

3.

Os Diálogos Institucionais como instrumentos de implementação de um controle judicial de constitucionalidade fraco

3.1.

Considerações iniciais e conceituação

Diálogos institucionais são mecanismos que implicam na interação e cooperação de duas ou mais instituições pertencentes a poderes estatais distintos para fins de resolução de controvérsias legais e provedoria de direitos e garantias fundamentais sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra.

Ficam a meio termo entre o controle judicial de constitucionalidade das leis e da soberania do parlamento, na medida em que esvaziam a unicidade de atuação pacificadora da celeuma legal em face de apenas um dos poderes, culminando em uma necessária atuação dialógica para a provedoria do texto ou fixação de sentido de texto em determinada direção que seja compatível com a ordem constitucional.

Assim, os diálogos institucionais aparecem como experiências constitucionais alternativas em resposta à afirmação outrora tida por irreversível de que a supremacia judicial, tal como predominante no Brasil e EUA, seria um caminho sem volta. Pelo contrário, a busca por soluções que resgatem a atuação cooperativa entre as instituições e a dignidade do Poder Legislativo são realidades indisfarçáveis de países de relevante histórico constitucional de promoção dos direitos humanos.

Mais do que se preocupar com a conhecida questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, há uma evidente questão empírica que motiva as soluções intermediárias. Como a revisão judicial das leis pressupõe um controle de fora para dentro, desestimula-se a usufruição da experiência político pelo povo, assim como sua educação moral e a virtude de se aprender com os próprios erros. O resgate da auto-estima do autogoverno popular é um dos objetivos declarados dos modelos de atuação dialógica, que pretendem neutralizar esse alegado mal que a afeta.

Assim, tem o presente capítulo o objetivo de esmiuçar a vertente dialógica de solução de controvérsias legais, seus arranjos mais conhecidos em função das experiências produzidas no direito estrangeiro, assim como os méritos já reconhecidos e as tendências modernas de aperfeiçoamento e perspectivas de propagação do instituto.

3.2.

Cooperativismo constitucional como a vertente adequada para o advento das soluções dialógicas⁹³

Da mesma forma que o chamado “neoconstitucionalismo” favoreceu há não muito tempo a supremacia do Judiciário como solução então tida por adequada para a abertura política e instrumento de provedoria dos direitos fundamentais, dando-lhe um inegável salvo-conduto ativista, a necessidade de se favorecer uma abertura de relações cooperativas para além das fronteiras dos países vem contribuindo sobremaneira para o gradual prestígio dos diálogos institucionais.

Embora até hoje nenhuma explicação singular sobre o fenômeno da globalização tenha atingido o status de ortodoxia (longe disso, as avaliações rivais continuam a ordenar a discussão), há de se constatar que a noção de globalização envolve diversos aspectos antes complementares do que excludentes. Globalização diz com ação à distância. Com rapidez do fluxo de informações mesmo entre grandes distâncias. Com interdependência acelerada. Um mundo em processo de encolhimento por conta da erosão de fronteiras, da facilidade de comunicação, interações jurídicas e transações por tecnologias avançadas.

Um mundo de integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação mundial e intensