fazer um estudo que demonstra que há diversas maneiras de conceber o controle fraco de constitucionalidade, cada uma mais adequada à realidade na qual está inserida, utilizando-se das nuances desse tipo de controle que mais lhe sejam úteis; mas que, de um modo geral, se traduzem numa forma mais democrática de pensar o controle de constitucionalidade, uma vez que dão voz ao legislativo no processo de decisão acerca do conteúdo e interpretação dos direitos fundamentais.

Assim, partiremos, então, para a análise dos supramencionados sistemas, na ordem que foi proposta acima. Começando, portanto, pela Nova Zelândia.

3.1 NOVA ZELÂNDIA

Ab initio, cumpre salientar que a Nova Zelândia, como colônia inglesa, adotou diversas características do modelo de *Westminster*; tendo estruturado, por conta disso, desde sempre, os moldes do seu sistema como de um país que se utiliza da *common law*; e que, acima de tudo, tem na supremacia do parlamento o seu mais importante princípio.

Assim, o que se observa, portanto, é que se trata de um dos poucos países do mundo que não adotam uma constituição escrita e, por conta disso, consequentemente, nunca se vislumbrou a existência de um ambiente propício para o surgimento de algum tipo de controle de constitucionalidade.

Além disso, o parlamento sempre foi tido como a fonte última para a concretização dos direitos, devendo as cortes, portanto, apenas seguir o que fora proposto por aquele poder, mesmo que para isso, ao fazê-lo, devesse passar por cima de princípios e regras advindos da *common law*, que teriam sido desenvolvidos no âmbito do poder judiciário[124].

Entretanto, mais recentemente, surgiu a necessidade de um rearranjo institucional no país, para que se pudesse superar as mazelas de um governo de características autoritárias – governo de Muldoon – que, como tal, abusava dos limites para a sua atuação, e deu origem a experiências políticas controversas[125].

Dessa maneira, para contornar a situação supramencionada, começaram a surgir propostas de adoção de uma carta de direitos fundamentais que pudesse ajudar a prevenir a reincidência de um Estado autoritário como aquele[126], bem como impusesse certos limites aos poderes do governo[127].

Todavia, em que pese a existência de tal premente necessidade e do surgimento de uma corrente que entendia imperativa a criação de uma carta constitucional rígida – da qual Palmer[128] era o principal incentivador –, a tradição neozelandesa falou mais alto, e o público, bem como a maioria do parlamento foi contrário à tal ideia, uma vez que acreditavam que a

---

[124] BUTLER, Petra. Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand, 2004. p. 345.
[125] ERDOS, David. Op. Cit. p. 369.
[126] HIEBERT, Janet. Parliamentary Bills of Rights: *The Experience of New Zealand and the United Kingdom.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 34.
[127] Idem.
[128] Cf., *v.g*: PALMER, Geoffrey. New Zealand's Constitution in Crisis. Dunedin: McIndoe, 1992; PALMER, Geoffrey. A Bill of Rights for New Zealand? *In* K.J. Keith (ed.), Essays on Human Rights. Wellington: Sweet & Maxwell Ltd., 1968.

criação de uma constituição nesses moldes traria uma redistribuição dos poderes, concedendo excessivo poder ao judiciário, que não possuía responsabilidade direta com a sociedade, na medida em que seus membros não eram eleitos, mas sim indicados[129].

Para além disso, sabe-se que a população neozelandesa possui culturalmente a tradição de acreditar na instituição parlamentar como a mais apropriada para lidar com os direitos, uma vez que, ao confiar em referida instituição, não a consideram capaz de ameaçar os direitos fundamentais, o que faz com que aceitem a supremacia do parlamento como a melhor forma de garantir a concreção dos direitos humanos[130].

Sendo assim, fazia-se *mister* que a existência e a criação de um *bill of rights* neozelandês se revertesse da característica de um estatuto cujas disposições fossem garantidas pelo poder legislativo; portanto, que se tratasse de uma carta considerada como um *parlamentary bill of rights,* de acordo com a tradição principiológica de *Westminster*; e, consequentemente, não poderia ser um texto que permitisse a criação pelo poder judiciário de remédios que visassem reparar violações de direitos, ou que concedesse ao judiciário a capacidade de criar provisões que não houvessem sido previstas pelo poder legislativo[131] e, muito menos uma que possibilitasse às cortes a invalidação de normas advindas daquele poder.

Dito de outra maneira, o que se pretendia era que não fosse criada uma lei suprema, hierarquicamente superior às demais, portanto, que dotasse as cortes de tamanho poder que ameaçasse a tradição de soberania parlamentar herdada do Reino Unido, nos moldes do princípio constitucional maior do país que, como se falou, consubstancia-se na proteção da supremacia do parlamento.

Deu-se, assim, a criação do *New Zealand Bill of Rights Act* – NZBORA, como veremos mais detalhadamente a seguir, capaz de introduzir no país uma espécie de controle fraco de constitucionalidade.

---

[129] BUTLER. Op. Cit. p. 346.
[130] Idem. p. 347.
[131] HIEBERT. Op. Cit., p. 35-36; 45.

3.1.1 The New Zealand Bill of Rights Act, o Mandado Interpretativo e a Declaração de Inconsistência

Por conta da necessidade supramencionada da criação de uma carta de direitos que tivesse o condão de, de alguma maneira, limitar a atuação do Estado, sem que fosse ameaçada a soberania parlamentar, foi promulgado na Nova Zelândia o chamado *New Zealand Bill of Rights Act*, que entrou em vigor no país no ano de 1990, e se materializou em um documento de caráter muito mais político do que jurídico, propriamente dito.

Assim, tal carta de direitos se consubstanciou em uma das mais importantes diretrizes para o Governo, definindo, assim, que tipos de leis, a partir da sua existência, poderiam ser criadas, para que estivessem de acordo com o *bill of rights*; e, mesmo, que tipo de atitudes governamentais poderiam ser tomadas com o intuito de respeitar os direitos ali garantidos[132].

Ademais, importante, salientar que, além do referido texto normativo, no ano de 1993 entrou em vigor o *Human Rights Act* neozelandês com o intuito de positivar determinadas provisões que abordam especificamente questões acerca de discriminação[133].

Tal compilação se deu com o objetivo de aumentar a proteção dos direitos humanos, em consonância com o proposto pelo pacto das Nações Unidas e as convenções de direitos humanos; e, como se verá adiante, é importante porque traz consigo – após a criação de uma emenda no ano de 2001 – uma possibilidade de declaração pelos juízes que corrobora a afirmação de existência de controle de constitucionalidade no país.

Sendo assim, a partir dessas ideias e da garantia da proteção de referido princípio da soberania parlamentar, optou-se por criar um *bill of rights* cujas disposições não se revestem de qualquer rigidez. Ou seja, trata-se de uma carta de direitos fundamentais bastante flexível, à medida em que suas disposições são passíveis de revogação por simples maioria de votos da única câmara parlamentar da Nova Zelândia[134], bem assim, por qualquer lei posterior que lhe seja contrária.

Entretanto, apesar de tal flexibilidade, o que se buscava era que, por meio da promulgação dessa carta de direitos, fosse criada uma espécie de valor moral capaz de

---

[132] PALMER, Geoffrey. A Bill of Rights for New Zealand: A White Paper, 1985. p. 3.
[133] HIEBERT. Op. Cit. p. 64.
[134] ERDOS. Op. Cit. p. 358.

“educar”, de certa forma, os cidadãos do país acerca dos direitos humanos[135], desde que, obviamente, esses direitos fossem garantidos prioritariamente pelo poder legislativo.

Além disso, percebe-se que, embora a flexibilidade do texto seja uma realidade, o simples fato de conter disposições que abordam direitos tão importantes – cuja importância é reconhecida socialmente – o texto acaba por adquirir um caráter de estatuto reforçado, como já se explicou anteriormente. Tanto assim que não se vislumbra nenhum partido político que deliberadamente proponha a criação de atos normativos que o contrariem[136].

O que se percebe com isso, portanto, é que embora na teoria o poder do parlamento seja ilimitado, a prática demonstra que a própria existência do NZBORA se traduz como uma forma de limitação à atuação legislativa, uma vez que estabelece as diretrizes por meio das quais as leis que lhe são posteriores devem entrar no ordenamento jurídico e tais diretrizes são respeitadas pelo poder legislativo, semelhante ao que ocorre nos países que positivaram um texto constitucional rígido.

Ademais, o que se constata no sistema neozelandês é que a característica de ter uma constituição não escrita é muito importante para a cultura do país, de tal forma que esse fato, e a flexibilidade das normas constitucionais que o acompanha, se tornaram tão arraigados na cultura da sociedade que se pode mesmo afirmar se tratar de uma das normas fundamentais da constituição neozelandesa[137]; o que acaba por justificar a relutância do parlamento em criar qualquer ato normativo que se reverta de rigidez.

Outrossim, referida constituição, não é demais mencionar, se consubstancia em leis, decisões das cortes, costumes, etc. Ou seja, tudo aquilo que reflete a cultura jurídica do país, bem como as disposições que visam a organização do Estado, como um todo.

Diante dessa situação, a partir da promulgação, tanto do NZBORA quanto do *Human Rights Act* é que se pôde verificar na Nova Zelândia a existência de algumas nuances do controle de constitucionalidade, uma vez que pela primeira vez poderia se vislumbrar a positivação de determinados direitos fundamentais, que fizeram com que o NZBORA se

---

[135] BUTLER. Op, Cit. p. 346.
[136] ERDOS. Op. Cit. p. 358.
[137] PALMER, Matthew S R. New Zealand Constitutional Culture, 2007. p. 596.

tornasse uma espécie de lei-parâmetro para as legislações posteriores; fato que possibilitou o surgimento de uma atuação do poder judiciário, portanto, no controle dessas normas.

Entretanto, não obstante a existência dessa nova realidade, em respeito à vontade popular de que o judiciário não poderia ganhar força em detrimento da supremacia do parlamento, três características muito marcantes desse sistema foram acrescentadas nas *sections* 4, 5 e 6 do texto em questão, que ratificam a existência de um controle *weak-form* no país.

Primeiramente, não foi concedida às cortes a possibilidade de declarar quaisquer atos legislativos emanados pelo parlamento como inconsistentes com o NZBORA (a não ser nos casos de discriminação, como será abordado mais adiante); mais do que isso, foi expressamente proibida tal competência, pelo o que foi previsto na *section* 4 do citado *bill of rights*, que proíbe que as cortes retirem a validade ou deixem de aplicar quaisquer atos normativos que considerarem em conflito com o NZBORA.

Depois, a *section* 5 previu que ao parlamento caberá a possibilidade de limitar determinados direitos, ainda que fundamentais, caso essa limitação seja justificável e respeite os princípios de proporcionalidade, afim de garantir que a maioria da população seja beneficiada; ou seja, visa garantir que os benefícios práticos para a sociedade se sobreponham ao prejuízo ao direito ou liberdade individual em análise.

Para além disso, o NZBORA, na *section* 6, estipulou que as cortes deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes no *bill of rights*. Ou seja, trata-se de uma carta de direitos bastante interpretativa, que busca reforçar por meio do judiciário a vontade do parlamento[138].

Dessa feita, o que se percebe, portanto, é que dentro do sistema neozelandês, o judiciário não tem espaço para uma atuação criativa, devendo se conformar com aquilo que advém da vontade do legislador. E, como se trata de uma cultura política bastante arraigada na sociedade – a que privilegia a vontade do legislador como vontade soberana – o judiciário aceita essa competência limitada que lhe foi atribuída[139].

---

[138] HIEBERT. Op. Cit. p. 61.
[139] Idem. p. 62.

Porém, apesar de se revelar essa característica, pode-se falar na existência de uma espécie de controle de constitucionalidade a partir do momento em que se vislumbra na atuação das cortes a capacidade de dar à legislação em análise uma interpretação que seja condizente com os princípios fundamentais previstos no NZBORA – esse que também acaba por traduzir a vontade do legislador – e, assim, protegendo tanto os direitos quanto o próprio estatuto.

Nesse sentido, portanto, que Gardbaum nos traz a ideia de que o parlamento acaba, dessa forma, tendo sua atuação relativamente limitada, uma vez que acaba por ter que lidar com um certo custo político perante à sociedade – diante da previsão imposta pela *section* 6 –, quando esse editar normas que visivelmente violem direitos protegidos pela carta de direitos fundamentais e que as cortes não sejam capazes de conceder interpretação consistente com os mesmos[140].

Assim, no que tange ao controle por via judicial dessas normas que entram no ordenamento e se pretende que estejam em consonância com o NZBORA, importante ratificar que o sistema neozelandês de controle é o que apresenta a forma mais fraca dentre os países que adotam a *weak-form*, isso porque o só fato de um estatuto ser considerado pelo poder judiciário como em desrespeito ao que foi previsto no BORA, não lhe confere o direito de invalidá-lo[141], pois a própria carta de direitos o impede de agir dessa maneira, como se viu.

Insta destacar, por oportuno, que o *bill of rights* neozelandês, tornou-se fonte de inspiração para a criação do *Human Rights Act* da Inglaterra[142]. Entretanto, nesse país, foi prevista uma forma de atuação do judiciário que a Nova Zelândia não abarcou em seu NZBORA, qual seja: de dotar o juiz de competência para expressar formalmente – embora sem caráter vinculativo – o entendimento de que um estatuto contraria o *bill of rights*, como se verá melhor mais adiante.

Desta feita, o controle das normas na Nova Zelândia se dá da seguinte forma: diante de um ato normativo que está a ser desafiado perante à corte, os juízes deverão analisar se o

---

[140] GARDBAUM. Op. Cit., 2001. p. 729.
[141] SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2008. p. 36.
[142] GEIRINGER, Claudia. On A Road To Nowhere: Implied Declarations Of Inconsistency And The New Zealand Bill Of Rights Act, 2009. p. 615.

mesmo pode ser dotado de um significado que esteja de acordo com o *bill of rights*[143]*;* e, ao encontrarem a interpretação adequada, a utilizarão para que se preze pela validade daquele ato que é expressão da vontade soberana do legislador.

Ou seja, fá-lo-ão por meio do uso das "ferramentas interpretativas" e buscarão a interpretação que dote aquele ato normativo do caráter mais protetivo de direito que podem vislumbrar – e, portanto, consequentemente, o revestirão com uma interpretação que seja capaz de restringir o mínimo possível, ou não restringir, o direito em questão.

Agindo dessa forma, protegerão o estatuto, que permanecerá tendo validade, dentro dos limites dessa interpretação adotada – que será aquela que garanta que o ato normativo esteja de acordo, na visão da corte, com o *bill of rights*; e justificarão propriamente a sua atitude, afim de ser capaz de convencer o parlamento de que sua opinião é acertada.

Sendo assim, como se pode ver, é justamente por meio dessa exigência interpretativa, portanto, que se verifica umas das formas de atuação da corte no controle de constitucionalidade na Nova Zelândia.

Porém, como no tipo fraco de controle de constitucionalidade se permite que haja diferentes interpretações acerca do mesmo ato normativo e se assume que ambas sejam razoáveis; em certas situações se deparará com os juízes, por exemplo, entendendo o ato normativo como restritivo de direito, e o poder legislativo o entenderá como sendo protetivo de direito – ou até mesmo poderá considerá-lo como restritivo, porém advindo de uma necessidade de implementar uma política com essa característica.

Dessa feita, nesses casos, o uso das ferramentas tradicionais de interpretação – por meio das quais os juízes farão uma análise histórica do estatuto, para entender o que originou o seu surgimento, quais os seus propósitos, as suas relações com outros atos normativos, etc.[144] – não serão suficientes para resolver o problema.

Assim, como consequência disso, a corte poderá conceder, no uso do que se convencionou chamar de mandado interpretativo[145], uma interpretação que acredite estar em

---

[143] Conduta essa que está prevista na já citada *section* 6 do *New Zealand Bill of Rights Act*.
[144] TUSHNET. Op. Cit., 2008, p. 25.
[145] Idem: "(…) The act specifically bars the courts from invoking its substantive provisions to hold that some statute has been repealed or is otherwise invalid, or to refuse to enforce the statute on the ground that the statute violates the act's substantive provisions. Rather, the act is an *interpretive mandate*."

consonância com o BORA, mesmo que referida interpretação, na prática, se distancie bastante daquilo que está posto – e que representa a intenção do legislador – na norma em questão.

Quando isso acontecer, poderá o legislativo não concordar com a posição adotada pela corte, acreditando que a mesma se utilizou de uma interpretação errônea, que acabará por impedir o parlamento de agir no sentido de buscar a concretização de políticas públicas que considera necessárias e que não se opõem aos direitos em análise – que tenham sido interpretados de forma incorreta.

Com isso, diante de uma situação como essa, poderá o poder legislativo se sobrepor à decisão judicial, superando-a por meio da reedição da norma considerada restritiva de direito pelos juízes[146], editando uma espécie de estatuto *in-your-face*.

Assim, o que se percebe é que, no caso, ao parlamento caberá a faculdade de reeditar a norma, e, dessa forma, terá alguns caminhos possíveis. Por exemplo, poderá fazer com que o ato normativo que está sendo discutido permaneça no ordenamento da mesma forma que havia entrado em vigor antes, permitindo que prevaleça o próprio entendimento – e com isso, passando por cima do entendimento da corte; ou ainda, poderá reeditá-lo apontando, dessa vez, especificamente qual a interpretação que deve ser seguida quando aquele ato normativo for colocado em prática – podendo ser a sua própria interpretação, ou aquela que foi conferida pelos juízes.

Dessa maneira, resta demonstrado que mesmo em se tratando da forma mais fraca de controle de constitucionalidade, as cortes são revestidas de importância[147], à medida em que

---

[146] Idem. p. 27.

[147] DIXON, Rosalind. Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism. p. 9: "In New Zealand, between 1990 and 2005 there were only 13 cases in which New Zealand courts found some form of inconsistency between the NZBOR and specific legislation, and in only one of these, *Refugee Council of New Zealand Inc v. Attorney-General*, was the response of the New Zealand Parliament to attempt to override even part of the effect of a court decision. After a subsequent successful appeal by the New Zealand government, this was also a case in which the New Zealand courts themselves narrowed their interpretation of the right at stake, so that there was little ultimate conflict between the courts and parliament. Out of the remaining 12 cases, there were two instances where Parliament responded with a highly "compliant" form of legislative amendment; and 10 where Parliament did not respond in any way, and thus simply deferred to courts' existing interpretation of a statute based on the NZBOR. During this period, therefore, there was no instance in which Parliament sought, either by way of amendment, express or implied repeal or non-implementation, to make use of its formal power of legislative override."

acabam forçando determinadas ações legislativas, por meio do diálogo institucional que ocorre, como demonstrado.

Sendo assim, pode-se chegar a essa conclusão de que as cortes tem a capacidade de influenciar nas decisões legislativas à medida em que se visualiza que, quando uma decisão judicial é acessada pelo povo – mais especificamente pelo indivíduo afetado por aquela decisão – a ele será difícil compreender que o juiz tenha lhe concedido um direito que futuramente será negado pelo legislativo, eleito para representar a população[148]; o que faz com que a legislatura precise agir, em certos casos – se achar que deve –, para favorecer o direito que foi concedido pela corte – volta-se, aqui, à questão do custo político que fora comentado anteriormente.

Quando isso acontecer, então, e o legislativo entender por agir de forma diversa daquela indicada pela corte, caberá a referido poder se utilizar, como se falou, de boas justificações e fundamentações que convençam a população de que a sua atitude, ainda que contrária à da corte – e, portanto, contrária ao direito individual que está em jogo – é a melhor para a situação em concreto e para a população de um modo geral. Fortalece-se com isso o diálogo, e a democracia.

Por outro lado, existe uma outra forma de pensar o controle de constitucionalidade na Nova Zelândia; bem como o diálogo entre as instituições. Trata-se do que foi previsto no ano 2001, quando o parlamento neozelandês emendou o *Human Rights Act* 1993, e concedeu ao *Human Rights Review Tribunal* a possibilidade de proferir decisões que expressem formalmente a chamada declaração de inconsistência[149] (*declaration of inconsistency*).

Entretanto, tal declaração apenas poderá ser formalizada nos casos em que pelo menos a maioria da corte constatar que determinado ato normativo esteja em desacordo, especificamente, com a *section* 19 no NZBORA, ou seja, quando a legislação afetar diretamente o direito de liberdade contra qualquer tipo de discriminação ilegal[150].

---

[148] TUSHNET. Op. Cit., 2008, p. 27.
[149] É o que consta da Sessão 92J do Human Rights Act 1993, *in verbis*: "92J Remedy for enactments in breach of Part 1A; (1) If, in proceedings before the Human Rights Review Tribunal, the Tribunal finds that an enactment is in breach of Part 1A, the only remedy that the Tribunal may grant is the declaration referred to in subsection (2); (2) The declaration that may be granted by the Tribunal, if subsection (1) applies, is a declaration that the enactment that is the subject of the finding is inconsistent with the right to freedom from discrimination affirmed by section 19 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990.
[150] GEIRINGER. Op. Cit. p. 620.

Dessa forma, importa destacar que se depreende do próprio *Human Rights Act* 1993, em seu artigo 20L, que para que um ato seja considerado inconsistente com a *section* 19 supracitada, necessário é que não apenas seja capaz de limitar os direitos de não sofrer qualquer tipo de discriminação, mas que, além disso, em havendo essa limitação, que a mesma seja injustificada e desproporcional, seguindo a própria regra da *section* 5 do NZBORA – já comentada anteriormente – em franca consonância com os modelos de controle fraco de constitucionalidade ora estudados, adotantes da supremacia do parlamento.

Outrossim, constata-se que por meio desse remédio acrescentado pelo *Human Rights Amendment Act* 2001, que foi responsável pela emenda ao HRA 1993, supracitada, pôde-se desenvolver uma forma de conceder ao judiciário a capacidade de dar respostas à certas violações de direitos humanos advindas de legislações emanadas pelo parlamento, que foi aceita pelo Governo neozelandês[151], tipicamente avesso à grandes intromissões do poder judiciário nas políticas desenvolvidas pelo poder legislativo.

Sendo assim, o que se percebe é que essa criação do parlamento acabou por possibilitar o surgimento de mais uma forma de manifestação do controle de constitucionalidade na Nova Zelândia, uma vez que permitiu a atuação do poder judiciário – ainda que limitado a questões de discriminação – na fiscalização das leis que entram em vigor, tendo como parâmetro a *section* 19 do NZBORA.

Sobre a situação ora trabalhada, importante trazer à baila o caso *Howard v. Attorney-General*[152], de 2008, que pela primeira vez analisou o mérito de um pedido acerca de um ato considerado discriminatório por parte do governo neozelandês, que poderia gerar – e gerou – a formalização de uma declaração de inconsistência por parte do poder judiciário.

Assim, em resumo, o caso girava em torno da alegação feita por parte de um cidadão neozelandês de que violavam o direito de liberdade de não ser discriminado os artigos que estipulavam que a partir dos 65 anos os cidadãos não teriam mais direito à reabilitação

---

[151] BUTLER. Op. Cit., p. 11.

[152] Disponível em: <http://www.justice.govt.nz/policy/constitutional-law-and-human-rights/human-rights/domestic-human-rights-protection/human-rights-act-1993/reports-government-responses-to-declarations-of-inconsistency-made-by-the-human-rights-review-tribunal/reports-government-responses-to-declarations-of-inconsistency-made-by-the-human-rights-review-tribunal/Howard-v-Attorney-General-15-May-2008.pdf>.

vocacional em caso de acidente de trabalho, afetando, assim, a *section* 19 do *New Zealand Bill of Rights Act.*

Dessa feita, a discriminação estaria ligada à idade, tipificada na *section* 21(1)(i) do *Human Rights Act* 1993, e segundo o autor do pedido, não havia nenhuma justificativa razoável em uma sociedade livre e democrática para a existência de referida discriminação, já que se levava em conta um critério objetivo, qual seja, o da idade, sem considerar os méritos individuais de cada pessoa. Com isso, pedia, então, que o *Human Rights Review Tribunal* concedesse uma declaração de inconsistência diante do caso em análise.

Outrossim, frente ao caso em comento, a corte se pronunciou no sentido de que ao analisar as questões relativas à discriminação por parte do Estado, deveria sempre analisar não apenas a existência de alguma limitação de direitos, mas, em respeito à *section* 5 do NZBORA, se essa limitação é de alguma forma justificável; e definiu que ao Estado caberia o ônus de provar a proporcionalidade dessa eventual limitação do direito de liberdade de não ser discriminado injustificadamente.

Ademais, frente às alegações do Estado de que para que se pudesse falar em discriminação, deveria ser provada a existência de uma discriminação substantiva, demonstrando as desvantagens individuais, bem como aquelas sociais, políticas e dentro de um contexto legal advindas dessa discriminação, o tribunal pontuou que não seria realista acreditar que não havia desvantagem quando estava claro que os menores de 65 anos possuíam um direito que não era garantido para aqueles com idade maior ou igual a essa.

Por fim, a corte se pronunciou no sentido de afirmar que não foi convencida da proporcionalidade e justificação da limitação desse direito de liberdade contra discriminação; e, declarou que os artigos em debate eram inconsistentes com o a *section* 19 do NZBORA, no exercício de uma forma de controle de constitucionalidade possível na Nova Zelândia.

É claro, que, como já se falou acerca dos modelos de controle fraco, esse tipo de declaração não tem a capacidade de vincular o poder legislativo, mas garante a possibilidade de iniciar com o parlamento um diálogo acerca do assunto e ao cidadão que conquistar esse

tipo de resposta por parte do judiciário, uma declaração que poderá servir para pressionar a legislatura a mudar sua opinião, e rever a lei em questão[153].

Dessa feita, acredita-se ter restado demonstrado que, em que pese ainda de forma bastante incipiente, hoje em dia já se pode vislumbrar na Nova Zelândia a existência de um controle fraco de constitucionalidade, que tem seu valor, à medida em que o poder judiciário não é revestido de tamanho poder ao ponto de proferir a última palavra em matéria constitucional.

Com isso, o poder legislativo, democraticamente eleito, permanece com a capacidade de defender seus pontos de vista acerca das políticas públicas que surgem por parte dos seus atos normativos, inclusive tendo a capacidade de limitar proporcionalmente determinados direitos – desde que aja no sentido de justificar propriamente tais condutas – e às cortes resta uma atividade interpretativa, com o fim de buscar botar em prática as vontades que advém da vontade soberana e legítima do legislador, mantendo os atos normativos em vigor, porém concedendo a eles uma interpretação capaz de garantir a compatibilidade com o NZBORA.

Diante disso, feitas, então, as considerações acerca do modelo neozelandês, passa-se à análise do modelo inglês, para que se possa demonstrar quais os contributos de referido sistema para a disciplina do controle fraco de constitucionalidade.

3.2 INGLATERRA

Já no que concerne ao modelo adotado na Inglaterra, de início, importante destacar que, não obstante se tratar do Estado cujo sistema serviu de exemplo para a adoção dos sistemas jurídicos em diversos outros países que formam a *Commonwealth*, tem suas características próprias e peculiares que o tornam um sistema único que merece ser estudado em particular.

Assim, primeiramente, insta destacar que referido país, como já se explanou anteriormente, tradicionalmente moldou seu sistema constitucional de forma a adotar os

[153] Interessante notar que a decisão de inconsistência gerou uma resposta do governo. Fato que corrobora com a ideia de que há, de fato, a possibilidade de diálogo entre as instituições. Tal resposta pode ser encontrada em: <http://www.parliament.nz/resource/en-nz/49DBHOH_PAP20183_1/88cc7e2af21722a11f9c13923116f5dda0740ac7>. Acesso em 10 de maio de 2016.

contornos de um sistema de constitucionalismo político; e, por conta disso, historicamente não vislumbrou a necessidade de adoção de um texto único, rígido, com caráter de constituição[154]; aliás, muito pelo contrário, possui uma constituição costumeira, não escrita, que por vezes se tem, inclusive, dificuldade de definir seus limites e seu conteúdo preciso[155].

Além do mais, em referido país, os princípios e direitos fundamentais advém da *common law*, que, como importante fonte constitucional, os molda diante dos casos concretos que surgem no ordenamento jurídico[156] para apreciação das cortes; sendo que, *mister* destacar, um desses princípios – considerado como um dos mais importantes encontrados no país – é, exatamente, o da supremacia do parlamento.

Por sua vez, referido parlamento é entendido como palco para o aparecimento de uma pluralidade de opiniões capaz de propiciar um ambiente democrático e de divergências contínuas, que vão moldando os direitos com o tempo e as necessidades sociais, sem que, por conta disso, haja espaço para o surgimento de uma lei suprema, rígida, que os defina para tempo indeterminado e de forma imutável – ou de difícil mutação.

Além do mais, a constituição britânica não adveio de nenhum momento constitucional específico, ou de uma revolução, posto que foi sendo moldada com o tempo e as práticas das instituições, bem como das conclusões que surgem dessas práticas[157]. Daí se dizer que é como um fato da vida, que sempre esteve ali[158].

Assim, e por conta disso, é nesse sentido, a afirmação já exposta anteriormente, proposta por Bellamy[159], quando preleciona que o próprio processo democrático é a constituição.

Além disso, a tradição inglesa se pauta no chamado *rule of law*, que, sendo ao mesmo tempo uma regra e um ideal político a ser seguido pelo governo, compreende alguns valores

---

[154] GOLDONI. Op. Cit. p. 936.
[155] JOHNSON, Nevil. Reshaping the British Constitution: *Essays in Political Interpretation.* New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 18.
[156] LAWS. Op. Cit. p. 173.
[157] JOHNSON. Op. Cit. p. 9
[158] KING, Anthony. Does the United Kingdom Still Have a Constitution? London: Sweet & Maxwell, 2001. p. 39.
[159] BELLAMY. Op. Cit., 2007. p. 5.

a serem refletidos no sistema jurídico para que se possa garantir o melhor respeito, interpretação e produção das leis[160].

Dessa forma, ao respeitá-lo, preza-se pela proteção da sociedade contra a arbitrariedade do Estado, respeitando o fato de que todos são iguais perante à lei[161], e garantindo, ainda, que as liberdades individuais só serão limitadas por meio das leis – que advém da vontade soberana do parlamento, representante do povo – e serão aplicadas pela justiça[162].

Sendo assim, em decorrência disso, o que se percebe é que essa tradicional atuação da justiça nada tem a ver com o controle de constitucionalidade das normas, mas sim, se revela como uma atuação de simples aplicação da vontade parlamentar, que, em seu turno, sempre possuiu total liberdade de criação das leis, a não ser que a própria *common law* estipulasse determinados limites à atuação legislativa[163].

O que se percebia, com isso, é que as cortes não detinham consigo uma fonte de poder político e nem, tampouco, poderiam avançar sua atuação na direção dos atos do parlamento com o fim de invalidá-los, já que, por exemplo, não possuíam – como ainda hoje não possuem – a capacidade de determinar que certas leis são inconstitucionais, uma vez que sequer têm uma constituição escrita – ainda que se assuma que parte dela o é[164] – capaz de servir de parâmetro para tal[165].

Isso porque, em referido país, tal qual naquele anteriormente estudado, também tradicionalmente se valorizou a legitimidade democrática da instituição parlamentar, que, em comparação com o poder judiciário, possibilitaria uma maior participação da sociedade nas decisões e nos contornos que são dados aos direitos.

---

[160] TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. British Government and the Constitution. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 6ª edição. p. 76.
[161] Idem. p. 2.
[162] SCHYFF. Op. Cit. p.11.
[163] ELLIOTT, Mark. The Constitutional Foundations of Judicial Review. Oxford: Hart Publishing, 2001. Cap. 6. p. 213.
[164] Isso porque parte da constituição britânica é formada por estatutos escritos e casos decididos advindos da *common law*. Cf. JOWELL, Jeffrey; O'CINNEIDE, Colm. Values in the UK Constitution. *In* An Inquiry into the Existence of Global Values: *Through the Lens of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Hart Publishing, 2015.
[165] KING. Op. Cit. p. 25.

Dessa maneira, consequentemente, por conta da confiança social na funcionalidade desse tipo de constitucionalismo político[166], na Inglaterra se pode observar a existência de textos legislativos esparsos que formam um corpo constitucional, juntamente com os costumes e a jurisprudência.

Por conta disso, denota-se que grande parte das provisões constitucionais mais importantes da Inglaterra podem ser encontradas em textos escritos, mas outras, no entanto, embora tão importantes quanto, como é o caso daquela que assegura que o Primeiro Ministro será o líder do partido com maior representação na *House of Commons*, advém de regras não positivadas[167].

Sendo assim, com isso, depreende-se que a Inglaterra possui – em que pese a ausência de uma carta constitucional propriamente dita –, um sistema constitucional muito bem definido[168], que advém da própria tradição inglesa já aqui exposta.

Entretanto, apesar de referida tradição ser muito bem consolidada, mais recentemente, com o desenvolvimento da sociedade moderna, o espaço político inglês sofreu mudanças e aos poucos se foi percebendo que a clássica combinação entre a *common law* e a soberania parlamentar, que sempre foram os pilares da proteção de direitos no país, começou a enfraquecer, à medida em que o próprio poder do parlamento foi, de certa forma, sendo relativizado[169].

Ademais, quando se trata de sociedades modernas e complexas como as que vivemos hodiernamente, já não se vislumbra tão facilmente a linha desenhada entre as leis que são aplicadas de fato, pelo parlamento e a correspondência delas com a vontade das maiorias democráticas[170].

Ainda, ao se levar em consideração que a supremacia do parlamento juntamente com o *rule of law* não são capazes de abarcar com especificidade todos os princípios constitucionais, como se pode visualizar, por exemplo, em constituições escritas[171] – sem

---

[166] HIEBERT. Op. Cit. p. 239.
[167] KING. Op. Cit. p. 6.
[168] ROSENFELD, Michel. *Constitutional Identity. In* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. New York: Oxford University Press, 2012. p. 756.
[169] HIEBERT. Op. Cit. p 241.
[170] SCHYFF. Op. Cit., p. 54.
[171] JOWELL QC, Jeffrey. Beyond the Rule of Law: *Towards Constitutional Review*, 2000. p. 673.

entrar no mérito, no entanto, da possibilidade de concreção desses direitos positivados –, começou-se a cogitar a possibilidade de criação de um *bill of rights* com o objetivo de positivar determinados direitos; alguns, inclusive, foram tão longe que chegaram ao ponto de propor a criação de uma carta constitucional supralegal que subjugasse os poderes do parlamento[172].

Para além disso, o próprio reconhecimento dos direitos humanos e a evolução do controle de constitucionalidade em âmbito global fez com que a pressão pela criação de um código positivado de direitos ficasse cada vez mais forte[173].

Assim, diante do reconhecimento dessa situação, deu-se origem a uma série de debates acerca da necessidade de rever algumas nuances do modelo constitucional inglês e, com isso, passou-se a falar na possibilidade de criação de um texto normativo que, codificando determinados direitos fundamentais, fosse capaz de revertê-los de uma proteção que já não mais se vislumbrava simplesmente com a combinação anteriormente mencionada – qual seja: *common law* e soberania parlamentar.

Para além de referido problema, a Inglaterra possui uma característica que a distingue dos outros sistemas à medida em que, embora não tenha adotado uma constituição escrita, por fazer parte da União Europeia, acaba por ser bastante influenciada por mecanismos e tratados internacionais[174]. Ora, tanto assim, que ratificou a Convenção Europeia de Direitos Humanos – apesar de não a ter incorporado ao direito local, de início[175] – tornando-se parte de um corpo supranacional de direitos fundamentais.

Tal fato fez com que muitos dos cidadãos britânicos recorressem à corte de Estrasburgo, na falta de uma maior proteção local dos direitos humanos, para tentar a concreção de direitos que não conseguiam alcançar perante à justiça doméstica; o que

---

[172] ELLIOTT. Op. Cit. p. 199.
[173] JOHNSON. Op. Cit. p. 240.
[174] QUEIROZ, Estefania Barboza. A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do *Judicial Review* nos Estados Contemporâneos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, janeiro/junho de 2013. p.52.
[175] Os tratados ratificados pela Inglaterra não são automaticamente considerados como parte da legislação britânica. Para que isso aconteça, necessário é que haja a edição de uma lei específica que o incorpore formalmente ao ordenamento jurídico em questão, para evitar que um ato advindo do poder executivo se sobreponha à vontade do parlamento, ferindo a separação dos poderes e a competência constitucional do parlamento britânico. Cf. ELLIOT. Op. Cit. p. 218.

permite que se perceba a grande influência que tem a Corte Europeia de Direitos Humanos no direito inglês[176].

Ademais, a Corte Europeia acabou se caracterizando como uma corte constitucional com influência nos diversos países que compõem a União Europeia, o que demonstra ainda mais a sua influência, inclusive, no direito britânico. Até porque, para além disso, como não se vislumbrava na Inglaterra a existência de uma efetiva jurisdição de revisão das leis para a concretização dos direitos humanos[177], a própria Corte assumia esse papel.

Porém, ao se constatar a influência internacional sobre a jurisdição inglesa e tendo em mente que era necessário frear referida busca pela corte supranacional e, consequentemente, as condenações do Reino Unido perante essa corte; utilizou-se a justificativa de que se fazia necessária uma mudança no ordenamento inglês, por meio da incorporação dos direitos da Convenção, pois assim estar-se-ia agindo de forma a fortalecer a democracia, uma vez que os cidadãos poderiam acessar no âmbito doméstico, portanto, com maior facilidade, meios de questionar determinadas ações do Estado que considerassem em conflito com o previsto na Convenção[178].

Foi assim, então, que passado algum tempo, o parlamento britânico se convenceu da necessidade supramencionada de incorporar à lei local os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, concedendo-lhes, assim, contornos domésticos mais bem definidos – apesar de que muitos, ainda apegados à tradição constitucional já existente, consideravam não haver motivo para tanto, uma vez que a própria *common law* já abarcava grande parte dos valores previstos nas cartas de direitos humanos – embora se saiba que, por se tratar de uma lei ordinária, poderiam ser substituídos por leis posteriores, ou atos administrativos discricionários[179], como veremos a seguir.

---

[176] GARDBAUM, Stephen. What's So Weak About "weak-form review"? *A reply to Aileen Kavanagh. In* International Journal of Constitutional Law. Vol. 13, n. 4, Outubro de 2015. p. 1042.
[177] ELLIOTT. Op. Cit. p. 198.
[178] HIEBERT. Op. Cit. p. 246.
[179] OLIVER, Dawn. Constitutional Reform in the UK. New York: Oxford University Press, 2003. p.113.

3.2.1 **The Human Rights Act e a Declaração de Incompatibilidade**

Diante do que foi exposto anteriormente e para efetivamente incorporar e trazer, portanto, para o âmbito local determinados direitos civis e políticos previstos na Convenção Europeia, foi editado o *Human Rights Act* (HRA) 1998[180], um documento que tinha como objetivo preservar – e, portanto, não romper com as tradições inglesas[181] supramencionadas – e ao mesmo tempo possibilitar a aparição de novos mecanismos de proteção de direitos.

Ou seja, o HRA surge como uma forma de conceder validação democrática aos direitos constitucionais que há muito já existiam no país, mas que a partir de sua edição passam a constar consolidados em referida carta de direitos[182]; ainda, cumpre o objetivo de garantir maior proteção aos direitos humanos por meio do estabelecimento de um controle legítimo nesse sentido[183].

Dessa forma, com a edição do HRA e a incorporação dos princípios contidos na Convenção Europeia, muitas das liberdades que já eram reconhecidas pela *common* law, no âmbito inglês, passaram a ser tomadas como direitos, efetivamente[184].

Além disso, o *Human Rights Act* também se desenvolve como uma lei-parâmetro – aceita socialmente como tal – para as outras leis que entram em vigor no sistema a partir da sua adoção; isso porque define os contornos dentro dos quais as legislações posteriores devem se enquadrar, embora não seja revestida da rigidez característica de um texto constitucional e, portanto, nada impede que legislações posteriores o revoguem em disposições específicas. Entretanto, não obstante a isso, trata-se de uma carta considerada na jurisprudência como sendo um estatuto constitucional[185].

Sendo assim, tal fato pode ser verificado porque, em que pese não se tratar de uma constituição propriamente dita, traz em seu texto, nos termos da *section* 3, expressamente contida a obrigatoriedade das leis serem lidas e interpretadas de acordo com os direitos previstos na Convenção.

---

[180] Que, por sua vez, só entrou em vigor em outubro do ano 2000.
[181] SCHYFF**.** Op. Cit. p. 73.
[182] LAWS. Op. Cit. p. 189.
[183] ELLIOT. Op. Cit. p. 204.
[184] DAWN. Op. Cit. p 113.
[185] SCHYFF. Op. Cit. p. 21.

Ou seja, tal documento acrescentou ao modelo inglês o imperativo de que tanto as cortes como as autoridades públicas, de um modo geral, tenham que agir no sentido de fazer com que os direitos locais sejam interpretados em consonância com a supracitada Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Dessa feita, importante frisar que, apesar da existência de referida obrigatoriedade, o parlamento se manteve no direito de legislar em termos contrários à Convenção, com o objetivo de manter a supremacia que sempre lhe foi característica, como princípio fundante do Reino Unido que é.

Porém, não obstante, o que acontece é que referido artigo do HRA permite que as cortes concedam à legislação uma interpretação que possa mesmo vir a mudar o significado do ato normativo, para que se coadune com os direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mesmo que nem se quer se visualize qualquer ambiguidade no texto em questão, bastando tão somente a não conformidade com o texto-parâmetro[186].

Com isso, referida provisão é tratada pelas cortes britânicas como uma forma de permitir e garantir ao poder judiciário uma atuação que vai desde a interpretação extensiva das normas, adicionando palavras que não constavam no texto normativo, para que possa respeitar o *Human Rights Act*; ou, de forma restritiva, para que se considere apenas o que for compatível com a lei-parâmetro em questão[187].

Entretanto, importa frisar que, apesar de se perceber essa mudança, não é demais ressaltar que a atuação das cortes britânicas já se perfazia como uma atuação bastante interpretativa, embora fosse restrita aos direitos advindos da *common law*.

No entanto, com a edição do *Human Rights Act* foi possível manter a tradição interpretativa e ainda expandir o âmbito de ação do poder judiciário que, a partir de então, teria que desenvolver a *common law* com base nos direitos humanos garantidos pelo HRA[188].

Dito de outra forma, o que se pode observar é que a obrigação de que os direitos previstos na legislação local devam ser interpretados de acordo com a Convenção, faz com

---

[186] BIRKENHEAD. Lord Nicholls of. *Ghaidan v. Godin-Mendoza.* P. 29-33. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>. Acesso em 19 de maio de 2015.
[187] DAWN. Op. Cit. p 113.
[188] SCHYFF. Op. Cit. p. 112-113.

que as cortes não tenham o poder de invalidar os atos normativos advindos do poder legislativo[189], numa atuação que se assemelha ao mandado interpretativo neozelandês, já estudado; fazendo com que prevaleça a vontade do legislador por meio da continuação da existência da lei.

Trata-se, portanto, de um instrumento normativo essencialmente interpretativo, que garante aos direitos fundamentais uma proteção de acordo com o que foi previsto na Convenção Europeia, sem que, para isso, seja necessário retirar o poder do parlamento[190]; ainda que às cortes caiba analisar se referida instituição concedeu necessária importância aos direitos fundamentais no exercício de sua função legislativa.

Outrossim, não é demais ratificar que referido *bill of rights* possui caráter de lei ordinária, fato que permite: a continuidade da tradição político-constitucionalista britânica aberta à diversidade de opiniões; mudança no *status quo* que poderá surgir e se desenvolver no âmbito de desentendimentos futuros que alterem a noção de direitos já estabelecida; e mesmo a necessidade de mudança nas leis para que se coadunem com a nova realidade vivida.

Ora, sendo assim, por conta dessas características supramencionadas, então, e por se tratar de um país que historicamente adotou a primazia do parlamento e, para tanto, não se vislumbrava a ideia de dotar o âmbito judiciário de grandes poderes, também na Inglaterra se pôde verificar o surgimento de uma modalidade de controle fraco de constitucionalidade, uma vez que às cortes e ao parlamento se exige que atuem em parceria[191], de forma a possibilitar uma atuação interinstitucional, por meio da qual um poder incentiva a atuação do outro.

Com isso, na busca por esse balanço institucional entre a continuidade de existência da supremacia do parlamento e a nova possibilidade de aplicação de uma forma de controle de constitucionalidade, o modelo inglês trouxe consigo novos contornos para o *judicial review*, que, por si só, contribuem para a coexistência de um sistema de fiscalização das leis com o desenvolvimento da *common law*[192].

---

[189] QUEIROZ. Op. Cit., p. 55.
[190] ELLIOT. Op. Cit., p 200.
[191] LAWS. Op. Cit. p. 189.
[192] SCHYFF, Gerhard. Op. Cit. p. 65.

Assim, diante dessa configuração do modelo britânico de revisão das normas, pode-se visualizar uma forma de relativizar a questão da falta de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, uma vez que às cortes não é concedida a possibilidade de se sobrepor à vontade legislativa, mas, ao contrário, resta às mesmas a competência de dar força à vontade do legislador[193], por meio da concessão de interpretações constitucionais, ou mesmo pela provocação de uma atuação legislativa, como se verá.

Outrossim, como exposto, embora não tenha sido concedida às cortes a possibilidade de invalidar um ato normativo que não esteja de acordo com o HRA[194], ainda assim lhes foi permitida a capacidade de buscar concretizar de forma mais ativa os direitos humanos[195], já que o *Human Rights Act* abarcou uma série de princípios que devem ser respeitados no momento da interpretação dos direitos.

Diante disso, importa destacar que o HRA incorporou ao sistema britânico um mecanismo que não fora abarcado, por exemplo, pelo modelo neozelandês e que ratifica a existência de um *weak-form review* capaz de incentivar um diálogo entre as instituições inglesas.

Ou seja, referido mecanismo nada mais é que a faculdade das cortes agirem não apenas no sentido de conceder às leis interpretação conforme à Convenção, mas além disso, previu que às cortes cabe emitir formalmente uma declaração de incompatibilidade (*declaration of incompatibility*)[196], nos termos da *section* 4, quando entenderem que determinada lei está em desconformidade com o *Human Rights Act*[197] e não for possível apenas interpretá-la de maneira a se conformar com os direitos da Convenção.

---

[193] FORSYTH, Christopher. Heat and Light: A Plea for Reconciliation. *In* Judicial Review and the Constitution. Coord. Christopher Forsyth. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 399.

[194] BELLAMY, Richard. Political Constitutionalism and the Human Rights Act, 2011. p. 2.

[195] KAVANAGH, Aileen. What's So Weak About "Wak-Form Review"? The Case of the UK Human Rights Act 1998. *In* International Journal of Constitutional Law. Vol. 13, n. 4, Outubro de 2015. p. 1014.

[196] Declaração essa que, mesmo Waldron que apresentou o "*core of the case"* contra o controle de constitucionalidade exercido pelos juízes, admite que a possibilidade de as cortes apresentarem uma declaração de incompatibilidade pode se demonstrar vantajosa como uma forma de possibilitar uma espécie de aviso ao parlamento de que algo pode ter falhado durante o processo legislativo. Cf. WALDRON, Jeremy. Judges as Moral Reasoners, 2009. p. 23-24.

[197] WALDRON, Op. Cit., 2006. p. 1355: "In the United Kingdom, the courts may review a statute with a view to issuing a "declaration of incompatibility" in the event that "the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right" – i.e., with one of the rights set out in the European Convention of Human Rights as incorporated into British law through the Human Rights Act."

Entretanto, *mister* frisar, essa declaração, a princípio, por não ser vinculativa – respeitando a soberania da instituição parlamentar –, não faz surgir nenhum efeito sobre a legislação em análise, mantendo-se em vigor até que o parlamento a revise e decida pela continuidade de sua validade ou não.

Isso porque, como se sabe, mesmo quando houver conflito entre um ato do parlamento britânico e a Convenção, a tradição britânica se perfaz no sentido de que deve prevalecer a vontade do parlamento.

Porém, embora sem caráter vinculativo, esse mecanismo utilizado pelas cortes tem como objetivo sinalizar ao parlamento que aquela legislação sobre a qual pende uma declaração de incompatibilidade deveria ser reanalisada[198], uma vez que à corte pareceu incompatível com os direitos previstos no HRA e consequentemente, com a Convenção Europeia.

Outrossim, o que se entende é que no âmbito da possibilidade de discordâncias razoáveis entre a opinião das cortes e do parlamento, haverá casos em que o poder judiciário manifestará seu entendimento de que uma determinada lei é incompatível com a Convenção, mas o poder legislativo discordará.

Esse potencial existente de discordância entre os poderes é pressuposto da atuação colaborativa das instituições; e a possibilidade de declarar a incompatibilidade de uma lei com a Convenção não retira do poder legislativo e, portanto, da seara democrática, a competência de definir quais leis permanecem em vigor[199].

Além do mais, é importante que se destaque que a atuação das cortes no controle das normas para que essas estejam em conformidade com os direitos humanos previstos na Convenção – como se visualiza também na Nova Zelândia –, se pauta na análise não apenas da afronta a determinados direitos que sejam protegidos pelo *Human Rights Act*, mas também numa forma das cortes exigirem do poder público uma atuação fundamentada[200] e pautada nos ditames da proporcionalidade.

---

[198] SCHYFF. Op. Cit. p. 20.
[199] JOSEPH. Op. Cit. p. 336-337.
[200] CAROLAN. Op. Cit. p. 218.

Até porque, *mister* frisar que o HRA previu, na *section* 19, que o parlamento deve, ao editar uma lei, emitir, por meio do Ministro no comando, uma declaração que ateste a compatibilidade da norma que entrará em vigor com a Convenção; ou ainda, que, não obstante não poder atestar a compatibilidade, declarar que o governo almeja que, da mesma forma, a legislação entre em vigor[201].

Ou seja, ao parlamento continua sendo concedida a possibilidade de decidir não apenas por quais as leis entrarão no ordenamento, porém mais ainda, resta resguardada a possibilidade de edição de leis que, em que pese sabidamente incompatíveis com os direitos previstos na Convenção, por se tratarem de textos normativos com vistas a resguardar o interesse público, devem entrar em vigor, da mesma forma.

Ademais, o próprio HRA, na *section* 6(3), retirou o parlamento do rol de autoridades públicas que não podem agir contrariamente à Convenção, fato que por si só legitima referida atuação parlamentar; embora garanta também a aparição de um certo limite nessa atuação, uma vez que permite a existência da declaração de incompatibilidade[202].

Por conta disso, quando da análise de uma legislação em vigor que restrinja quaisquer direitos assegurados na Convenção, o que se vai buscar fazer, portanto, é uma análise da proporcionalidade, justificação e necessidade da ofensa a esses direitos por parte do poder legislativo, com a finalidade de testar se há ou não legitimidade nessa afronta[203].

Dessa forma, caso considere referida ofensa injustificada e desproporcional[204], é que a corte emitirá, se achar necessário, a já citada declaração de incompatibilidade, pontuando as suas justificativas e o que a fez chegar a essa conclusão; para que, então, o poder legislativo possa analisar e também se manifestar, justificando e fundamentando também sua decisão, quer seja em concordância ou discordância; restando, assim, ao legislativo a competência de determinar quais normas se mantém vigentes.

---

[201] DAWN. Op. Cit. p. 118.
[202] LAIRG, Lord Irvine of. Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Law System. Portland: Hart Publishing, 2003. p. 113-114.
[203] Idem. p. 146.
[204] ELLIOT. Op. Cit. p. 203.

Exemplo disso é o que se pode extrair do voto de *Lord Nicholls of Birkenhead* no caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*[205], no qual diante de uma queixa do autor de que havia na legislação britânica – *Rent Act* 1977, *paragraph* 2, *Schedule* 1 – a existência de uma infundada discriminação entre casais heterossexuais e casais homossexuais no que tange à situação de preferência do companheiro na sucessão de imóveis alugados no caso de morte de um dos companheiros em uma união estável, e que referida discriminação afrontaria o artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos – por meio da qual resta estabelecido que os direitos postos na Convenção devem ser assegurados sem discriminação –, se manifestou acerca da questão da proporcionalidade e aplicação da *section* 3 do *Human Rights Act*.

Nesse sentido, pontuou que o artigo 14 se configura como de extrema importância na Convenção e que qualquer lei que crie uma situação discriminatória sem fundamento se configura como uma afronta ao *rule of law*, uma vez que se trata de uma contraposição à equidade.

Além disso, afirmou que existem alguns tipos de discriminação que não são aceitos pelo senso comum, tais como discriminações de sexo, raça, religião, ou orientação sexual; fato que já foi claramente assegurado pela própria Corte Europeia de Direitos Humanos.

Dessa maneira, por considerar que não deve haver diferença de tratamento entre os casais homossexuais e os casais heterossexuais, frisou que para que se pudesse justificar algum tipo de tratamento diferente, necessário seria que essa diferença fosse originada de um objetivo legítimo e que houvesse clara proporcionalidade entre os meios empregados e os fins que se busca realizar. O que não seria o caso da legislação em análise, para a qual faltaria um fim legítimo.

Outrossim, claro é que ao parlamento cabe a responsabilidade para decidir acerca das políticas públicas e os problemas sociais, e às cortes resta a competência de revisão das leis que entram em vigor pelo parlamento. Porém, segundo o voto ora em análise, as cortes podem alcançar opiniões diversas da legislatura quando a primeira entender que a última não designou suficiente importância aos direitos humanos previstos na Convenção.

---

[205] Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>. Acesso em 19 de maio de 2016.

Assim, esse seria o caso da legislação em questão, que falharia ao não designar verdadeira importância aos direitos da Convenção no momento em que restringe os direitos dos casais homossexuais.

Com isso, diante da análise de proporcionalidade que foi feita e da conclusão de que não havia razões legítimas para a diferença de tratamento dada aos casais do mesmo sexo na situação de habitação, necessária seria a adoção de uma atitude em consonância com a *section* 3 do HRA, peça chave do texto normativo em questão, apta a possibilitar a concreção dos direitos da Convenção no âmbito doméstico.

Com base nisso, posicionou-se no sentido de que a política social que visava assegurar a posse para o companheiro sobrevivente, na legislação em análise, deveria ser igualmente aplicável tanto para os casais heterossexuais quanto para os homossexuais que vivessem juntos em união estável. Assim, portanto, a interpretação dada ao artigo deveria ser no sentido de que seus efeitos atingissem ambos os casais.

Sendo assim, resta demonstrado, por meio do exemplo supracitado, como as cortes podem agir para tentar, no âmbito da sua atividade interpretativa, garantir que os direitos humanos sejam respeitados, por meio de uma revisão da legislação, ainda que não a possa invalidar, por ser ato da vontade suprema do parlamento.

Por conta disso, na prática, é por meio do processo político[206] que se vai decidir se uma norma permanece ou não produzindo efeitos no mundo jurídico e se o parlamento deseja apoiar a continuidade de uma legislação que afeta algum direito fundamental[207]; bem em sintonia com o constitucionalismo político, embora o pontapé inicial para a (possível) revisão do estatuto tenha sido dado pelas cortes.

Ademais, interessante notar que a formalização de uma declaração de incompatibilidade, embora surja de uma análise feita no âmbito de um caso concreto, é mais propensa a ter impacto em casos futuros, posto que pode vir a gerar uma mudança na legislação capaz de afetar os próximos casos interpostos perante o poder judiciário.

---

[206] Idem. p. 58.
[207] SCHYFF. Op. Cit. p. 112.

Com isso, oportuno, portanto, analisar um exemplo prático perante o qual o poder judiciário formalizou uma declaração de incompatibilidade, que, depois de analisada pelo poder legislativo, acabou por gerar uma mudança na legislação.

Trata-se do caso *Bellinger v. Bellinger*[208] que foi analisado pela *House of Lords*, no ano de 2003. Nessa situação, a apelante pedia que lhe fosse dada uma declaração de que seu casamento era válido desde o princípio e que continuou assim durante o decurso do tempo; subsidiariamente, pedia que fosse formalizada uma declaração de incompatibilidade da *section* 11(c) do *Matrimonial Causes Act* 1973 com os artigos 8 e 12 da Convenção, pois referida legislação estabelecia que um casamento é nulo a não ser que as partes sejam compostas por alguém do sexo masculino com alguém do sexo feminino; enquanto que os últimos artigos preveem que qualquer pessoa possui o direito a ter sua vida privada e familiar respeitada, e que a partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito de se casar.

Ocorre que a apelante, que ora fazia referidos pedidos, embora se considerasse mulher e tivesse efetivamente se casado com um homem – que sabia da sua condição –, nascera e fora registrada como alguém do sexo masculino, sendo, portanto, uma transexual, o que fez com que o seu casamento tivesse sido considerado nulo.

Tal fato só foi possível porque a legislação britânica desenvolvida na *common law*, principalmente depois do caso *Corbett* de 1971 considerava que deviam ser levados em conta, para fins de definir se alguém poderia ser considerado do sexo masculino ou feminino, três critérios: de cromossomos, de gônadas e genital. Ou seja, não seria levado em conta o aspecto psicológico, de como a pessoa se determina.

Já mais recentemente, noutro caso trazido à Corte Europeia por uma transexual, *Goodwin v. UK*, em 2002, a corte estabeleceu que o Reino Unido violava os artigos 8 e 12 da Convenção, o que fez com que o parlamento tenha, posteriormente, se comprometido a rever a legislação doméstica.

Porém, como não o fez e a corte, no caso da presente análise, entendeu que não era da sua competência estabelecer uma mudança no entendimento da legislação, uma vez que se tratava de uma atuação própria do parlamento – principalmente depois que esse já havia

---

[208] Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-2.htm>. Acesso em 24 de maio de 2016.

se comprometido nesse sentido –, preferiu formalizar uma declaração de incompatibilidade para que ao parlamento coubesse rever a questão, posteriormente.

Ato contínuo, o parlamento, ao analisar a questão, optou por remediá-la – embora se saiba que não era sua obrigação – vindo a editar o *Gender Recognition Act* em 2004, que entrou em vigor no ano de 2005.

Portanto, depreende-se que essa atuação de deferência da corte, não a coloca numa situação de inferioridade em relação ao parlamento[209], mas na verdade demonstra que, em determinadas situações, a mesma é capaz de reconhecer quando não deve atuar, pois se trata de uma competência que é própria da legislatura, ambiente propício para determinados tipos de discussões e decisões.

Ou seja, pode-se perceber que a existência das citadas *sections* 3 e 4 renovam o balanço institucional britânico, fazendo com que o comportamento dos três poderes se torne mais cooperativo, uma vez que às cortes é possibilitada uma atuação interpretativa das leis editadas pelo parlamento e ao parlamento cabe receber as declarações de incompatibilidade para revisar ou não a legislação em análise, inclusive aquelas que tenham sido postas à prova pelo executivo para serem emendadas, após a declaração da corte[210].

Com isso, tem-se a possibilidade de aplicação de uma atuação pautada na divisão de responsabilidades e na colaboração entre os poderes, por meio da qual as cortes se atêm às questões que dizem respeito ao caso concreto em análise, deixando para o legislativo a tarefa de moldar as políticas públicas de acordo com o que acham conveniente, inclusive levando em consideração a opinião proposta pelo poder judiciário.

Sendo assim, constata-se, na prática, a existência de uma forma de diálogo entre as instituições, à medida em que o parlamento edita uma norma, que será analisada pelo poder judiciário; esse, por sua vez, ao entender que a norma é incompatível com o HRA e consequentemente com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, formalizará uma declaração de incompatibilidade que, em que pese não afete a validade da lei em questão, terá a capacidade de forçar uma atuação legislativa no sentido de analisar aquilo que fora proposto pela corte e sopesar se deve, ou não, reformular o estatuto em questão.

---

[209] LAIRG. Op. Cit. p. 119.
[210] Idem. p. 125.

O que se entende, portanto, é que ao parlamento caberá rotineiramente reagir à atuação do poder judiciário, quer mantendo o estatuto da mesma forma que fora editado, ou ainda por meio de emendas aos estatutos sobre os quais pese uma declaração de incompatibilidade, com o fulcro de, concordando com o posicionamento da corte, torná-los consonantes com os direitos previstos no HRA, caso entendam pertinente.

Ademais, por se tratar de controle fraco, como se viu, assume-se que mesmo que o judiciário faça uma interpretação razoável do ato normativo, o governo poderá, ele mesmo, proceder à uma interpretação diferente, que também seja razoável. Assim, diante desses casos, poderá se sobrepor à decisão de incompatibilidade proferida pela corte para que o estatuto permaneça tal qual era antes, sem nenhuma emenda, mantendo o controle sobre quais legislações permanecem no ordenamento[211].

Verifica-se aqui, então, que a existência do diálogo entre as instituições, quando a atuação das cortes incentiva uma reação do parlamento, ao qual caberá se manifestar acerca da declaração de incompatibilidade, faz surgir um procedimento legislativo célere para analisar a interpretação judicial e em caso de concordância, emendar o estatuto para conformá-lo com os direitos do *Human Rights Act,* e da Convenção Europeia[212].

Com isso, insta destacar, por oportuno, que referido procedimento é o que se convencionou chamar de *fast-track.* Por meio do que foi previsto na *section* 10(2) do HRA, um ministro poderá emendar a legislação sobre a qual pesa uma declaração de incompatibilidade quando entender que a corte tem razão acerca de tal incompatibilidade.

Outrossim, existem duas formas através das quais o parlamento pode agir no sentido de se utilizar do referido *fast-track.* A primeira ocorre quando o Ministro apresentar ao parlamento num período de até sessenta dias após a declaração dada pelo judiciário uma sua declaração explicando a tal incompatibilidade e justificando porque acredita que o parlamento deve agir no sentido de revisar aquela legislação, para que ela possa, então, ser discutida pelos parlamentares; assim, depois de discutida nas duas casas do parlamento, se a

[211] CHILDS, Mary. Constitutional Review and Underinclusive Legislation. Ed. Dawn Oliver. Public Law – Winter, 1998. p. 655.
[212] VALLE; SILVA. Op. Cit., p. 12.

incompatibilidade for confirmada, o Ministro terá garantido por meio de uma resolução de cada casa, a alteração do ato normativo, ou mesmo, sua invalidação[213].

Além da forma anteriormente mencionada, poderá ainda a revisão da legislação ocorrer de forma célere quando o governo entende por seguir uma decisão já proferida pela Corte Europeia e, a partir dela, considerar uma determinada lei incompatível com a Convenção[214].

Referidos procedimentos se demonstram bastante positivos, não apenas porque propiciam a interação entre os poderes, mas principalmente porque garantem a possibilidade de se obter uma resposta legislativa dentro de um curto espaço de tempo, o que beneficia a sociedade, como um todo.

Importante frisar, por oportuno, que, em que pese as vantagens trazidas pela adoção de um sistema de controle fraco de constitucionalidade serem claras, acaba não sendo ideal para o governo britânico, ainda que dentro de um sistema no qual o parlamento tenha superioridade, costumeiramente se sobrepor às decisões judiciais[215].

Isso porque, em termos de relações internacionais e por fazer parte da União Europeia, esse fato poderá abalar a posição do país à vista dos outros países; uma vez que, inclusive, o particular poderá, dotado da declaração de incompatibilidade que já possui, procurar a Corte Europeia para que, reconhecendo a incompatibilidade e o direito do autor, penalize o país e o faça, dessa forma, garantir o direito da parte que vai contra a interpretação do ato normativo feita pelo parlamento[216].

Por outro lado, tal fato pode ser positivo à medida em que, nesse sentido, devem se fortalecer as justificações, pois o que se percebe é que ao parlamento, quando quiser se sobrepor à uma decisão de incompatibilidade, deverá se utilizar de uma boa fundamentação que justifique a sobreposição da decisão que declarou a incompatibilidade da norma com o

---

[213] Há, ainda, uma possibilidade de revisão emergencial da legislação, cujo procedimento é ainda mais célere. Para maiores informações, cf. SCHYFF. Op. Cit. p. 186.
[214] SCHYFF. Op. Cit. p. 186.
[215] Fala-se, inclusive, sobre a possibilidade de se ter criado uma espécie de convenção constitucional que obriga o parlamento a responder às declarações de incompatibilidade proferidas pelo poder judiciário. Para maiores esclarecimentos, Cf. KING, Jeff. Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act. *In* Parliaments and Human Rights: *Redressing the Democratic Deficit*. Ed. Murray Hunt, Hayley J Hooper and Paul Yowell. London: Hart Publishing, 2015. 165–192. Hart Studies in Comparative Public Law.
[216] VISSER, Maartje. Interplay Between Constitutional Courts and Other Actors. *In* Constitutional Review in Europe*: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2014. P. 351-352.

Human Rights Act e, consequentemente, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos[217].

Conclui-se, portanto, que, não obstante o fato de se perceber que comumente a legislatura acaba por aceitar as declarações de incompatibilidade[218], mudando as leis sobre as quais pesem referidas declarações, a vantagem desse sistema está justamente na possibilidade de escrutínio mútuo entre os poderes e a existência de um segundo nível de verificação da legislação, depois da análise da corte.

Com isso, perfaz-se um sistema de atuação bastante colaborativa entre os poderes, para que se possa chegar à melhor solução possível diante dos casos e legislações em análise, sempre respeitando o dever de fundamentação, de ambos os lados. Assim, a sociedade é privilegiada.

Outrossim, para além dos modelos supramencionados, *mister* passar, nesse momento, para a análise do sistema canadense, que trouxe outras formas de procedimentalizar o controle fraco de constitucionalidade que merecem ser estudadas.

3.3 CANADÁ

Primeiramente, é essencial que se destaque que, embora o modelo canadense tenha inaugurado no mundo referida forma diferente e colaborativa de pensar o controle de constitucionalidade com a edição do *Charter of Rights and Freedoms* em 1981 – tendo entrado em vigor no ano de 1982 –, distingue-se dos modelos anteriormente expostos à medida em que, apesar de ser um país que sempre adotou a *common law*, optou por promulgar uma carta constitucional rígida, em cujo texto estão positivados os direitos fundamentais.

---

[217] TUSHNET. Op. Cit., 2008. p. 30.

[218] Basta ver o quadro disponibilizado pelo próprio parlamento britânico no qual se pode visualizar as declarações de incompatibilidade e as reações do poder legislativo a elas; em todos os casos já finalizados, o parlamento teve atitude proativa, no sentido de concordar com a opinião da corte e emendar ou criar um ato normativo para se coadunar com os direitos da Convenção; ou ainda está considerando de que maneira irá remediar a questão. Cf. <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/239/23909.htm >. Acesso em 20 de maio de 2016.

Apesar disso, importante salientar que a constituição canadense vai além do texto positivado, englobando ainda os costumes, e as convenções[219], até porque seu sistema jurídico, como já mencionado, é baseado na *common law*, tal qual os países anteriormente expostos.

Não é à toa, portanto, dizer-se que dentre os sistemas ora estudados, trata-se daquele cujos mecanismos de fiscalização constitucional mais se assemelham ao controle forte de constitucionalidade, uma vez que atribuem ao sistema judiciário um papel mais relevante do que em países como a Nova Zelândia e a Inglaterra, concedendo às cortes o poder de invalidar legislações inconsistentes com o *Charter of Rights and Freedoms* 1982.

Porém, ainda assim, considera-se como um modelo dialógico e de *weak form*, pois, em que pese a existência dessa realidade, traz em seu texto disposições que relativizam referido poder das cortes em prol da vontade da maioria, incorporada na atuação do poder legislativo. Ou seja, ao mesmo tempo que autoriza a invalidação de normas pelo poder judiciário, modera esse poder, quando abre espaço para uma reação legislativa que poderá passar por cima de referida decisão[220], como se verá adiante.

Com isso, importante que voltemos as atenções a algumas considerações essenciais para que melhor se compreenda como foi originado esse sistema, e de que forma ele se organiza na prática, consubstanciando-se em um controle colaborativo de constitucionalidade, porém não tão *fraco* como os anteriormente expostos.

3.3.1 The Charter of Rights and Freedoms e a Cláusula Não-Obstante

Ora, sabe-se que o Canadá, tal qual a Nova Zelândia, fazia parte do corpo de colônias britânicas que acabaram por compor futuramente a *Commonwealth* e, como tal, por muito tempo foi subordinado à Coroa britânica, tendo diversas de suas diretrizes constitucionais atreladas à mesma, notadamente pelo fato do país ter sido criado pela junção de três colônias inglesas e a Inglaterra ter editado o *British North America Act* 1867 – agora referido como

[219] CROMWELL, T. A. Aspects of Constitutional Review in Canada. 46 S. C. L. Rev. 1027 1994-1995. p. 1027.
[220] HIEBERT. Op. Cit. p. 249.

Constitution Act 1867[221] – que, muito embora tenha sido um ato do parlamento britânico, foi por muito tempo o cerne da constituição canadense.

Assim, em referido documento, que abarcou diversos valores constitucionais ingleses, constava como um dos principais o princípio da soberania do parlamento, não obstante o fato de que o Canadá adotou o federalismo e o parlamento federal dividia o poder com as legislaturas das províncias, de forma bem diferente do modelo britânico, portanto[222].

Entretanto, anos mais tarde, já mais recentemente, no período pós-guerra, no qual se deu o já citado reconhecimento mundial dos direitos humanos, o país optou por editar o *Bill of Rights* 1960, que não passava de um estatuto ordinário com previsão de proteção de determinados direitos fundamentais, sem caráter supremo ou rígido, portanto. Mantendo-se, dessa forma, o *Constitutional Act* 1867 como o texto constitucional vigente.

Assim, referido *bill of rights* era aplicável apenas para leis federais, não tendo tido grande relevância na proteção de direitos individuais[223], também não alterou de forma substancial o modo como o sistema canadense desenvolvia o controle e a fiscalização das normas que o poder legislativo editava, embora já tenha exercido alguma influência perante as leis que o sucederam[224].

No entanto, no período da década de 70, os canadenses começaram a perceber que já se fazia imperativa a necessidade de cisão do país com as influências diretas do Reino Unido[225], uma vez que, do modo que fora organizado seu sistema, sequer poderiam emendar a própria constituição – lembre-se, ela própria advinda da coroa britânica – sem antes passar pela autorização do parlamento inglês.

Assim, notou-se que se fazia necessária a promulgação de uma carta constitucional que tornasse pátrios os direitos fundamentais nela contidos e permitisse, assim, a criação de um sistema de normas e atuação dos poderes que fosse próprio do país, ao mesmo tempo

---

[221] CROMWELL. Op. Cit. p. 1027.
[222] HOGG, Peter. Canada's New Charter of Rights. 32 Am. J. Comp. L. 283, 1984. p. 283-284.
[223] WEILL, Rivka. The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making, 2014. p. 148.
[224] VENTER, Francois. Constitutional Comparison: *Japan, Germany, Canada & South Africa as Constitutional States.* Cape Town: Juta & Co, 2000. p. 138.
[225] A campanha que tinha como fim a mudança nos contornos constitucionais do sistema canadense foi liderada por Pierre Trudeau e o Partido Liberal.

que se visava romper com a tradição inglesa, por meio da concessão de rigidez aos mesmos[226], ao positivá-los em um texto constitucional.

Com isso, após anos de discussões acerca do assunto, passados por diversas gerações de políticos que debatiam de que maneira seria possível concretizar referida necessidade nos moldes do federalismo canadense, o início da década de 80 trouxe consigo o *Constitution Act* 1982, responsável pela promulgação do *Charter of Rights and Freedoms* 1982.

Tal fato só foi possível depois que nove das dez províncias canadenses – Quebec foi a única que ficou de fora – finalmente concordaram com o governo federal tornando possível a adoção de referida carta que passou a fazer parte da constituição canadense – portanto, só poderia ser alterada por meio de emendas constitucionais[227] – tendo se configurado como o meio pelo qual se pôde romper com a autoridade do parlamento britânico, solidificar os direitos no texto constitucional e inaugurar um novo procedimento para adoção de emendas[228], além de servir como parâmetro tanto para leis federais como provinciais.

É claro que, importante frisar, embora tendo deixado para trás o constitucionalismo político herdado da Inglaterra e abraçado o constitucionalismo jurídico com a adoção de um texto constitucional rígido, não foi capaz de romper totalmente com a tradição jurídica que há muito se perfazia no Canadá, fruto da influência britânica, e, por conta disso, é de se entender, portanto, que para além da constituição escrita, permaneceu a existência de uma gama de direitos advindos da *common law*, uma vez que continuaram a perceber a noção de constituição como algo mais amplo que o próprio texto positivado, levando em consideração, ainda, que os direitos devem poder se moldar conforme as mudanças e necessidades do país.

Para além disso – e o que é mais importante para o presente estudo –, a adoção dessa nova carta constitucional trouxe para o sistema canadense uma nova forma de procedimentalizar o controle de constitucionalidade das normas, vez que previu a possibilidade de uma atuação das cortes muito mais ativa do que aquela que se podia verificar anteriormente.

---

[226] HUTCHINSON, Allan C. Constitutional Change and Constitutional Amendment. A Canadian Conundrum. *In* Engineeiring Constitutional Change: *A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA.* Ed. Xenophan Contiades. Oxon: Routledge, 2013. p. 63.
[227] HOGG. Op. Cit., 1984. p. 287.
[228] HUTCHINSON. Op. Cit. p. 63.

Isso porque, o próprio *Constitution Act* 1982 trouxe em seu texto, no artigo 52(1) a previsão de que qualquer norma que fosse considerada inconsistente com a norma suprema canadense deveria ser considerada, na medida da sua inconsistência, sem efeito ou validade.

Ou seja, como exposto supra, passou a permitir a possibilidade de as cortes invalidarem os atos normativos que estivessem em desconformidade com o texto constitucional[229], o que já distancia referido sistema dos moldes adotados na Inglaterra[230] e Nova Zelândia, por exemplo.

Porém, em que pese o fato de o parlamento canadense ter optado por delegar às cortes a atribuição de trabalhar os contornos e significados dos direitos contidos no *Charter*, pode-se dizer que o Canadá apresenta, mesmo assim, uma forma de controle de constitucionalidade fraco, pois no sistema que adota se pode verificar com clareza o exemplo mais proeminente de diálogo institucional, uma vez que a própria constituição abarca a existência desse mecanismo[231].

Assim, tal controle se configura, portanto, como o início de um diálogo entre a corte e o poder legislativo[232], o que contribui para a atribuição de legitimidade ao processo, e permite a abertura de uma discussão acerca dos valores e direitos individuais fundamentais previstos no *Charter* em contraponto com a busca pela melhor forma de beneficiar a sociedade por meio das políticas públicas criadas no âmbito político.

Insta salientar, por oportuno, que a primeira vez que a Suprema Corte se pronunciou reconhecendo a existência de um diálogo entre os poderes foi no caso *Vriend vs. Alberta*[233], no qual o juiz Iacobucci se manifestou no sentido de que, do modo que analisava, a promulgação do *Charter* trouxe para o Canadá uma forma de interação mais dinâmica entre os poderes, uma vez que as cortes, ao rever os atos normativos e as decisões executivas, "falavam" diretamente com os poderes legislativo e executivo; da mesma forma que o poder

---

[229] BATEUP, Christine. Expanding the Conversation: *American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective*, 2006. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 44. p. 6.
[230] BRANCO. Op. Cit, p. 59.
[231] MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix, Op. Cit., p. 128.
[232] HOGG, Peter W; THORNTON, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures, 2000. p. 26.
[233] Disponível em: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1607/index.do> Acesso em 04 de junho de 2016.

legislativo, por exemplo, quando revia alguma legislação baseada na opinião da corte, respondia ao poder judiciário, deixando claro o diálogo entre as instituições.

Em outro caso, *R v. Mill*[234], a Suprema Corte pontuou, inclusive, que o judiciário não detém o monopólio da proteção e promoção dos direitos, pois o parlamento também é responsável nesse sentido, inclusive, demonstrando-se comumente como um significativo aliado de grupos vulneráveis. Por conta disso, a relação entre tais instituições deve ser baseada no diálogo.

Ademais, a existência de tal diálogo, *mister* ressaltar, é importante à medida em que por mais que se esteja diante de uma carta constitucional escrita cujas disposições estão consolidadas em seu texto, o só fato de se poder garantir que os poderes tenham uma troca, que sejam capazes de reagir à atuação do outro, permite que a positivação dos direitos não seja uma barreira à atuação legislativa, que em muitos casos precisará passar por cima do direito posto no texto, afim de garantir a manutenção de determinadas políticas públicas[235] que visam o interesse social.

Para além disso, importa destacar que existem duas disposições no *Charter of Rights and Freedoms* canadense que relativizam a importância das cortes em comparação à importância da instituição parlamentar e demonstram com bastante nitidez a existência da forma fraca de controle no país, bem como o diálogo entre o judiciário e o legislativo; quais sejam, *section 1*[236] *e section 33*[237].

Para tanto, importante ratificar que referidos dispositivos foram acrescentados no *Charter* justamente com o objetivo de garantir uma participação mais relevante do poder

---

[234] Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1751/index.do> Acesso em 07 de junho de 2016.

[235] MATHEN. Op. Cit. p. 131.

[236] Cujo texto diz o seguinte: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html#h-40>. Acesso em 08 de abril de 2015.

[237] Referida provisão expressa que: "(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. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)." Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html#h-40>. Acesso em 08 de abril de 2015.

judiciário no cenário da aplicação de direitos fundamentais, sem, contudo, abandonar por completo a tradição canadense que fora herdada dos ingleses – de dotar o parlamento de supremacia[238] – uma vez que permitem, por exemplo, que o poder legislativo produza normas, mesmo que manifestamente contrárias a determinados direitos do *Charter*, protegendo, assim, o estatuto e a vontade parlamentar[239].

Dessa feita, para Webber[240], entende-se que a promulgação do *Charter of Rights* canadense acabou por, de certa forma, restringir a atuação parlamentar – pois esse, num primeiro momento, não pode legislar de forma contrária à carta de direitos fundamentais –, mas sem extinguir a noção de soberania do parlamento, que continua existindo dentro dos limites estipulados, uma vez que, inclusive, esses próprios limites que são impostos pelo *Charter* não são absolutos, haja vista que podem ser alterados por meio de emendas, ou mesmo os direitos do *Charter* relativizados pela cláusula não-obstante, a ser tratada mais adiante.

Assim, sobre a primeira disposição citada – *section* 1 –, conhecida como a *cláusula dos limites razoáveis*, sabe-se que é responsável por ditar que os direitos fundamentais previstos no *Charter*, em que pese serem dotados do *status* constitucional, podem ser limitados dentro daquilo que pode ser aceito numa sociedade livre e democrática; desde que essa limitação, é claro, esteja dentro dos contornos estipulados pela lei.

Tal previsão é importante porque, como se viu, entende-se que os direitos constitucionais contidos na carta de direitos não são absolutos e, portanto, por meio dessa estipulação expressa se admite que os mesmos são passíveis de limitação em alguns casos, quando a restrição de direitos se enquadrar em referidas regras da *section* 1.

Diante disso, a corte, frente à análise de uma lei que tenha por escopo a limitação de direitos constitucionais fará, como também acontece nos países antes estudados, uma espécie de análise da proporcionalidade[241] para, em dois passos, verificar se: a lei viola, efetivamente, um ou mais direitos fundamentais e, portanto, se, ao fazê-lo possui objetivos que sejam realmente importantes para justificar a limitação de direitos previstos no Charter;

---

[238] VICTOR. Op. Cit., p. 144.
[239] WALDRON. Op. Cit., p. 1356.
[240] WEBBER, Jeremy. The Constitution of Canada: *A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 64.
[241] TREMBLAY. Op. Cit., 2005, p. 618.

e, ainda, se essas limitações, caso existam, estão dentro do âmbito necessário para que se alcance o objetivo perseguido.

Dito de outra forma, o que se pretende analisar é se a lei em questão, embora restritiva de direitos, se utiliza da forma mais adequada, necessária e mais proporcional, circunscrevendo a limitação apenas dentro daquilo que se revela realmente necessário para o alcance do fim pretendido[242].

Assim, o que se verifica na prática é que a corte poderá desde logo discordar da necessidade de restrição ao direito e optar por invalidar a legislação; ou ainda poderá, inclusive, concordar com a necessidade de se cingir certos direitos individuais em prol do interesse da coletividade, porém a discordância ficará restrita à aplicação dos limites, uma vez que poderá considerar não ser a forma adequada, por não ser aquela menos restritiva de direitos[243].

Com isso, diante de uma situação como essa, caberá à corte – no uso das ferramentas do diálogo, portanto – sugerir ao poder legislativo uma forma de reeditar a lei que cumpra com o objetivo e seja adequada, resguardando tanto quanto possível os direitos previstos no *Charter*. E, ao legislativo, cumpre justificar e fundamentar a necessidade de limitação dos direitos[244].

Ou seja, dito de outra maneira, apesar de se conceder às cortes a competência de analisar a proporcionalidade e justificação das limitações constitucionais, tal manifestação jurisdicional não será a última palavra, uma vez que, em se tratando de *weak-form review*, ao legislativo restará oferecer evidências de que a limitação em tela é necessária e proporcional, o que permitirá que se sobreponha à decisão da corte, quando essa for contrária aos fundamentos do parlamento[245].

Dessa feita, nesses casos, o que se percebe é que não está em jogo um diálogo acerca de significados e interpretações das determinações constitucionais, mas apenas sobre a medida das restrições de direitos fundamentais.

---

[242] HOGG; THORNTON. Op. Cit, 2000. p. 19.
[243] BATEUP. Op. Cit., 2006. p. 8.
[244] ROACH, Kent. Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience, 2004. p. 541.
[245] ROACH, Kent. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship. *In* Osgood Hall Law Journal. Vol. 5, N. 1 (*Spring 2007*). p. 180.

Outrossim, importante salientar que esse teste da proporcionalidade das limitações constitucionais ficou conhecido como teste de *Oakes*, por conta da decisão proferida no caso *R v. Oakes*[246], de 1986. Por meio de referida decisão, a Suprema Corte do Canadá proferiu uma análise acerca da cláusula de limitação dos direitos constitucionais – justamente a *section* 1 do *Charter* – ao analisar a situação de David Edwin Oakes, um cidadão canadense que foi pego portando frascos de óleo de haxixe e uma determinada quantia em dinheiro.

Dessa forma, o indivíduo em questão foi denunciado segundo a *section* 4(2) do *Narcotic Control Act* canadense, por tentativa de tráfico de drogas, em que pese as alegações de que os frascos eram para consumo próprio e que o dinheiro que possuía era advindo de um cheque por conta de um trabalho que havia realizado.

Assim, o ocorrido passa a interessar para o estudo ora em progresso a partir do momento em que a legislação supracitada, nos termos da *section* 8, inverte o ônus da prova e incumbe ao réu a competência de provar que aquilo que estava em sua posse era destinado para consumo próprio e não para fins de tráfico; por conta disso, o réu apresentou uma questão constitucional alegando que a inversão do ônus criava uma presunção de posse para fins de tráfico, o que, por si só, violava a presunção de inocência do acusado, e consequentemente, a *section* 11(d) do *Chater of Rights and Freedoms* 1982.

Tal questão acabou por chegar à Suprema Corte para que analisasse se a *section* 8 poderia ser considerada como uma provisão que previa uma limitação razoável ao direito em cheque – no caso, de ser considerado inocente até prova contrária – dentro de uma sociedade livre e democrática, pois caso assim não fosse, deveria ser considerada incompatível com o *Charter* e deveria ser invalidada.

Dessa forma, restou estabelecido que a existência de limites a direitos constitucionais devem ser exceções devidamente defendidas e justificadas pelo partido que almejar estabelecer tais limites; uma vez que se parte da presunção de que todos os direitos devem ser amplamente garantidos, a não ser que se prove necessária, no âmbito da *section* 1, a restrição a determinado direito.

---

[246] Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do.>. Acesso em 03 de junho de 2016.

Sendo assim, então, estipulou-se que, para que se pudesse provar a necessidade de limitação a um direito fundamental contido no *Charter*, dois critérios deveriam ser seguidos – critérios esses que passaram a ser conhecidos, justamente, como o teste de *Oakes* – quais sejam: (a) o objetivo que se busca alcançar ao limitar um direito do *Charter* deve ser suficientemente importante para justificar a derrogação de um direito ou liberdade constitucionalmente previsto. Para isso, importante que se estabeleça altos padrões de verificação, com o fulcro de não permitir que objetivos que não se demonstrem verdadeiramente importantes sejam usados para justificar a restrição de direitos fundamentais; assim, referidos objetivos devem, portanto, relacionar-se no mínimo com interesses sociais urgentes de uma sociedade livre e democrática. (b) aquele que propuser a limitação ao direito constitucional deve demonstrar que os meios utilizados para essa restrição são razoáveis e justificáveis; para isso, adentra-se no teste de proporcionalidade que é dividido em três importantes componentes; ou seja, as medidas utilizadas devem ser justas e não podem ser impostas arbitrariamente, portanto, devem ter sido cuidadosamente pensadas para atingir os objetivos em questão, além de estar racionalmente conectadas com o objetivo perseguido; ademais, os meios utilizados devem ser capazes de limitar o mínimo possível o direito em questão; e, por fim, deve restar demonstrada a proporcionalidade entre os efeitos da limitação e o objetivo que se busca alcançar, no sentido de que quanto mais severa for a restrição ao direito, mais importante deverá ser demonstrado que é o objetivo da limitação[247].

No caso em tela, por exemplo, entendeu-se que apesar de o objetivo do parlamento, ao editar a lei em análise, de conter o tráfico de drogas, se demonstrar evidente e de acordo com o propósito da *section* 1, não havia, contudo, conexão racional que justificasse a limitação do direito à presunção de inocência quando se presumia que um indivíduo, quando estivesse na posse de pequenas quantidades de narcótico, estaria com as mesmas a fim de

[247] "Este *triplo teste* apresenta diferenças assinaláveis entre o controlo canadiano e o germânico em matéria de restrição de direitos fundamentais, sendo o teste do *"minimal impairment"* mais exigente do que o controlo geral da *proporcionalidade* adoptado pelo *Bundesverfassungsgericht*, o que leva alguns autores a propor uma substituição desta metódica por um regime de *two-step proportionality/balancing*, em que num primeiro momento se analisaria a existência de uma violação ou limitação do direito, para, num segundo momento, verificar se essa limitação/violação seria razoável ou justificada segundo o teste da proporcionalidade." Cf. TAVARES DA SILVA, Suzana. O Tetralemma do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização Do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade, 2013. p. 13.

traficá-las. Ou seja, estar-se-ia diante de uma interferência extremamente gravosa a um direito fundamental por razões ínfimas e desproporcionais.

Por fim, estabeleceu-se, portanto, que diante da análise dos preceitos estipulados na *section* 1, embora se estivesse buscando um objetivo justo condizente com uma sociedade livre e democrática, os meios utilizados para alcançar esse objetivo eram desproporcionais e, portanto, a *section* 8 do *Narcotic Control Act* foi considerada inconstitucional, porque infringia demasiado a *section* 11(d) do *Charter of Rights and Freedoms* 1982.

Sendo assim, pode-se perceber que referida provisão proporciona uma espécie de diálogo entre o poder judiciário e o poder legislativo, uma vez que promove a necessidade de justificações de ambas as partes na análise de uma legislação restritiva de direitos.

Isso porque, como se viu, à legislatura caberá fundamentar a limitação que pretende empreender a um direito, bem como à corte caberá analisar essa fundamentação e, caso discorde, explicar em que medida considera que o parlamento extrapolou os limites da proporcionalidade, julgando aquilo que for incompatível com o *Charter* como inconstitucional, portanto, devolvendo ao poder legislativo a incumbência de rever aquela legislação, na proporção da sua inconstitucionalidade.

Ademais, o diálogo acontecerá, justamente porque nesses casos a legislatura poderá ter informações que a corte não possui, e a própria existência da *section* 1 permite que se perceba que o poder legislativo possui um papel importante na construção dos limites aceitáveis dentro do ordenamento jurídico, porém sem que se permita que esses usarão dessa prerrogativa para indiscriminadamente desconsiderar uma gama de direitos e garantias fundamentais conquistados socialmente[248].

Destarte, a *section* 1 permite que ao poder legislativo seja concedida a possibilidade de, ao reagir à afirmação da corte, demonstrar que existe uma melhor interpretação acerca do ato normativo posto em causa, utilizando-se do que se convencionou chamar de estatutos "*in-your-face*", já mencionados anteriormente.

Referidos estatutos, entretanto, se caracterizam por aqueles que, em que pese haja uma decisão judicial contrária à sua validade, são reeditados pelo parlamento e reinseridos

[248] MATHEN. Op. Cit. p. 132.

no ordenamento jurídico, respeitando a vontade da instituição parlamentar, representante das maiorias; nesses casos, inclusive, poderá o parlamento se utilizar de um voto dissidente da corte para embasar a fundamentação da necessidade de se manter aquela norma em vigor, mesmo que contrária à opinião da maioria dos juízes – o que demonstra uma forma de atuação interinstitucional, portanto.

Dessa feita, o que se percebe com isso é que o modelo canadense propicia um balanço institucional entre os poderes legislativo e judiciário que permite o envolvimento de ambas as instituições no processo de definição dos direitos.

Entretanto, apesar da existência dessa provisão normativa capaz de conceder um papel relevante às cortes, o modelo canadense, no entanto, resguardou a possibilidade de se garantir a manutenção da supremacia do parlamento, à medida em que trouxe no texto da sua *section* 33, o poder da instituição legislativa de se sobrepor às decisões judiciais – *override power* – por meio da possibilidade de utilização da chamada cláusula *notwithstanding*, ou mesmo, cláusula não-obstante; criada por conta do receio advindo das províncias de que o controle de constitucionalidade interferisse demasiadamente nas suas agendas políticas[249].

Sobre tal artigo, importante salientar que se trata de uma previsão própria do modelo canadense, que o distingue de todos os outros sistemas de controle de constitucionalidade, posto que nenhum outro modelo no mundo abarcou uma provisão como essa[250], capaz de propiciar um diálogo entre as cortes e o legislativo sobre o significado e a abrangência dos direitos previstos no *Charter of Rights* e, ainda, garantir que a decisão judicial não seja o fim do processo legislativo[251], com o objetivo de assim tentar driblar eventual supremacia do poder judiciário.

---

[249] HOGG; ALLISON. Op. Cit., 2000. p. 2.
[250] GARDBAUM. Op. Cit., 2010.
[251] Peter Hogg, ao comentar o julgamento do caso *Vriend vs. Alberta*, salientou o que o juiz Iacobucci manifestou em seu voto, nesse sentido, quando tratou do poder da justiça de interpretar de forma extensiva (*reading in*) um estatuto: “He pointed out that the remedy of reading in need not be "the end of the legislative process," because the competent legislature "can pass new legislation in response," and any new legislation could invoke the override provision of section 33 of the *Charter*, which he described as "the ultimate parliamentary safeguard.” Cf. HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K.. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". Osgoode Hall Law Journal 45.1 (2007): 1-65. p. 9.

Assim, com isso, referida disposição, então, permite que o legislador se utilize da já mencionada cláusula *notwithstanding,* que nada mais é que a possibilidade de garantir, por meio da imposição de referida cláusula no texto da nova lei editada pelo parlamento, que o mesmo possa se sobrepor à decisão judicial.

Ou seja, dito de outra forma, na prática, a corte se manifestará acerca de um direito constitucional que entende ter sido violado por determinada lei e, assim, a considerará inconstitucional, retirando-lhe o efeito, então. Porém, os legisladores sobre tal ato normativo entenderão de forma diversa e, assim, discordarão da corte, portanto, não apenas no que tange à sua aplicação, mas sobre o que a constituição significa, de fato[252].

Ademais, caberá ao parlamento reeditar a lei acrescentando a referida cláusula para demonstrar que "não obstante" a opinião da corte e o conflito com direitos previstos no *Charter,* entendem que a lei deve ter validade e se manter em vigor no ordenamento jurídico. Assim, a cláusula, com isso, "protegerá" o estatuto de qualquer dos direitos previstos na carta e de uma nova manifestação negativa do judiciário acerca daquela norma.

Dito de outra forma, ao editar uma lei com a tal cláusula, a declaração de invalidade da lei proferida pelo judiciário perde a validade enquanto aquela legislação permanecer em vigor.

Outrossim, nesse momento, é importante ressaltar que nem todos os direitos do *Charter* podem ser objeto de uma cláusula não-obstante. Embora aqueles que dizem respeito às liberdades fundamentais, e direitos de igualdade, por exemplo, o sejam, o legislador protegeu, *v.g.*, os direitos de não-discriminação entre homens e mulheres, para que em nenhuma situação se possa utilizar a cláusula em comento para distinguir entre pessoas de sexos diferentes.

Para além disso, referida disposição é tida como um dos mais claros exemplos de diálogo institucional constante no *Charter*, posto que é uma espécie de válvula de escape do parlamento, uma vez que propicia ao poder legislativo a capacidade de reagir, propriamente, às decisões e interpretações judiciais, por meio de um mecanismo que garante ao legislador

[252] TUSHNET. Op. Cit., 2006. p. 6.

uma maneira formal de fazer prevalecer suas próprias convicções acerca da aplicação e interpretação dos direitos fundamentais[253].

Até porque, entendia-se que as cortes tradicionalmente acabavam por beneficiar muito mais direitos individuais do que aqueles que dizem respeito às questões de desigualdades sociais, por exemplo, e, assim, fazia-se necessário permitir que o poder legislativo pudesse fazer valer uma sua própria interpretação dos direitos[254], buscando o interesse social.

Ademais, há autores, ainda, como Tushnet[255] que reconhecem a possibilidade, mesmo do poder legislativo editar uma lei já constando a cláusula não-obstante, antes mesmo daquela legislação ter sido alvo de uma decisão judicial que questione a sua compatibilidade com os direitos fundamentais postos no *Charter*.

É claro que, nesses casos, restaria obstado o diálogo entre as instituições, uma vez que a legislação já surgiria no ordenamento jurídico protegida de qualquer "ataque" judicial, o que por si só prejudicaria a participação equilibrada dos poderes no âmbito do controle de constitucionalidade e da noção de razoáveis discordâncias entre os poderes que podem fazer gerar um debate acerca dos direitos fundamentais e da melhor interpretação acerca dos mesmos; não parece, portanto, que seja interessante a existência dessa possibilidade que acaba por conceder poder excessivo ao parlamento, destoando da ideia de fortalecimento de ambas as instituições para que se tenha um sistema mais democrático.

Não obstante, o que se percebe é que, por se tratar de controle fraco de constitucionalidade que comporta, portanto, uma posição mais forte do parlamento, permite-se que, diante de uma decisão da corte, o mesmo entenda que sua própria interpretação tem mais valia e faz com que ela prevaleça, tirando do poder judiciário a última palavra em matéria constitucional.

Com isso, ao utilizar a cláusula não-obstante, o legislador transforma um direito constitucional que, aparentemente, é rígido – posto que arraigado no texto da constituição –

---

[253] BATEUP. Op. Cit., 2006. p. 7.
[254] WEBBER. Op. Cit. p.190.
[255] TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy Based Worries, 2003. p. 819.

em um direito flexível[256], como se fizesse parte de uma legislação ordinária, suplantada por lei posterior que o contraria.

É, por exemplo, o que aconteceu após a decisão do caso *Ford v. Quebec*[257], um exemplo emblemático de utilização da cláusula ora estudada. Isso porque, primeiramente, importante destacar que grande parte das vezes que referida cláusula foi utilizada[258–259], tal utilização se deu pela província de Quebec, uma vez que a mesma não concordou com a reforma constitucional do país, tendo incluído a cláusula em toda legislação que fora editada pela Assembleia Nacional entre os anos de 1982 a 1985[260].

Após, cessada referida prática no ano de 1985, em 1988 retomou a necessidade de editar mencionada cláusula, quando do debate do caso supramencionado. Explica-se: no ano de 1984, a província de Quebec editou a Lei 101, por meio da qual restava estabelecido que os anúncios publicitários deveriam ser feitos exclusivamente na língua francesa.

Ocorre que a Suprema Corte do Canadá, ao analisar a situação, considerou como inconstitucional referida provisão, uma vez que entendeu se tratar de uma norma que feria o direito à liberdade de expressão e, portanto, a considerou inválida.

Porém, os legisladores provinciais de Quebec, discordaram da opinião expressa pela Suprema Corte, que tinha por escopo invalidar a lei considerada inconstitucional e, assim, optaram por reeditar a lei, no ano de 1989, fazendo surgir a Lei 178, contendo a *notwithstanding clause*, protegendo, assim, a legislação, pelos próximos cinco anos, de qualquer ataque do poder judiciário.

Inclusive, importante salientar sobre referido prazo, uma vez que toda e qualquer legislação que tenha sido editada com a mencionada cláusula valerá por um período de cinco

---

[256] JOHANSEN, David; ROSEN, Philip. The Notwithstanding Clause of the Charter, 1989. p. 1.
[257] Disponível em: < https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do> Acesso em 06 de junho de 2016.
[258] Outros três casos ocorreram nas províncias de Alberta, Saskatchewan e Yukon. Cf. JOHANSEN; ROSEN. Op. Cit. p. 7.
[259] Não é demais ressaltar que, em que pese a reduzida quantidade de vezes nas quais o poder legislativo canadense se utilizou da cláusula não-obstante, o que importa para os fins desse trabalho é reconhecer que a própria existência do mecanismo e a concessão dessa possibilidade de reação por parte do poder legislativo já demonstra uma abertura para o diálogo entre as instituições que não se vislumbra nos modelos clássicos de controle de constitucionalidade.
[260] JOHANSEN; ROSEN. Op. Cit. p. 7.

anos – lapso temporal equivalente ao de uma legislatura – o que garante a existência de um prazo para se obter uma resposta popular, por meio do voto nas eleições[261].

Ou seja, caso durante esse período a opção do parlamento tenha sido no sentido de legitimar uma solução mais radical por meio do uso da cláusula, findo esse prazo, terão a oportunidade de repensar e debater se essa foi a melhor escolha, ou ainda, poderá a população buscar a mudança por meio de eleições de novos indivíduos para compor o parlamento.

Tanto assim que, no próprio caso ora apresentado, findos os cinco anos, a província de Quebec, ao reanalisar a situação, preferiu modificar a legislação em questão, fazendo com que, a partir de então, fosse exigido apenas que a língua francesa fosse predominante, sem excluir a possibilidade de outros idiomas constarem nos anúncios, de forma subsidiária, ou dentro dos estabelecimentos.

Com isso, o que se percebe diante desse fato, é que se tem um exemplo de um diálogo entre as instituições judiciária e parlamentar que funcionou, pois foram capazes de, com base nas justificações de ambos, encontrar um meio termo entre a opinião da corte, e do poder legislativo.

De forma contrária, se os legisladores – e a sociedade por eles representada – continuarem acreditando na medida que foi imposta, o parlamento poderá reeditar a norma contendo a mesma cláusula por quantas vezes achar necessário mantê-la em vigor.

Ou seja, por mais que haja uma limitação temporal obrigatória para revisar a "legislação-não-obstante", não há que se falar numa limitação quantitativa de renovação da cláusula, que poderá ser feita indefinidamente, enquanto se mantiver a situação que justificou a criação da mesma[262].

Ademais, importante estabelecer que se afigura bastante clara a essencialidade do diálogo nos casos que se pode perceber a existência de escolhas políticas tomadas em caráter de urgência para resolver situações emergenciais e que acabam por limitar alguns direitos; pois, dessa forma, ao passar pelo escrutínio do poder judiciário, abre-se espaço para uma

[261] TUSHNET. Op. Cit., 2014. p. 57.
[262] WEBBER. Op. Cit. p. 189.

nova rodada de reflexão acerca daquela medida, capaz de analisar se a política utilizada foi, de fato, a melhor forma de agir, diante de um caso concreto, por exemplo[263].

Ainda, para além das duas provisões do *Charter* supramencionadas, capazes de ensejar um diálogo institucional entre as cortes e o parlamento, impende destacar que o sistema canadense apresenta, também, outras possibilidades de diálogo que merecem atenção.

Sendo assim, uma delas é a existência da possibilidade de o poder legislativo, por exemplo, formular consultas à Suprema Corte no âmbito de questões abstratas, portanto, de questões que não são parte de um litígio.

Dessa forma, a corte tem o condão de se manifestar acerca de uma questão que lhe é proposta, como um órgão consultivo, propriamente, cuja resposta e manifestação não passa de uma opinião, que, portanto, não vincula a atuação do governo, mas lhe concede uma resposta em tempo menor do que faria caso no âmbito de um processo comum que julga a constitucionalidade de uma norma, por exemplo[264].

Tal característica do modelo canadense é bastante singular e demonstra uma forma interessante de possibilitar o diálogo entre os poderes judiciário e legislativo. Essa interação, inclusive, é anterior à promulgação do *Charter* e foi essencial para garantir os debates que o antecederam, pois, o poder legislativo elaborou diversas questões a serem respondidas pela Suprema Corte para sanar algumas dúvidas das províncias sobre a nova ordem constitucional que se pretendia implementar[265].

Por fim, outro mecanismo utilizado no Canadá que caracteriza mais uma forma de diálogo entre as instituições se trata das chamadas "*suspended declarations of invalidity*", ou "declarações de invalidade suspensas".

Nesse sentido, o poder judiciário ao analisar uma norma e considerá-la em desconformidade com o *Charter of Rights*, estipula um prazo no qual a lei continuará em

---

[263] SILVA, Virgílio Afonso da. A necessidade de diálogo constitucional: deliberação e razão pública, pensamento institucional e modelos alternativos. *In O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, Diálogo e Razão Pública*, 2009. p. 213.
[264] PERSAUD, Radhakrishnan. The Role of Judicial Advisory Opinions in Canadian Constitutionalism and Federalism: The Senate, Patriation & Quebec Veto Reference Cases Considered, 1998. p. 41-42.
[265] Para mais detalhes, conferir: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2519/index.do> Acesso em 06 de junho de 2016.

vigor, embora manifestamente inconstitucional – pois retirá-la do ordenamento jurídico traria mais prejuízos que vantagens. Durante esse período, então, caberia ao poder legislativo alterar a legislação para que pudesse estar em conformidade com o *Charter*[266].

Ou seja, o que se percebe é que a corte, apesar de entender que a norma é inconstitucional e deve ter retirada a sua validade, ao mesmo tempo reconhece que cabe ao poder legislativo a capacidade de reformular aquela legislação, pois é o âmbito mais propício para essa competência.

Com isso, no âmbito do diálogo, concede ao legislador tempo suficiente para que possa agir, no sentido de reformular o ato normativo e, caso assim não faça, passado o lapso temporal estipulado pela corte é que a lei perderá validade e deixará de produzir efeitos no ordenamento jurídico.

Não obstante, o que se verifica pela análise dos modelos supramencionados, é que uma das principais marcas do sistema fraco de constitucionalidade, em qualquer das suas vertentes, é a possibilidade de propiciar o diálogo entre as instituições judiciária e legislativa, na busca da melhor interpretação possível dos atos normativos, como também de uma melhor fundamentação das decisões, quer do poder judiciário ou do poder legislativo[267].

Além disso, resta bastante clara a existência – em referidos modelos de controle de constitucionalidade – de uma grande preocupação com a análise da proporcionalidade das restrições de direito impostas pelo legislador. De onde se observa, portanto, que por meio dessa atitude, busca-se a preservação das legislações que entram em vigor, pois, muitas vezes, o só fato da legislação estar aparentemente em desconformidade com as leis-parâmetro não quer significar que essa não seja a melhor solução para o interesse social.

Ou seja, a grande vantagem desses sistemas está, justamente, como já se falou, no fato de que ao prezarem pelo diálogo, promovem um sistema de justificações e

---

[266] Um exemplo da utilização desse mecanismo pode ser visto, *in verbis*: “The first use seems to date from the Supreme Court of Canada's decision in *Re Manitoba Language Rights* (1985)," where the Court found that all of the laws enacted since 1890 by the Legislature of Manitoba were unconstitutional. Contrary to an express constitutional requirement that the laws be enacted in French as well as English, Manitoba's laws had been enacted in english only. Faced with the prospect of a vacuum of provincial laws in Manitoba, the Court assumed the power to hold that the unconstitutional laws were to be given "temporary force and effect" for sufficient time to allow the legislature time to enact, in both languages, the required corrective legislation Cf. HOGG; THORNTON; WRIGHT. Op. Cit., p. 14.
[267] Idem. p. 15-16.

fundamentações muito mais dinâmico, no qual as instituições são abertas a ouvir umas às outras, concedendo cada vez mais legitimidade às suas atuações, uma vez que surgem da deliberação e do debate, prezando pelo bem público.

Para além disso, as instituições acabam por, de alguma forma, desenvolver uma certa noção de responsabilidade uma para com as outras, uma vez que precisam agir tanto respeitando o espaço de atuação da outra, quanto fiscalizando essa atuação, o que gera um balanço institucional mais dinâmico e diferente do que é verificado nos modelos clássicos de controle de constitucionalidade.

Porém, em que pese a existência de vantagens claras trazidas por essas novas formas de pensar o controle de constitucionalidade, resta o questionamento: seria possível aplicar as melhorias trazidas pelos modelos ora estudados para outros sistemas de controle de constitucionalidade que adotam as formas mais convencionais de fiscalização das normas?

Para isso, passaremos ao estudo do caso brasileiro, com o intuito de analisar de que maneira os contornos do controle fraco de constitucionalidade poderiam ser úteis no Brasil, mas, principalmente, se a sua aplicação seria possível, de alguma forma.

4. CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UMA REALIDADE POSSÍVEL?

Ab initio, faz-se necessário mencionar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é, com base nos critérios que já mencionamos, tipicamente um sistema de controle forte, haja vista que o poder judiciário detém a competência de retirar a validade das normas que considera inconstitucionais e, ainda, é dono da capacidade de dizer a última palavra em matéria constitucional; inclusive, a própria constituição estabelece em seu texto – artigo 102 – que ao Supremo Tribunal Federal – STF – compete a guarda da constituição.

Por conta disso, não se pode visualizar em referido sistema a possibilidade de uma revisão e escrutínio da atuação da corte pelo poder legislativo. Sendo assim, entende-se não se tratar essencialmente de um sistema dialógico, pois o mesmo não confere expressamente mecanismos que relativizem o papel de guardião da constituição do tribunal constitucional em prol de um maior balanço institucional com o poder legislativo; tampouco se visualiza a interação dos dois poderes como algo corriqueiro dentro do sistema de fiscalização das leis – embora se possa admitir que a prática revela algumas situações de diálogo.

Para além disso, o que reforça a ideia de se estar diante de um sistema de controle forte é a verificação no país da coexistência dos modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, se configurando, portanto, como um sistema híbrido que caracteriza o acesso à constituição tanto no âmbito das lides processuais de caráter subjetivo[268], quanto nas questões constitucionais abstratas, objetivas, portanto.

Ainda, não obstante, frisa-se que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é ainda mais forte quando se percebe a existência de normas constitucionais que não podem ser revistas, de maneira alguma, em qualquer tempo, pelo

[268] O controle difuso de constitucionalidade no Brasil, inclusive, remonta seu início ao ano de 1891, quando da adoção da primeira constituição republicana brasileira, como se pode notar pelos dizeres de Rui Barbosa, *in verbis*: "A redacção é claríssima. Nella se reconhece, não só a competencia das justiças da União, *como a das jus liças dos Estados,* para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federaes, a garantia de que, sendo contraria á subsistencia delias a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nullidade, ou a confirmará pelo motivo opposto. Mas, numa ou noutra hypothese, o principio fundamental é a auctoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunaes,* federaes, ou locaes, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e applical-as, ou desapplical-as, se gundo esse criterio." Cf. BARBOSA, Rui. Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893. p. 58.

poder legislativo. Portanto, não podem ser objeto de emenda constitucional, uma vez que se perfazem nas chamadas cláusulas pétreas[269] da constituição; mas, no entanto, podem ser interpretadas pelo poder judiciário, sendo esse o detentor da capacidade de definir de que forma se dá a aplicação dessas normas, numa atuação de característica legiferante[270], então.

Interessante analisar, por oportuno, que essa peculiaridade do modelo que ora se estuda distancia bastante o sistema brasileiro, tipicamente jurídico-constitucional, daqueles de constitucionalismo político, que entendem a constituição como algo que pode e deve ser modificado de acordo com as recentes necessidades, não se afigurando interessante, portanto, a existência de uma rigidez constitucional; sobretudo uma tão grande ao ponto de só poder ser revista com a existência de uma ruptura constitucional e a formação de um novo poder constituinte, como é o caso das disposições petrificadas na constituição brasileira.

Outrossim, o poder judiciário, no Brasil, detém a capacidade de invalidar as leis que estejam em desconformidade com a constituição, tanto *erga omnes*, quando das decisões proferidas em caráter abstrato pelo Supremo Tribunal Federal; quanto *inter partes*, pelos juízes ordinários, circunscrevendo o alcance da decisão que retira a validade de uma norma apenas para as partes do caso concreto em análise, mantendo a norma em vigor para todas as outras pessoas, instituições, etc.

Em ambos os casos, o que se pode notar é que a realidade brasileira demonstra ser papel do judiciário, principalmente, a interpretação da constituição e a competência de determinar quais normas merecem permanecer em vigor no ordenamento jurídico, proferindo a palavra derradeira acerca da questão constitucional[271].

Dessa forma, cabe ao poder legislativo apenas se conformar com a vontade da corte, uma vez que não detém ao seu dispor mecanismos concretos que o possibilitem se sobrepor à decisão do poder judiciário, como acontece nos modelos de controle fraco de constitucionalidade anteriormente mencionados.

---

[269] "Sabe-se que a consagração de cláusulas pétreas em um texto constitucional serve para limitar a atividade do legislador constituinte derivado, que não poderá alterar determinados núcleos jurídicos instituídos pelo legislador constituinte originário. Pretende-se, desse modo, proteger o texto constitucional contra alterações em seus aspectos essenciais." Cf. CORREA, Paulo José Machado. Rawls, Habermas e a Revisão de Cláusulas Pétreas. *In* Brazilian Journal of International Law. Vol. 7, Issue 1 Jan-Jun, 2010. p. 79.
[270] SHAPIRO; STONE SWEET. Op. Cit. p. 164.
[271] BARROSO. Op. Cit., 2009. p. 62.

Assim, por exemplo, ainda que o poder legislativo busque emendar a constituição para tentar fazer valer sua vontade, a própria proposta de emenda, ou a emenda em si – por ser produto do poder constituinte reformador – poderá ser alvo de uma decisão negativa de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal[272] e, até o presente momento, não há previsão normativa que possibilite qualquer reação por parte do poder legislativo para que possa fazer valer a sua vontade em detrimento da opinião judicial – em que pese, como veremos, tenha sido aventada uma possibilidade de mudança nesse cenário que estudaremos mais adiante.

Sendo assim, a título exemplificativo, mesmo quando a constituição federal brasileira – CF/88 – previu expressamente, em seu artigo 52, X, a competência do senado brasileiro de retirar, no âmbito da sua discricionariedade – portanto, apenas se achasse conveniente – no todo ou em parte os efeitos da norma tida por inconstitucional no âmbito do controle difuso e, assim, conceder efeito erga omnes às decisões proferidas em sede de análise concreta de constitucionalidade; o judiciário brasileiro acabou por realizar uma espécie de mutação constitucional sem alteração do texto, na seara jurisprudencial, manifestando-se no sentido de que ao senado caberia apenas ratificar a decisão judicial, dando publicidade a ela, por meio da publicação no Diário Oficial[273].

Tal é apenas um exemplo da força que detém, hoje, o poder judiciário brasileiro no que tange ao controle de constitucionalidade em detrimento do poder do congresso nacional que se já não era muito expressivo, parece-nos que está cada vez mais reduzido.

---

[272] Interessante notar o caso no qual o Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão das coligações partidárias no que tange à verticalização das mesmas, acabou por declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional que visava expressamente uma mudança no artigo 16 da constituição, uma vez que o mesmo prevê que qualquer alteração da norma eleitoral só pode valer após um ano da entrada em vigor da norma, e a emenda em questão pretendia que assim não fosse; dessa forma, ao declarar a inconstitucionalidade, o STF fez com que a regra constitucional da anterioridade da lei eleitoral atingisse o *status* de cláusula pétrea, pois não pode ser alterada. Dessa feita, tem-se o exemplo de uma atuação bastante ostensiva da corte brasileira, mesmo no que tange às emendas constitucionais, que deveriam ser responsabilidade do legislador constituinte derivado, e até de uma alteração do *status* da norma constitucional. Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397> Acesso em 14 de junho de 2016.

[273] Importante, assim, a análise da Rcl. 4335/AC ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, que acabou por gerar uma discussão entre os Ministros sobre a eficácia das decisões em controle difuso e o papel do Senado Federal, que por fim veio a se posicionar no sentido demonstrado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em 6 de junho de 2016.

Ora, sabe-se que para se chegar a uma situação como essa, deve-se analisar o contexto do desenvolvimento do sistema do país, para que se possa entender os motivos pelos quais o mesmo se moldou dessa forma e só assim poder analisar se há possibilidade de mudança do *status quo*, para que se possa questionar, então sobre a possibilidade de se vislumbrar a implementação de uma forma de controle de constitucionalidade com maior interação interinstitucional, retirando a grande força que detém hoje o poder judiciário, ao implementar nuances de um controle fraco de constitucionalidade.

4.1 O SISTEMA BRASILEIRO

Assim, primeiramente, importante frisar que diante da análise do âmbito global, deve-se ter em mente que o fortalecimento da jurisdição constitucional se confunde com o final da Segunda Guerra Mundial[274] e o reconhecimento dos direitos humanos.

Nesse período, portanto, houve um crescente processo de normatização dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, haja vista que os Estados acabavam de sair de um período conturbado no qual, inclusive, os mecanismos de defesa da constituição se demonstravam bastante inoperantes, o que fez com que, passado esse momento, surgissem mudanças consideráveis nas instituições que ultrapassaram o regime autocrático, e revitalizaram os Estados de direito, que – com o desenvolvimento desse novo constitucionalismo – passaram a ser pautados no valor fundante da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais que lhe asseguram[275], concedendo às cortes o papel de proteger os direitos contidos no texto constitucional[276].

Dessa maneira, tem-se que a existência dos direitos constitucionais os tornam objetivos a serem perseguidos pela sociedade; porém, como não há confiança na instituição legislativa – por conta tanto do trauma vivido no período de exceção, quanto da experiência hodierna que demonstra a falta de comprometimento da instituição legislativa e consequente falta de confiança da sociedade nesse poder, a exemplo do que acontece no Brasil – o poder

[274] CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. Algumas Reflexões em Torno da Justiça Constitucional. *In* Separata de Perspectivas do Direito no Início do Século XXI. Stvdia Ivridica, nº 41, Colloquia 3, 1999. p. 118.
[275] NOVAIS. Op. Cit. p. 198-199.
[276] FEREJOHN; ROSENBLUTH; SHIPAN. Op. Cit. p. 727.

de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das normas que entram em vigor acaba se tornando a solução mais óbvia[277].

Ademais, o próprio desenvolvimento dos Estados que passaram a ser entendidos como Estados sociais, fizeram com que as leis deixassem de ser meras definidoras de comportamento e passassem a ser definidoras de políticas públicas a serem implementadas socialmente; como tal, necessitavam de um referencial normativo, jurídico e social que se consubstanciava na própria constituição, revalorizada, então, por conta disso[278].

Dito isso, sabe-se que o processo não foi diferente em países como Portugal e Brasil, que em 1976 e em 1988, respectivamente, passaram por processos de redemocratização e fizeram das suas cartas constitucionais documentos abrangentes, envolvendo, inclusive, questões que anteriormente eram deixadas à competência dos representantes da maioria – do legislador infraconstitucional, portanto.

Particularmente no Brasil, essa tendência se mostrou muito acentuada: ao desconfiar do legislador, o constituinte originário se viu diante da inevitabilidade de criar uma constituição extremamente analítica, tornando constitucional um grande rol de matérias.

Assim, por conta desse reconhecimento e revalorização da constituição e, diante da necessidade sentida pelos Estados de garantir a constituição, dá-se, assim, o fortalecimento da justiça constitucional e do poder das cortes de atuarem no sentido de fiscalizar a produção de normas infraconstitucionais para que essas estejam em conformidade com a carta constitucional do Estado.

Diante disso, pode-se vislumbrar a lei não mais como algo que sujeita a atuação dos juízes, mas pelo contrário, como algo que está sujeito ao juiz[279], já que esse pode, por meio da fiscalização de constitucionalidade que é apto a realizar, determinar quais leis permanecem no ordenamento jurídico, e de que maneira elas devem ser interpretadas para que estejam em conformidade com a norma constitucional.

Ocorre que, o que se percebe, é que quanto maior é a consagração dos direitos humanos, e a consequente previsão constitucional desses direitos – tomados nas cartas

---

[277] SHAPIRO; STONE SWEET. Op. Cit. p. 143.
[278] CARDOSO DA COSTA. Op. Cit., 2006. p. 115-116.
[279] RANGEL, Paulo Castro. O estado do Estado: *Ensaios de Política Constitucional Sobre Justiça e Democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009. p. 46.

constitucionais como direitos fundamentais –, maior acaba sendo a tendência à centralização e expansão do poder judiciário, uma vez que crescem as possibilidades de ajuizamento de ações judiciais em busca da efetivação de tais direitos.

Ou seja, posto de outra forma, sempre que uma questão é positivada no texto constitucional, ela se torna uma pretensão jurídica em potencial[280], haja vista que uma vez estipulado na constituição que um direito é um direito fundamental e deve ser garantido pelo Estado, quando esse não for capaz de prestar os serviços necessários que garantam a efetivação desses direitos, aos particulares é permitido recorrer ao judiciário para que esse possa buscar compelir o Estado a agir da forma que a constituição prescreveu.

Outrossim, como nas lições de Canotilho[281], a redescoberta da constituição como "ordem de valores e de princípios" permite que se proceda a uma legitimação da atuação do poder judiciário que extrapola os limites do seu próprio poder; ou seja, na busca pela concretização dos direitos postos no texto constitucional, acaba-se verificando uma tendência de alargamento do chamado espaço de discricionariedade dos magistrados, quando esses atuam na busca pela efetivação da justa realização da constituição.

Sendo assim, percebe-se que acabam chegando ao poder judiciário questões e debates que dizem respeito à implementação de políticas públicas que, originalmente não são – e talvez não devessem sequer chegar a ser – do seu âmbito de atuação, uma vez que são funções precípuas dos poderes legislativo e executivo.

Dessa maneira, o que se tem contemplado é mesmo, como nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos, um verdadeiro deslocamento da legitimidade estatal, transferindo-a dos poderes executivo e legislativo para o poder judiciário; que na sua concepção se deve ao desmantelamento do Estado social, fazendo com que a população recorra às cortes para buscar a concreção de direitos relativos, por exemplo, à previdência, educação, saúde, etc.[282]

Então, é justamente nessa busca crescente do poder judiciário pela efetivação de políticas públicas que surge o já conhecido conceito de judicialização da política. Tate e

---

[280] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática, 2012. p. 4.
[281] CANOTILHO, J.J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judiciarização da política e a politização da justiça, 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf.> Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.
[282] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. Coimbra: Almedina, 2014. p. 22 e 30.

Vallinder[283], pioneiros na análise desse processo e da definição dele como tal, prelecionaram que: "When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside."

Os mesmos autores, inclusive, trataram a questão da judicialização da política como sendo um fator que pode ser percebido tanto quando as cortes expandem seu âmbito de atuação em detrimento do espaço político, se sobrepondo a atuação dos legisladores, por exemplo, transferindo a competência de decisão dos últimos para o poder judiciário; ou quando se verifica a propagação da atuação judicial para além dos limites da sua jurisdição própria[284].

Ademais, o próprio reconhecimento da supremacia da constituição acaba por legitimar a atuação do poder judiciário, que se coloca em um papel de controlar os demais poderes – executivo e legislativo, portanto.

É nessa seara, inclusive, que o controle de constitucionalidade das normas toma grande proporção e permite que os juízes atuem na direção oposta do poder político, indo de encontro às decisões advindas das representações majoritárias – impulsionados muitas vezes, inclusive, pela própria oposição política que busca frear as decisões advindas das maiorias parlamentares –, atuando, então, na revisão de ações que são tipicamente políticas[285].

Com isso, o poder judiciário acaba se tornando, ele mesmo, um órgão político, autoproclamado como um poder de defesa dos direitos dos cidadãos[286] formado por membros não eleitos majoritariamente.

Além do mais, quando se vislumbra um sistema de constitucionalismo rígido, no qual a mudança da constituição é extremamente difícil, ou em alguns casos – como se falou das cláusulas pétreas – impossível, resta às cortes constitucionais o papel de desenvolvimento da constituição por meio da sua atividade interpretativa; e, como se sabe, a capacidade de

---

[283] TATE, C.; VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power. New York University Press: New York, 1997. p. 13.
[284] Idem.
[285] SHAPIRO; STONE SWEET. Op. Cit. p. 143.
[286] CANOTILHO. Op. Cit., 2007. p. 9.

interpretar os direitos inevitavelmente acaba concedendo a quem a exerce o poder de criar, propriamente, os direitos.

Sendo assim, essa atividade criativa e, portanto, consequentemente, a força do poder judiciário na produção de direitos, será tanto maior quanto for a incapacidade do poder legislativo de passar por cima das decisões – e criações – das cortes[287]; seja por meio da capacidade de facilmente emendar estatutos que venham a corrigir a atuação do poder judiciário, ou por meio das ferramentas oferecidas pelo controle fraco de constitucionalidade que mencionamos anteriormente.

Ou seja, quando ao poder legislativo, como no Brasil, for extremamente custoso emendar a constituição, ou não puder fazer valer a sua opinião que razoavelmente discorde da opinião proferida em matéria constitucional pelo judiciário, tem-se que esse último acaba por ter uma atuação muito mais forte do que poderia ser o desejável.

Outra situação que acaba por fortificar a atuação do judiciário diz respeito à inércia do legislador. No Brasil, por exemplo, quando se volta a análise para a realidade atual e, verifica-se principalmente a crise de representatividade pela qual passa o legislativo do país, retirando a força da lei e do próprio poder[288] perante à sociedade, faz com que surja uma atuação cada vez mais ostensiva dos juízes, que buscam tapar as lacunas legislativas, numa atuação que, ao contrário do que se poderia alegar, não apoia a democracia, mas em verdade a coloca cada vez mais em crise[289].

Ainda, um outro ponto que merece ser destacado diz respeito ao fato de que o Supremo Tribunal Federal pode, no exercício da sua discricionariedade selecionar as matérias que serão julgadas[290], por meio do mecanismo da repercussão geral[291], fato que

---

[287] SHAPIRO; STONE SWEET. Op. Cit. p. 146.
[288] BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil), 2004. p. 87.
[289] VIEIRA. Oscar Vilhena. Supremocracia. *In* Revista Direito GV. São Paulo, n. 4(2), jul/dez 2008. p. 443.
[290] NOVAIS. Op. Cit. p. 216.
[291] Introduzida no ordenamento jurídico por meio da emenda constitucional 45/2004 – chamada de emenda da Reforma do Judiciário –, que, dentre outras alterações, acrescentou o §3º no artigo 102 da Constituição Federal, prelecionando: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.". Além disso, consta no artigo 543-A do Código de Processo Civil brasileiro a seguinte previsão: "O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo."

demonstra, também, uma característica ativa do poder judiciário, em detrimento da ideia *kelseniana* de legislador negativo.

Além disso, a própria delegação ao poder judiciário de decisões de caráter polêmico, com a finalidade de evitar determinações advindas dos representantes eleitos que possam se demonstrar pouco políticas – no sentido de desagradar grande parte da população – também é uma situação catalizadora do papel central do judiciário. É o caso, por exemplo, das decisões sobre aborto, casamento entre homossexuais, etc.

De maneira oposta, poder-se-ia pensar que, diante de uma decisão judicial controversa politicamente, o parlamento poderia/deveria se sobrepor a ela, por meio da edição de uma norma que fizesse valer a vontade majoritária. O problema reside no fato de que modificar uma decisão judicial nesse contexto pode ser perigoso para o próprio parlamento, uma vez que sempre haverá uma parcela influente da sociedade que ficaria insatisfeita com a decisão parlamentar[292]; de onde se conclui que politicamente, nesses casos, para o poder legislativo, acaba sendo melhor se abster de agir e deixar ao poder judiciário a incumbência de tratar daquela matéria.

Assim, não apenas no Brasil, mas no contexto global, o que se verifica é que a judicialização da política vem crescendo cada vez mais e é cada vez maior o leque de questões típicas de política pública que chegam ao âmbito do poder judiciário[293]. Tanto assim que, como nos dizeres de Hirschl[294–295]: "Today, not a single week passes without a

---

[292] DWORKIN. Op. Cit. p. 18.

[293] "Assistimos actualmente, isso sim, a uma crescente politização dos fenómenos sociais. Questões tão importantes como o uso do "tchador" ou a autorização da clonagem, que muitos remeteriam respectivamente para o mundo religioso ou para o atlas científico, são hoje questões eminentemente políticas. E o mesmo vale para o conflito entre a multinacional "empregadora-poluidora" e os grupos ambientalistas, para a promoção ou desclassificação dos clubes de futebol, para a proibição das touradas, para a criminalização dos políticos corruptos. Todas elas questões que, apesar daquela fortíssima carga político-social, podem paradigmaticamente ser resolvidas, a título cautelar ou final, por instâncias judiciais. (…) O processo judicial, com a sua estrutura procedimental e dialéctica argumentativa, sedimentou-se como uma forma, por excelência, de enquadramento político da conflitualidade social," Cf. RANGEL. Op. Cit. p. 49.

[294] HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politcs and the Rise of Political Courts, 2008. p. 4.

[295] Idem, p. 5: "In recent years we have seen the emergence of another level of judicialized politics: reliance on courts and judges for dealing with what we might call 'mega-politics' – core political controversies that define the boundaries of the collective or cut through the heart of entire nations. This level of judicialization includes several subcategories: judicial scrutiny of executive-branch prerogatives in the realms of macroeconomic planning or national security (...); judicialization of electoral processes; judicial corroboration of regime transformation; fundamental restorative-justice dilemmas; and above all, the judicialization of formative collective identity, nation-building processes, and struggles over the very definition or *raison dêtre* of the polity as such – arguably the most troubling type of judicialization from a participatory democracy

national high court somewhere in the world releasing a major judgment pertaining to the scope of constitutional rights or the limits on legislative or executive powers."

Então, dessa feita, pode-se analisar que o próprio fenômeno da judicialização da política é palco para o desrespeito do princípio da separação dos poderes, e para o desenvolvimento, como foi dito, do protagonismo judiciário, que no âmbito do Supremo Tribunal Federal vem se configurando por meio do grande ativismo judicial dos ministros que o compõem.

Ademais, quanto à separação dos poderes, o fato se afigura bastante problemático pois ao usurpar a competência dos outros poderes, não respeita, portanto, os limites do próprio poder[296].

Com isso, o STF brasileiro, diante dessa ampliação do seu âmbito de atuação, reveste-se de um poder moderador, além de exercer a capacidade de conceder a última palavra sobre as matérias constitucionais, rotineiramente se sobrepondo às escolhas da maioria[297].

Outrossim, referidos limites, como se sabe, são estipulados pela própria constituição[298], e no afã de protegê-la, acabam por feri-la gravemente. Assim, quando proferem decisões que vão de encontro ao princípio da maioria[299] e à democracia agem diretamente contra uma determinação constitucional (artigo 2º, CF/88) que prevê serem os poderes "independentes e harmônicos entre si", isso sem mencionar que o legislador originário elevou o princípio à categoria de cláusula pétrea (artigo 60, §4º, III, CF/88). É uma a lógica que vem desde Montesquieu[300], que nos parece ainda atual, como se vê, *in verbis:*

> Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (...) Não haverá (...) liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter

---

stanpoint. These emerging areas of judicialized politics expand the boundaries of national high-court involvement in the political sphere beyond any previous limit."

[296] BONAVIDES. Op. Cit., p. 85.

[297] VIEIRA. Op. Cit. p. 445.

[298] CANOTILHO. Op. Cit., 2007. p. 10.

[299] MOREIRA. Op. Cit., 1995. p. 195-196.

[300] MONTESQUIEU. O Espírito das Leis: tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1998. p. 202.

> a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem [...] exercesse três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Tanto assim que, quando o Supremo Tribunal Federal se veste com as roupas do legislador, essa postura demasiado ativa dos ministros se afigura como problemática, à medida em que suas decisões legiferantes não são passíveis de controle popular, ou escrutínio dos outros poderes e acabam se caracterizando como legisladores com mandatos extremamente longos e cujas leis não são submetidas a um controle posterior. Dessa feita, entendemos como Posner[301] quando preleciona que "When deciding constitutional cases Supreme Court Justices are like legislators in a system in which there is no judicial power to invalidate statutes and legislators once elected cannot be removed".

Além do mais, como se viu, dotar o Supremo Tribunal de um alargado poder, como o que se verifica hodiernamente, é atitude que pode se revelar antidemocrática, até porque, como se viu, da forma que é estruturado o sistema, não se vislumbra, sequer, a possibilidade de conceder ao poder legislativo, por meio do diálogo, a capacidade de reagir às decisões *contramajoritárias*.

Sendo assim, ao invés de agir sempre com o intuito de proferir a última palavra, parece-nos que às cortes, no exercício da fiscalização de constitucionalidade, deveriam adotar uma atitude mais minimalista, seguindo aquilo que foi preconizado por Sunstein[302], *in verbis*:

> (...) minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging. A court that leave things open will not foreclose options in a way that may do a great deal of harm. (...) There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course, minimalist rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state, and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions. And if a court wants to promote more democracy and more deliberation, certain forms of minimalism will help to do so. If, for example, the Court says that any regulation of the Internet must be clear rather than vague, and that a ban on "indecent" speech is therefore unconstitutional simply because it is vague, the Court will, in a sense, promote democratic processes by requiring Congress to legislate with specificity. (…)

Com isso, se assim for, restará espaço para que, depois da decisão da corte que vise simplesmente se ater aos próprios limites da sua atuação e do caso em análise, abordando

---

[301] POSNER. Op. Cit. p. 82.

[302] SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time: *Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 4.

apenas aquilo que for realmente necessário para resolvê-lo, haja um novo momento de reflexão sobre o assunto, sobre a norma em questão; e, assim, até mesmo poderá surgir uma forma de diálogo, quando se assume que o poder judiciário deixará espaço para o poder legislativo agir, ou até mais do que isso, quando o mesmo for capaz de, por meio desse tipo de atitude, incentivar uma atuação do parlamento, como se viu.

Bem assim, se dessa forma acontecer, estar-se-á em franca sintonia com os modelos dialógicos, uma vez que caberia ao poder legislativo rever aquela decisão da corte e analisar se, de fato, alcança o interesse público, ou se a sua conduta – se revelando como uma outra opinião razoável sobre a questão – é mais propícia a garantir a melhor solução para a sociedade, de um modo geral; ou, ainda – e não se vislumbra excluir essa possibilidade – poderá, mesmo, seguir determinadas orientações da corte para agir de uma forma que respeite os direitos fundamentais.

Por fim, o que se percebe é que em que pese a clara existência da judicialização da política, como vimos, ter se tornado uma consequência da existência dos Estados Democráticos de Direito, o ativismo judicial adotado pela corte suprema brasileira faz com que a atuação da mesma vá além dos limites constitucionais estabelecidos na carta constitucional do país e tenta legitimar uma ação inconstitucional quando desrespeita a separação dos poderes e desrespeita as atribuições de competências estabelecidas pelo legislador constitucional originário, desestabilizando o balanço entre as instituições.

Dessa feita, para uma melhoria do sistema brasileiro, o que se verifica é que as instituições judiciária e legislativa precisam, em verdade, atuar de forma conjunta, cada qual agregando ao processo as suas próprias vantagens institucionais, sem prejuízo do escrutínio que devem fazer da atuação uma da outra; ao mesmo tempo que por meio de atuações pautadas em fundamentações bem definidas, consigam explicar os motivos que consideram relevantes para justificar aquela forma de agir, concedendo ao outro poder a capacidade de entender e questionar os contornos das decisões, num diálogo constante que propicie o alcance das melhores soluções.

Se assim for, haverá o fortalecimento das instituições, porém sem que uma cresça em detrimento da outra, garantindo que o sistema se fortaleça como um todo. Mesmo que pareça contraditório, é só com características do controle fraco de constitucionalidade que o ordenamento poderá se fortalecer.

Assim, por conta disso, inclusive, é que surgiu, no ano de 2011, uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC 33/2011, que visava, justamente, mudar alguns contornos do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, fazendo com que o mesmo se revestisse de algumas características do controle fraco de constitucionalidade, uma vez que propiciaria um maior diálogo entre as instituições.

Sendo assim, veremos de forma sucinta sobre citada proposta, a seguir.

4.1.1 Proposta de Emenda à Constituição Federal Brasileira nº 33/2011.

Primeiramente, insta salientar que já referida PEC[303] foi proposta com o objetivo de, dentre outras coisas, reformular o mecanismo por meio do qual se dá hodiernamente a fiscalização de constitucionalidade das propostas de emenda à constituição, por meio da alteração do artigo 102, CF/88.

Ora, isso porque, o que se percebe hoje em dia é que, o congresso nacional, ao propor uma alteração da constituição por meio de emenda, tal proposta pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal, ao analisá-la, poderá entender se tratar de uma emenda inconstitucional e, dessa maneira, a mesma não poderá permanecer fazendo parte do ordenamento jurídico, uma vez ter sido considerada incompatível com o arcabouço normativo da constituição vigente, fazendo com que não possa fazer parte de referido texto constitucional por macular a unidade do ordenamento em questão.

Ocorre que, por meio dessa proposta de emenda, propunha-se que nos casos nos quais o STF entender por inconstitucional a matéria de uma emenda à constituição, essa decisão não poderia ter efeito vinculante e *erga omnes* antes de ser submetida ao poder legislativo para em noventa dias iniciar uma nova fase de reflexão acerca da constitucionalidade e necessidade de dotar a decisão da corte suprema de efeitos oponíveis a todos e decidir,

[303] Importante destacar que no âmbito desse estudo, busca-se trazer a análise de referida proposta para fins didáticos, embora se saiba que, no presente momento, a mesma se encontra arquivada na câmara dos deputados brasileira, aguardando ser recolocada em pauta na legislatura que ora está em vigor, seguindo a regra do regimento interno da casa. Porém, importa-nos analisá-la, uma vez que a mesma se demonstra como um certo lampejo de mudança no sistema brasileiro, que não podemos deixar de ressaltar. Para mais detalhes, cf. < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 15 de junho de 2016.

portanto, dentro desse prazo – caso contrário, passando esse lapso temporal, valeria a decisão proferida pela corte.

Ou seja, o que se pretendia era a implementação de uma característica semelhante à dos modelos de controle fraco de constitucionalidade, uma vez que dessa forma, se retiraria do poder judiciário a função de dizer a última palavra sobre a (in)constitucionalidade da emenda constitucional, no que toca à produção de efeitos da decisão por esse proferida, ao passo que permitiria ao poder legislativo a capacidade de escrutinar a atuação judiciária, no âmbito da sua decisão de inconstitucionalidade; fazendo com que, dessa forma, surgisse uma reação legislativa à atuação judicial e consequentemente poderia se iniciar um diálogo entre as instituições.

Importante frisar que, de outra banda, esse diálogo também poderia acontecer se considerarmos que, como a proposta menciona tão somente a produção de efeitos da decisão, ou seja, se a mesma vincularia as outras instâncias do poder judiciário e as instituições da administração pública, entende-se que o poder legislativo não estaria vinculado à decisão, o que faria com que, não obstante a constatação de inconstitucionalidade – mesmo que a ela fosse concedido efeito vinculante – posteriormente o próprio poder legislativo poderia, desconsiderando a decisão judicial, editar uma nova emenda constitucional, com conteúdo semelhante, fazendo valer a sua interpretação.

Assim, nesse caso, poderia a emenda que fora novamente editada, voltar a ser desafiada perante o poder judiciário, que reanalisaria a questão, num claro exemplo de diálogo interinstitucional.

É claro que, trazendo a proposta para a realidade, quando se considera que o próprio poder legislativo brasileiro, por meio de 3/5 (três quintos) dos votos dos parlamentares de ambas as casas do congresso nacional já votaram pela existência e validade da emenda constitucional, muito dificilmente, depois de uma decisão contrária do corte suprema, estariam dispostos a mudar de opinião.

Não obstante esse pensamento, em verdade não há como prever a reação legislativa, uma vez que da mesma forma que são alteradas as leis, mudam os pensamentos dos membros do congresso nacional (e mudam-se os próprios membros). Além do mais, o próprio fato de

reacender o debate garantiria que houvesse mais discussão acerca do assunto, o que se demonstra benéfico quando se está diante da alteração do *status quo* constitucional.

Entretanto, talvez o grande problema da proposta resida justamente no fato de que, para que se perfaça o diálogo, como se viu, necessário é que se exija que as instituições participantes no debate acerca da constitucionalidade de uma norma, por exemplo, justifiquem e fundamentem de forma pormenorizada os motivos pelos quais acreditam ser a sua a melhor opinião no que tange à permanência ou não do ato normativo no ordenamento jurídico, ou de que forma ele deva permanecer. Não parece, no entanto, que a proposta incentive essa cultura de fundamentações, o que, por conta disso, já demonstra uma falha da mesma.

Para além disso, a PEC ora em comento ainda pretendia que, no caso de permanência da discordância entre os poderes – caso o poder legislativo ratificasse a sua opinião primeira –, a proposta fosse submetida à consulta popular, com o intuito de delegar à população a capacidade de resolver o embate entre as instituições.

Quanto a isso, não nos parece interessante transferir ao povo a resolução da questão, uma vez que o que se pretende é que haja um debate entre as instituições, sedes propícias para os debates democráticos e não à população que, no mais das vezes, não é dotada de conhecimento suficiente para votar questões tão importantes para a vida social.

Isso porque a democracia, embora pressuponha a participação popular, não quer dizer, com isso, que essa deva ser realizada de forma direta, posto que, no âmbito de uma democracia representativa, cabe à população decidir quem a irá representar e escolher os melhores caminhos no que tange às políticas públicas e definição das normas que devem viger no ordenamento jurídico e não decidir as questões públicas diretamente, salvo em situações muito bem definidas de necessidade de referendo ou plebiscito.

Outrossim, mesmo que um tipo de democracia deliberativa, pautada no discurso racional acerca das decisões coletivas que lhes tocam[304] pareça interessante em termos dialógicos, para se pressupor a possibilidade de uma tal democracia, necessário seria,

[304] SILVA, Felipe Carreira da. Democracia Deliberativa: Avaliando Seus Limites, 2004. p. 13.

também, que os membros da sociedade estivessem prontos para esse tipo de participação popular, o que, pelo menos em termos de Brasil, não é o caso.

Ainda, a mencionada proposta também possuía o intuito de alterar o artigo 103-A, CF/88, para que nos casos de decisão reiterada do Supremo Tribunal Federal, quando a corte pretendesse que a mesma se tornasse súmula vinculante[305], essa deveria ser submetida à aprovação do congresso nacional, para que, só assim, pudesse gerar efeito vinculante para os demais órgãos do poder judiciário e administração pública.

Estar-se-ia, dessa forma, diante de mais uma possibilidade de diálogo entre as instituições, que nesse caso seria interessante, uma vez que a partir do momento que se entende que ao editar súmulas vinculantes o STF acaba por criar uma forma de legislar – já que estabelece precedentes que devem, obrigatoriamente, ser seguidos pelas outras instâncias do poder judiciário e instituições da administração pública – por meio de uma exigência como essa, de submissão das propostas de súmula ao congresso nacional, permitir-se-ia que as representações democráticas concedessem um certo tipo de aval antes da criação de uma espécie de norma.

Dessa feita, como se pode perceber, a proposta ora em comento, embora pareça querer aproximar o sistema brasileiro de um modelo dialógico e de controle mais brando de constitucionalidade, possui alguns problemas que permitem que se afirme não ser ainda a forma ideal de reformulação do sistema.

Por conta disso, e de todo o exposto, diante da noção de que o sistema brasileiro ainda é, claramente, um sistema forte de controle de constitucionalidade e, sabendo que para além disso o judiciário brasileiro assume um papel cada vez mais relevante na definição de direitos, parece-nos necessário propor algumas mudanças que, de fato, permitirão que o sistema de fiscalização da constitucionalidade no Brasil se torne um sistema de maior balanço institucional, permitindo não o fortalecimento de uma instituição – que no caso em

---

[305] A súmula vinculante que, como se sabe, existe no Brasil desde 2004, com a edição da Emenda Constitucional 45. Referida emenda acrescentou o artigo 103-A na Constituição Federal, que posteriormente foi regulamentado pela Lei n. 11.417 de 2006. A partir desse dispositivo o Supremo Tribunal Federal adquire a capacidade de, em sede de controle incidental da constitucionalidade, após reiteradas decisões sobre a mesma matéria constitucional, uniformizar a jurisprudência, vinculando tanto a administração pública, como juízes e tribunais, que deverão respeitar compulsoriamente a jurisprudência pacificada. Importante frisar que a tese contida na súmula deverá ser originada das decisões, e não de argumentos laterais – *obiter dicta*. Para mais informações, cf. REIS, Palhares Moreira. A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Editora Consulex, 2009.

comento se consubstancia no poder judiciário – mas sim o fortalecimento das instituições como um todo, possibilitando uma atuação dialógica e interativa com o fulcro de buscar as melhores respostas às questões constitucionais.

4.2 Casos Emblemáticos Julgados pelo STF: Propostas de Implementação do Controle Fraco de Constitucionalidade no Brasil

Sendo assim, para ilustrar, analisaremos – tendo como parâmetro o que já foi exposto acerca dos modelos de controle fraco de constitucionalidade – casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que de forma bastante ativista decidiu situações que extrapolam o limite do próprio poder e que, provavelmente, teriam sido melhor discutidas na seara democrática, com a participação dos representantes da maioria, caso se propiciasse uma interação entre os poderes capaz de garantir uma atuação balanceada desses, portanto.

Dessa maneira, é o que se demonstrará a seguir.

4.2.1 **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal: o Caso das Uniões Homoafetivas**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 4.277 foi interposta perante o Supremo Tribunal Federal com o fulcro de questionar a constitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro que prevê expressamente ser considerada como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, com o objetivo de constituição de família.

A referida ação foi proposta, então, pois se entendia que a lei, da forma restritiva que foi editada, tratando apenas os casais formados por pessoas de sexos diferentes como capazes de constituir família, feria os seguintes preceitos fundamentais garantidos na carta constitucional brasileira: igualdade, segurança jurídica, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, pretendia-se que fosse concedida ao dispositivo em comento interpretação conforme à constituição[306], para que, dessa maneira, se procedesse à uma alteração da norma

[306] Sobre a interpretação conforme, inclusive, podemos citar Virgílio Afonso da Silva, *in verbis*, quando preleciona que: "(...) embora a doutrina jurídica costume muitas vezes minimizar esse atrito [entre o poder

no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal, sem que para isso houvesse alteração do texto, com o intuito de garantir a previsão de união estável com o fim de formar uma família também para os casais compostos por duas pessoas do mesmo sexo.

Outrossim, tal foi a primeira vez que a corte suprema brasileira se deparou com a questão ora em comento e de logo, como veremos, sua atuação já se consubstanciou numa atitude criativa, no sentido de determinar de que maneira deveria, a partir de então, ser interpretada a norma constitucional, criando, consequentemente, uma nova norma jurídica.

Isso porque, da leitura do acórdão proferido no ano de 2011[307], depreende-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro acordaram, por unanimidade, que as regras do código civil estipuladas para os casais heteroafetivos que formavam união estável, deveriam ser autorizadas de forma igual para os casais homoafetivos, com todas as regras e consequências a esses concedidas, tendo sido conferida à decisão, tanto eficácia *erga omnes* quanto efeito vinculante para todos as instâncias do judiciário e administração pública.

Ora, veja-se, de modo algum pensaríamos que os direitos dos casais homoafetivos não devam ser os mesmos daqueles formados por pessoas de sexo diferente, pois não há motivo suficientemente razoável e proporcional para que se possa vislumbrar uma limitação aos direitos dos primeiros, como é óbvio.

Entretanto, o que se deve ter em mente é que ao poder judiciário, justamente, como se viu marcantemente nos casos dos sistemas de controle fraco de constitucionalidade anteriormente estudados, deve ser dada a responsabilidade de analisar, em casos de restrição de direitos, se as mesmas podem ser justificáveis em uma sociedade livre e democrática, ao passo que ao poder legislativo é que resta a competência para tomadas de decisões que digam respeito à vida em sociedade, por meio da criação e modificação das leis e *status quo*, uma vez que foram eleitos com essa finalidade.

---

judiciário e o poder legislativo], ao aceitar como não-problemática a legitimidade do Judiciário para controlar os atos do legislativo, (...) um cânone interpretativo que constranja o juiz a tentar salvar uma lei da inconstitucionalidade tende a tornar essa possibilidade de atrito ainda maior". Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: *Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial.* Revista Direito GV, vol. 2, n. 1, jan – jun 2006, p. 191- 210. p 193.

[307] Inteiro teor do acórdão disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em 18 de junho de 2016.

Até porque, num caso como esse em que, inevitavelmente, existem discussões acirradas no âmbito da sociedade sobre o tema, poder-se-ia esbarrar em uma decisão que, em que pese revelasse a noção de sociedade e ideias políticas dos julgadores, essa não ilustrasse a opinião da maioria da população; ou ainda, mesmo que ilustrasse, careceria de uma legitimidade concedida por meio da escolha popular dos membros do poder judiciário, como já se demonstrou.

Dessa forma, justamente por isso, é que uma decisão judicial como uma declaração de incompatibilidade pode ser benéfica no âmbito do controle de constitucionalidade, uma vez que permite que se tenha o embasamento teórico concedido pelos juristas que compõem a suprema corte, mas, ao mesmo tempo, concede ao poder legislativo a possiblidade de rever aquela decisão – já bastante fundamentada – e decidir (também fundamentando a sua decisão) se segue aquilo que foi estipulado pela corte, ou não, em franca sintonia com o modelo democrático e dialógico.

O que se pretende, outrossim, como se pode ver, não é negar a participação das cortes no processo de interpretação dos direitos, visto que se trata de uma instituição que é própria para discussão dos mesmos. Em verdade, até se considera importante a sua participação, no sentido de incentivar a produção e discussão legislativa em certos sentidos.

Porém, como nas palavras de Urbano[308], deve-se ter em conta que os juízes constitucionais não podem se tornar atores que, ávidos a legislar, tratam o legislador ordinário como uma espécie de "barriga de aluguer normativa", uma vez que esperam que os mesmos criem as leis, para, futuramente, interpretar as normas jurídicas superando o texto posto para moldá-las da forma que preferirem, sendo que, esses últimos são, na realidade, os verdadeiros detentores do chamado *indirizzo politico*.

Por conta disso, então, é que se sugere que a atuação das instituições deva se pautar numa característica dialógica, permitindo que cada um dos poderes participe do processo decisório dentro do limite estipulado para a sua própria atuação, abrindo espaço para que cada opinião seja devidamente fundamentada e justificada, prezando pela já citada cultura de justificações que devem pautar o agir interinstitucional.

---

[308] URBANO. Op. Cit. p. 67.

Além disso, essa mudança do sistema faria com que se pudesse iniciar uma mudança, também, no próprio comportamento do poder legislativo brasileiro que, em muitos casos, como já se explanou anteriormente, se exime de discutir questões polêmicas para não se indispor com determinada parcela do eleitorado. Nesses casos, portanto, tal instituição se veria obrigada a se manifestar após uma decisão constitucional do Supremo Tribunal Federal, independente da sensibilidade da questão em discussão.

Ou seja, sendo assim, de fato, o que se busca é que o sistema brasileiro apenas retire do poder judiciário a capacidade de dizer a última palavra em matéria constitucional, pois acaba alterando as normas com base em interpretações constitucionais que muitas vezes se distanciam da vontade da maioria; e que, ao poder legislativo seja concedida maior participação nas decisões que influenciam a vida em sociedade.

Até porque, verifica-se temerária a concessão de tamanho poder de alteração das normas constitucionais – que deveriam ser atitudes próprias do poder constituinte reformador – a um número tão reduzido de juízes que trazem para a análise dos casos concretos suas próprias convicções morais e políticas, como já se mencionou anteriormente.

Diante desse caso específico, remete-se, inclusive, para o caso anteriormente estudado, que foi julgado na Inglaterra, sobre a questão da sucessão entre casais homossexuais que constituíam união estável[309].

O papel da corte, nessa situação, foi exatamente o de analisar a proporcionalidade da restrição do direito e identificar o que considerou uma afronta desarrazoada ao direito em questão, sinalizando, assim, ao poder legislativo que o mesmo deveria rever aquela matéria e decidir qual seria a melhor forma de agir para solucionar essa questão constitucional. Ou seja, nesse caso, pode-se verificar a atuação da corte no sentido de incentivar uma reação legislativa.

Dessa feita, parece-nos que o sistema brasileiro poderia adotar posição semelhante, à medida em que, por meio de uma atitude como essa, ainda se concede participação ao poder judiciário no processo de definição de direitos, mas não exclui os representantes eleitos do processo decisório, numa clara atuação dialógica e, como tal, democrática.

---

[309] Cf. sobre o caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, tratado nas páginas 77-78 do presente estudo.

Ademais, além disso, poder-se-ia adotar uma espécie de declaração de incompatibilidade, para que as cortes brasileiras, no exercício do controle de constitucionalidade, ao considerar que uma lei afronta a constituição, pudessem se manifestar nesse sentido, mas sem que pudessem, desde logo, retirar-lhes a validade, para que se pudesse propiciar uma atuação mais interinstitucional e menos centrada no poder judiciário, concedendo ao poder legislativo maior participação no processo como um todo.

Outrossim, outros mecanismos poderiam ser adotados no sistema brasileiro, para que o mesmo se aproximasse mais dos sistemas de controle fraco de constitucionalidade, como é o caso por exemplo daquele que é praticado no Canadá, e diz respeito à *section* 1 do *Charter of Rights and Freedoms*, que permite a edição dos estatutos *in-your-face* fundamentados com os votos dissidentes de um julgamento constitucional que não foi decidido por unanimidade dos votos dos componentes da corte.

Por conta disso, importante analisar o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – ADPF 54 – com o objetivo de demonstrar, também, como essa prática de *weak-form review* pode ser benéfica para o sistema brasileiro, quando no julgamento da constitucionalidade de uma lei, o plenário da corte suprema não alcançar um acordo por unanimidade.

4.2.2 **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: O Caso dos Fetos Anencéfalos.**

Como se viu, cabe, nesse momento, analisar a ADPF 54[310] interposta perante o Supremo Tribunal Federal com a finalidade de demonstrar, também diante desse caso emblemático do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, de que maneira um aspecto do controle fraco de constitucionalidade poderia ser utilizado pelo poder legislativo brasileiro para fazer valer a sua interpretação em detrimento da opinião da corte suprema – que, no caso do Brasil, detém o poder de conceder a derradeira palavra em matéria constitucional.

[310] Inteiro teor do acórdão disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em 20 de junho de 2016.

De início, importa destacar que a ADPF ora em comento se configurou como um caso marcante julgado pelo STF uma vez que tratou de uma questão sensível para a sociedade brasileira, qual seja, a discussão sobre a possibilidade de permissão de um tipo de aborto que era, até então, criminalizado pela letra do Código Penal Brasileiro - CPB, pelo constante nos artigos 124, 126 e 128, I e II do código supramencionado.

É, por conta disso, um caso que merece ser estudado, haja vista que é possível demonstrar por meio dele, um julgamento que, tratando de uma problemática que divide a população brasileira – inclusive se for considerado, por exemplo, que o Brasil possui aproximadamente 123 milhões de católicos, que como parcela expressiva da população podem representar uma barreira no que tange à discussão de descriminalização do aborto[311] – é bastante para ilustrar como a possibilidade de conceder uma espécie de reação legislativa às decisões do Supremo Tribunal, inclusive se utilizando dos votos vencidos para tanto, pode ser uma boa alternativa para o sistema brasileiro.

Assim, sobre o caso julgado, pretendia-se que o STF concedesse interpretação conforme à constituição aos artigos supracitados para que, reconhecendo a inconstitucionalidade da interpretação que tipificava a interrupção da gravidez de feto anencefálo no CPB, fosse considerada constitucional apenas aquela interpretação que permitisse a realização de aborto – chamado de interrupção terapêutica do gravidez, nesses casos – pois do contrário estar-se-ia ferindo os preceitos fundamentais da constituição, tais como: dignidade da pessoa humana; legalidade; liberdade; autonomia da vontade e direito à saúde.

Ocorre que, como tema sensível que é, o acórdão proferido foi no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos anteriormente mencionados e, assim, no que tange à possibilidade de aborto nos casos de feto anencéfalo essa seria permitida, de acordo com a interpretação conferida pela corte; porém, os ministros da suprema corte brasileira não alcançaram a decisão por unanimidade, tendo havido, portanto, a presença de dois votos dissidentes.

Foi o caso, por exemplo, do ministro Lewandowski que, ao considerar a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo como uma forma de aborto eugênico, alegou que

[311] ROSENN, Keith S. Recent Importante Decisions by the Brazilian Supreme Court. 45 U. Miami Inter-American Law Review, vol. 45:2. 2014. p. 314.

seria papel do próprio congresso nacional, como representante da vontade do povo, alterar a legislação criminal para descriminalizar esse tipo de conduta, caso achasse conveniente – e esse não foi o caso até o presente momento.

Também o ministro presidente da corte, na época, Cezar Peluso, se manifestou contrariamente à maioria dos ministros, por considerar, em apertada síntese, que o feto anencéfalo, como ser humano dotado de vida – que o mesmo crê que tenha, como expresso em seu voto; já que se o feto anencéfalo é capaz de morrer, consequência lógica de quem tem vida, portanto –, é vítima de aborto tipificado no código penal, independentemente da existência ou não de expectativa de vida extrauterina, já que, *in verbis*: "(...) é, *data venia*, forçado e falacioso pretender desentranhar o ato de aborto do anencéfalo, do gênero delitivo ao qual inequivocamente pertence, no seio do ordenamento jurídico em vigor."[312]

Para além disso, também referido ministro, suscitou que é tarefa própria do legislador infraconstitucional a retirada de tipificação penal de alguma conduta, ou mesmo a criação de excludentes de culpabilidade. E, assim, caso a população, estivesse descontente com o *status quo* legislativo, que se mobilizasse para pressionar uma alteração legislativa pela via mais democrática, qual seja: no âmbito das casas legislativas; e não por parte de uma imposição interpretativa e criativa do poder judiciário que, sem legitimidade democrática, deveria zelar pela proteção do ordenamento jurídico.

Ora, como se vê, e sem entrar no mérito das opiniões ora em comento, entende-se que referidos votos divergentes poderiam claramente servir como parâmetro para que o poder legislativo justificasse a necessidade de continuidade da lei da forma que entrou em vigor; até porque, nesse caso específico, pode-se perceber uma decisão jurisprudencial que, ao definir a interpretação dos dispositivos do código penal, altera diretamente o tipo penal, o que, considerando o sistema como um todo, se afigura como uma intromissão demasiado grande, se se imaginar que o código penal é o arcabouço de direitos mais sensível da sociedade, uma vez que lida diretamente com a liberdade – ou o cerceamento dessa – dos indivíduos da forma mais contundente que se pode verificar no ordenamento jurídico.

Além do mais, entende-se que, se não há um consenso nem dentre os onze ministros que compõem a corte suprema, tal situação só reforça o entendimento de que pode haver

[312] Inteiro teor do acórdão ADPF 54. p. 385.

divergência e um desacordo razoável no qual todas as opiniões devem ser levadas em consideração, principalmente no que tange à divergência de opinião interinstitucional, entre o poder judiciário e o poder legislativo, portanto, na busca pela melhor solução.

Mais do que isso, pode ser que a opinião dos juízes, que no âmbito do julgamento acabaram sendo voto vencido, reflita o pensamento da maior parte da população, uma vez que a composição da corte não é uma amostra fiel e proporcional da sociedade.

Por conta disso, nada mais natural que o poder legislativo possa se valer dos fundamentos apresentados pelos juízes vencidos na decisão para reforçar a necessidade de manter a lei – considerada inconstitucional pela corte – produzindo efeitos no ordenamento jurídico.

Dessa feita, a implementação no Brasil de um mecanismo semelhante à *section* 1 do *Charter of Rights and Freedoms* canadense que prevê a possibilidade de uma atuação pautada na justificação dos limites que podem ser demonstrados em uma sociedade livre e democrática e que, consequentemente, faz com que o poder judiciário atue no sentido de analisar a proporcionalidade dessas limitações, ao passo que ao legislativo incumbe, também, justificar os limites impostos, com a possibilidade de editar um estatuto *in-your-face* que supera a decisão judiciária; ou, mesmo, quando permite a utilização dos votos vencidos proferidos na corte para fundamentar a opinião contrária e a reedição da norma, como já se explanou anteriormente, poderia ser vantajoso no contexto brasileiro em que se visualiza uma pluralidade de opiniões e que o poder judiciário acaba por entrar demasiadamente nas discussões sensíveis da sociedade, proferindo a última palavra e assim, definindo os rumos dos direitos e das políticas sociais.

De forma contrária, então, possibilitar a participação do poder legislativo, faria surgir o diálogo e se respeitaria o princípio democrático da sociedade; só assim é que se poderia vislumbrar o início de uma mudança da cultura brasileira de delegar ao poder judiciário as maiores discussões e problemas mais controversos e sensíveis da sociedade, pois além dos exemplos supramencionados, bem característicos da atuação judicial do Supremo Tribunal Federal, referida corte já decidiu casos que vão desde a utilização de células-tronco

embrionárias em pesquisas, na ADI 3.510[313]; questões previdenciárias, como as constantes das ADIs 3.105 [314] e 2.010 [315] ; até questões como aquela que diz respeito à constitucionalidade de dispositivos da conhecida Lei Maria da Penha, que cria mecanismos expressos para coibir questões de violência contra mulher, no âmbito da Ação Direta de Constitucionalidade – ADC – 19[316] e ADI 4.424[317]; ou mesmo questões de cerceamento da corrupção, como no caso do julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa – ADI 4.578[318] – que criava novas hipóteses de inelegibilidade para os pretensos candidatos ao pleito eleitoral, etc.

Ou seja, tudo isso tem como objetivo ilustrar como, de fato, a posição do judiciário brasileiro é central no ordenamento jurídico e cada vez mais o é, participando e decidindo as questões mais controversas e relevantes da sociedade, em detrimento da atuação do poder legislativo que, ou não pode ou se exime de agir em muitos casos que deveria ser protagonista na definição dos direitos.

Por conta disso, ratifica-se que o controle de constitucionalidade brasileiro pode ser considerado extremamente forte e, é só por meio da adoção de algumas nuances do controle fraco de constitucionalidade que se poderá reduzir a intensidade da atuação das cortes no processo de definição dos direitos, na busca por um maior balanço institucional entre os poderes que compõe o Estado, prezando pelo diálogo e pela atuação colaborativa e interinstitucional com o fim de alcançar as melhores soluções que representem não apenas a visão de um determinado grupo de pessoas, mas o interesse público, como um todo.

Por fim, embora se tenha em conta que os desenhos institucionais, bem como a relação entre os poderes vai, inevitavelmente, variar conforme variam os contextos nos quais são inseridos, devendo-se levar em consideração se um país adota a supremacia do

---

[313]Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 21 de junho de 2016.

[314] Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3081076&tipoApp=RTF>. Acesso em 21 de junho de 2016.

[315]Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em 21 de junho de 2016.

[316] Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 21 de junho de 2016.

[317] Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 21 de junho de 2016.

[318] Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 21 de junho de 2016.

parlamento, ou se é um país presidencialista[319], por exemplo, ainda assim, voltar os olhares para outros sistemas pode se demonstrar bastante benéfico para que se possa vislumbrar uma possibilidade de mudança e adaptação dos mecanismos utilizados, com o fulcro de alterar para melhor o sistema que já se adota hodiernamente.

[319] DYZENHAUS, David. What is a 'Democratic Culture of Justification'?. *In* Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit. Ed. Murray Hunt, Hayley J Hooper and Paul Yowell. London: Hart Publishing, 2015. 425–446. Hart Studies in Comparative Public Law.

CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto no presente trabalho, resta claro que as democracias consolidadas pelo mundo, de diferentes maneiras, buscaram implementar mecanismos com a finalidade de garantir a proteção de direitos dos cidadãos. Cada uma, no entanto, abarcou e buscou suprir as necessidades características que surgem das imperfeições de cada sistema.

Por conta disso, de forma óbvia, não se pode querer transplantar de maneira total as experiências vividas em contextos diversos, mas se pode, claramente, olhar para o outro com o intuito de perceber de que modos as experiências bem-sucedidas podem servir de exemplo para o contexto em que vivemos, ao ponto de ser capaz de melhorá-lo.

Assim é que se buscou estudar o controle de constitucionalidade, o seu desenvolvimento recente para o modelo fraco de controle em alguns países da *Commonwealth*, bem como os diálogos institucionais que surgem nesse contexto, a fim de analisar se seria possível e de que forma essas experiências poderiam ser válidas e implementadas dentro do contexto brasileiro.

Não se ignora, entretanto, por óbvio, a crise de representatividade e confiança pela qual passa o Estado brasileiro, principalmente no que tange à confiança nas instituições políticas. Cada vez menos a sociedade brasileira acredita na força representativa dos próprios políticos que elege e, assim, o que se pode perceber é a inevitável tendência de se recorrer ao judiciário com o objetivo de solucionar os problemas sociais que o próprio poder legislativo não foi capaz de reverter.

Perdem, com isso, a democracia e as instituições como um todo, pois sem confiança, o sistema fica desequilibrado. Tanto assim que, como se viu, o balanço institucional brasileiro tende muito mais, hoje em dia, para um grande fortalecimento do poder judiciário em detrimento do poder legislativo, criando, por exemplo, um sistema de controle de constitucionalidade extremamente forte.

Mas, é ao se constatar determinados problemas como esse, que surge a consequente necessidade de se vislumbrar novos caminhos e soluções que tenham o fulcro de traçar novos horizontes que tragam melhorias para o sistema.

Sendo assim, uma das formas que se pode visualizar para garantir o fortalecimento das instituições como um todo e, com isso, do sistema democrático de maneira geral, é,

justamente, o respeito à separação dos poderes, porém com a garantia de uma atuação interinstitucional, que permita tanto ao poder judiciário, quanto ao poder legislativo participarem do processo de definição de direitos de maneira dialógica e democrática.

Dessa maneira, poder-se-ia refletir essa forma de atuação no controle de constitucionalidade, à medida em que se busca superar as formas clássicas de controle herdadas do sistema americano e europeu, e se volta o olhar aos novos modelos de fiscalização das normas em face de uma lei-parâmetro – que no caso brasileiro se consubstancia na própria constituição federal, como o faz o Canadá, também detentor de uma carta suprema, mas sem excluir as vantagens trazidas também pelos países que não positivaram uma constituição, como é o caso da Nova Zelândia e Inglaterra.

Sobre esses últimos, inclusive, interessante pontuar que, como restou demonstrado, trazem em seus sistemas cartas ordinárias que contém a previsão de proteção de determinados direitos fundamentais; essas que, inclusive, poderiam ser superadas por leis posteriores que lhes fossem contrárias, porém, ainda assim, são consideradas como legislações-parâmetro que merecem respeito, sem que, para isso, precisem ser dotadas de rigidez. Com isso, conclui-se que o controle de constitucionalidade pode assumir contornos diversos daqueles que se acostumou a constatar, trazendo consigo nuances relativamente as quais se deve atenção.

Ademais, referidos países e suas peculiaridades, servem para demonstrar que o controle de constitucionalidade clássico, que remonta aos séculos XVIII e XX, merecem uma reformulação para se conformar com as necessidades dos dias atuais. A própria noção que trazem de constitucionalismo político, de uma constituição – ainda que não escrita – que precisa ser capaz de se adaptar aos modelos sociais vigentes é interessante para demonstrar que o poder legislativo precisa ser mais ativo no controle das normas, tanto daquelas que vão entrar em vigor, mas também daquelas que já entraram e precisam ser reanalisadas.

Com base nesses modelos e com a consequente implementação de mecanismos advindos dos mesmos, aos poucos poder-se-ia retirar o grande poder que detém hoje o Supremo Tribunal Federal, que com a característica de guardião da constituição, toma para si a competência de dizer a última palavra em matéria constitucional, excluindo a participação do poder legislativo, portanto.

Sendo assim, o que se conclui é o que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade poderia ser reformulado para, por exemplo, adotar uma espécie de declaração de incompatibilidade, para que a corte suprema, ao invés de, desde logo retirar a validade das normas que considera inconstitucionais, iniciar um diálogo com o poder legislativo para que, no âmbito das justificações e fundamentações que surgirem, se possa alcançar a melhor solução para a questão em debate.

Além disso, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro poderia, também, ser mais voltado para a análise da proporcionalidade das restrições de direito, como o são muitas das decisões no âmbito do controle fraco de constitucionalidade que, ao reconhecer a relatividade dos direitos e a necessidade de se garantir o interesse público em detrimento de direitos individuais, analisa o grau de incidência do ato normativo naquele direito para ver se o mesmo cumpre os requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, antes de já lhe retirar a validade pura e simplesmente por afetar determinado(s) direito(s).

Ainda, com base na análise específica do modelo canadense, pode-se verificar uma forma de diálogo entre as instituições que permite que o poder legislativo se sobreponha às decisões judiciais por meio tanto dos estatutos *in-your-face* quanto da cláusula *notwithstanding*, que, poderiam, de alguma forma, se adotadas pelo modelo brasileiro, voltar a conceder maior representatividade ao poder legislativo e, talvez, como consequência disso, uma atuação mais comprometida do mesmo.

Assim é que, ao final, se pretendeu, portanto, no presente trabalho, demonstrar como, na prática, determinadas nuances do controle fraco de constitucionalidade, se já tivessem sido aplicadas, teriam sido mais benéficas no contexto das decisões em sede de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com o fim de garantir a participação democrática e o alcance de decisões que vão além da vontade dos membros da corte e possam se conformar com o interesse público.

Não obstante, como se falou, é fato que os sistemas estudados apresentam, historicamente, sistemas parlamentaristas, nos quais a instituição legislativa sempre gozou de um prestígio que o sistema presidencialista brasileiro nunca comportou. Além disso, sabe-se que, também, como se viu, a atual situação das instituições democráticas no Brasil por conta dos diversos escândalos de corrupção, por muitas vezes agirem apenas em benefício

próprio, etc. faz com que se torne difícil visualizar esse tipo de mudança a curto ou médio prazo no sistema brasileiro.

Porém, entende-se que a própria desconfiança pode ser um combustível para que surja um novo processo de mudanças e é só por meio desse tipo de discussão e de propostas de alteração do *status quo* que se poderá visualizar o início de um processo de melhorias, tornando o sistema mais dialógico e com um balanço institucional mais equilibrado, por meio do qual seja possível o alcance de um fortalecimento das instituições como um todo.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representátion. *In* Jueces y Ponderación Argumentativa. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ANDRADE, Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ARAGÓN REYES, Manuel. El control de constitucionalidade em la Constitución española de 1978. Revista de estúdios políticos. ISSN 0048-7694, Nº 7, 1979 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre garantías institucionales).

BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 2005. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers.* p. 7. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11>. Acesso em 20 de abril de 2015.

_____. Expanding the Conversation: *American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective,* 2006. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 44. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/44>. Acesso em 27 de maio de 2016.

BARBOSA, Rui. Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2009. 4ª edição.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática, 2012. p. 4. Disponível em: < http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> Acesso em 10 de junho de 2016.

BELCHIOR, Ana Maria. Confiança nas Instituições Políticas. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015.

BELLAMY, Richard. Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. Political Constitutionalism and the Human Rights Act, 2011. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/abstract=1754941>. Acesso em 21 de abril de 2015

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: *The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Bobbs-Merrill, 1962.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil), 2004. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BonavidesJC.pdf. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

BRADLEY, Anthony W.; PINELLI, Cesare. Parliamentarism. *In* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford University Press, Oxford, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiência no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. p. 59 Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/800>. Acesso em 08 de abril de 2015.

BREWER-CARÍAS, A. R. Judicial Reviw in Comparative Law. Great Britain: Cambridge University Press, 1989.

BUTLER, Petra. Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand. Disponível em < http://victoria.ac.nz/law/NZACL/PDFS/Vol_9_2003/Butler.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judiciarização da política e a politização da justiça, 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf.> Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.

_____. "Brancosos" e Interconstitucionalidade*: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012. 2ª edição.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. Algumas Reflexões em Torno da Justiça Constitucional. *In* Separata de Perspectivas do Direito no Início do Século XXI. Stvdia Ivridica, nº 41, Colloquia 3, 1999.

_____. Constituição e Justiça Constitucional. *In* Separata de Anuário Português de Direito Constitucional. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CARISSIMA, Mathen. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: *A Comment on "Chater Dialogue Revisited".* 45 Osgoode Hall L.J. 125, 2007.

CAROLAN, Eoin. The New Separation of Powers: A Theory of the Modern State. Oxford University Press, 2009.

CHILDS, Mary. Constitutional Review and Underinclusive Legislation. Ed. Dawn Oliver. Public Law – Winter, 1998.

CORREA, Paulo José Machado. Rawls, Habermas e a Revisão de Cláusulas Pétreas. *In* Brazilian Journal of International Law. Vol. 7, Issue 1 Jan-Jun, 2010.

CORREIA, Fernando Alves. Direito Constitucional – *A Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002.

CROMWELL, T. A. Aspects of Constitutional Review in Canada. 46 S. C. L. Rev. 1027 1994-1995. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sclr46&div=55&start_page=1027&collection=journals&set_as_cursor=9&men_tab=srchresults> Acesso em 27 de maio de 2016.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIXON, Rosalind. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1536716>. Acesso em 18 de abril de 2015.

_____. Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism, 2011. Disponível em: < http://ssrn.com/abstract=1833743>. Acesso em 08 de abril de 2015.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DYZENHAUS, David. What is a 'Democratic Culture of Justification'?. *In* Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit. Ed. Murray Hunt, Hayley J Hooper and Paul Yowell. London: Hart Publishing, 2015. 425–446. Hart Studies in Comparative Public Law.

ELLIOTT, Mark. The Constitutional Foundations of Judicial Review. Oxford: Hart Publishing, 2001. Cap. 6.

ERDOS, David. Aversive Constitutionalism in Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990). Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/5/2/343.full.pdf+html>. Acesso em 03 de maio de 2016.

ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Deliberative Institutions, 1999. 4Disponível em: < http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf> Acesso em 16 de junho de 2016.

FEREJOHN, John; ROSENBLUTH, Frances; SHIPAN, Charles. Comparative Judicial Politics. *In* The Oxford Handbook of Comparative Politcs. New York: Oxford University Press, 2009.

FORSYTH, Christopher. Heat and Light: A Plea for Reconciliation. *In* Judicial Review and the Constitution. Coord. Christopher Forsyth. Portland: Hart Publishing, 2000.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, 1993. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlr91&start_page=577&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&id=601>. Acesso em 21 de abril de 2016.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401>. Acesso em 10 de abril de 2015.

_____. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010; UCLA School of Law Research Paper No. 10-04. Disponível em < http://ssrn.com/abstract=1580169>. Acesso em 08 de abril de 2015.

_____. What's So Weak About "weak-form review"? *A reply to Aileen Kavanagh. In* International Journal of Constitutional Law. Vol. 13, n. 4, Outubro de 2015. p. 1042.

GARGARELLA, Roberto. El Nuevo Constitucionalismo Diálogico, Frente al Sistema de Los Frenos y Contrapesos, 2014. p. 3. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf >. Acesso em 24 de junho de 2015.

GEIRINGER, Claudia. On A Road To Nowhere: Implied Declarations Of Inconsistency And The New Zealand Bill Of Rights Act, 2009. Disponível em: < http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/pdf/vol-40-2009/issue-3/on-a-road-geiringer.pdf> Acesso em 20 de maio de 2015.

GIBSON, James L. Judicial Institutions. *In* The Oxford Handbook of Political Institutions. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GOLDONI, Marco. Two Internal Critiques of Political Constitutionalism. International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, Issue 4 (October 2012).

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Interpretation. *In* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. New York: Oxford University Press, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª edição. Campinas: Russel, 2009.

HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963> Acesso em 04 de maio de 2016.

HIEBERT, Janet. Parliamentary Bills of Rights: *The Experience of New Zealand and the United Kingdom.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politcs and the Rise of Political Courts, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

_____. The Rise of Constitutional Theocracy. *Harvard International Law Journal*. v.49, out. 16, 2008.

HOGG, Peter. Canada's New Charter of Rights. 32 Am. J. Comp. L. 283, 1984. p. 283-284. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amcomp32&div=21&start_page=283&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults>. Acesso em 28 de maio de 2016.

_____; THORNTON, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures, 2000. p. 26. Disponível em: <http://robarts.info.yorku.ca/files/2012/03/cw_8_1-3.pdf>. Acesso em 08 de abril de 2015.

_____; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". Osgoode Hall Law Journal 45.1 (2007): 1-65. p. 9. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2>. Acesso em 10 de abril de 2015.

HUTCHINSON, Allan C. Constitutional Change and Constitutional Amendment. A Canadian Conundrum. *In* Engineeiring Constitutional Change: *A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA.* Ed. Xenophan Contiades. Oxon: Routledge, 2013.

JOHANSEN, David; ROSEN, Philip. The Notwithstanding Clause of the Charter, 1989. Disponível em: <www.lop.parl.ca/content/lop/researchpublications/bp194-e.pdf> Acesso em 06 de junho de 2016.

JOHNSON, Nevil. Reshaping the British Constitution: *Essays in Political Interpretation.* New York: Palgrave Macmillan, 2004.

JOWELL, Jeffrey; O'CINNEIDE, Colm. Values in the UK Constitution. *In* An Inquiry into the Existence of Global Values: *Through the Lens of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Hart Publishing, 2015.

JOWELL QC, Jeffrey. Beyond the Rule of Law: *Towards Constitutional Review*, 2000. p. 673. Disponível em: <https://iris.ucl.ac.uk/iris/publication/12157/1> Acesso em 15 de abril de 2016.

KAVANAGH, Aileen. What's So Weak About "Wak-Form Review"? The Case of the UK Human Rights Act 1998. *In* International Journal of Constitutional Law. Vol. 13, n. 4, Outubro de 2015.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1984. 6ª edição.

KING, Anthony. Does the United Kingdom Still Have a Constitution? London: Sweet & Maxwell, 2001.

KING, Jeff. Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act. *In* Parliaments and *Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. Ed. Murray Hunt, Hayley J Hooper and Paul Yowell. London: Hart Publishing, 2015. 165–192. Hart Studies in Comparative Public Law.

LAIRG, Lord Irvine of. Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Law System. Portland: Hart Publishing, 2003.

LAWS, John. Judicial Review and the Meaning of Law. *In* Judicial Review and the Constitution. Coord. Christopher Forsyth. Portland: Hart Publishing, 2000.

LEITE, Luís Ferreira. O Tribunal Constitucional e o Sistema Político. Lisboa: Âncora Editora, 2007.

LEYLAND, Peter. The Constitution of the United Kingdom: *A Contextual Analysis.* Portland: Hart Publishing, 2007.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil: *ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*; introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MENDES, Conrado Hubner. Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação, 2008. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php> Acesso em 15 de abril de 2016.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix, Constitucional Dialogue: An Overview. Disponível em: <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/download/231/226>. Acesso em 08 de abril de 2015.

MIRANDA, Jorge. O Regime de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1119-2440.pdf> Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

MONAHAN, Patrick J. The Supreme Court of Canada in the 21st Century. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1640047> Acesso em 13 de junho de 2016.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis: tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1998.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 2ª edição.

MUREINIK, Etienne. A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights, 1994. p. 32. Disponível em: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/soafjhr10&start_page=31&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&id=39?>. Acesso em 05 de julho de 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVER, Dawn. Constitutional Reform in the UK. New York: Oxford University Press, 2003.

OPESKIN. Brian R. Constitutional Modelling: The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries – Part I. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/03050718.2001.9986605>. Acesso em 13 de novembro de 2015.

PALMER, Geoffrey. A Bill of Rights for New Zealand? *In* K.J. Keith (ed.), Essays on Human Rights. Wellington: Sweet & Maxwell Ltd., 1968.

_____. A Bill of Rights for New Zealand: A White Paper, 1985. p. 3.

_____. New Zealand's Constitution in Crisis. Dunedin: McIndoe, 1992.

PALMER, Matthew S R. New Zealand Constitutional Culture, 2007. p. 596.

PERSAUD, Radhakrishnan. The Role of Judicial Advisory Opinions in Canadian Constitutionalism and Federalism: The Senate, Patriation & Quebec Veto Reference Cases Considered, 1998. Disponível em: <http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/tape15/PQDD_0012/NQ31948.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2015.

POSNER, Richard A. How Judges Think. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

QUEIROZ, Estefania Barboza. A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do *Judicial Review* nos Estados Contemporâneos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, janeiro/junho de 2013.

RANGEL, Paulo Castro. O estado do Estado: *Ensaios de Política Constitucional Sobre Justiça e Democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

ROACH, Kent. Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience, 2004. Disponível em: < http://www.tilj.org/content/journal/40/num3/Roach537.pdf> Acesso em 11 de junho de 2016.

_____. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship. *In* Osgood Hall Law Journal. Vol. 5, N. 1 (*Spring 2007*).

ROSENFELD, Michel. *Constitutional Identity. In* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. New York: Oxford University Press, 2012.

ROSENN, Keith S. Recent Importante Decisions by the Brazilian Supreme Court. 45 U. Miami Inter-American Law Review, vol. 45:2, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. Coimbra: Almedina, 2014.

SCHYFF**,** Gerhard van der. Judicial Review of Legislation. *A Comparative Study of the United Kingdom, The Netherlands and South Africa.* Netherlands: Springer Netherlands, 2010.

SEGADO. Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo. *In* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda,Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. On Law, Politics & Judicialization. New York: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Felipe Carreira da. Democracia Deliberativa: Avaliando Seus Limites, 2004. Disponível em: < http://webopac.sib.uc.pt/search~S30*por?/Xdemocracia+deliberativa&searchscope=30&SORT=D/Xdemocracia+deliberativa&searchscope=30&SORT=D&extended=1&SUBKEY=democracia+deliberativa/1%2C2%2C2%2CX/l856&FF=Xdemocracia+deliberativa&searchscope=30&SORT=D&2%2C2%2C%2C1%2C0> Acesso em 18 de junho de 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. A necessidade de diálogo constitucional: deliberação e razão pública, pensamento institucional e modelos alternativos. *In O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, Diálogo e Razão Pública*, 2009. p. 213. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) O que é a "Common Law", em Particular, a dos EUA. Disponível em < www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67360/69970>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time: *Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2008.

TATE, C.; VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power. New York University Press: New York, 1997.

TAVARES DA SILVA, Suzana. Direitos Fundamentais na Arena Global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. 2ª edição.

_____. O Tetralemma do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização Do Princípio: Adequação, Necessidade, Ponderação e Razoabilidade, 2013.

TREMBLAY, Luc. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislature. Oxforf: Oxford University Press and New York University School of Law (2005). Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/ferrer/Di%C3%A1logo%20judicial/The%20legitimacy%20of%20judicial%20review_The%20limits%20of%20dialogue.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. British Government and the Constitution. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 6ª edição.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review, 2003. Disponível em: < http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259/>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

_____. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy Based Worries, 2003. p. 819. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247> Acesso em 04 de junho de 2016.

_____. Weak-form Judicial Review and "Core" Civil Liberties. 2006. Disponível em: < http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240>. Acesso em 22 de abril de 2016.

_____. Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: University Press, Princeton, 2008.

_____. Dialogue and Constitutional Duty, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2026555>. Acesso em 20 de abril de 2015.

_____. Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida, *Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário?* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2209.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2015.

VENTER, Francois. Constitutional Comparison: *Japan, Germany, Canada & South Africa as Constitutional States.* Cape Town: Juta & Co, 2000.

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. Diálogo Institucional Democracia e Estado de Direito: O Debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional na Interpretação da Constituição. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/fr.php> Acesso em: 08 de abril de 2015.

VIEIRA. Oscar Vilhena. Supremocracia. *In* Revista Direito GV. São Paulo, n. 4(2), jul/dez 2008.

VISSER, Maartje. Interplay Between Constitutional Courts and Other Actors. *In* Constitutional Review in Europe*: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2014.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, 2006. Disponível em: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2015.

WALDRON, Jeremy. Judges as Moral Reasoners, 2009. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/7/1/2.full.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2015.

WEBBER, Jeremy. Institutional Dialogue Between Courts and Legislatures in the Definition of Fundamental Rights: Lessons From Canada (and Elsewhere). *Australian Journal of Human Rights* (9), 2003. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/8.html>. Acesso em 20 de abril de 2015.

_____. The Constitution of Canada: *A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

WEILL, Rivka. The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2402625>. Acesso em 04 de junho de 2016.

WHYTE, John. Pays de Common Law. *In* Le Controle Juridictionnel de Lois: *Légitimité, Effectivité et Développements Récents.* Paris: Economica, 1986. p. 155 – 174.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Giustizia Constituzionale. Bologna: Il Mulino, 1988.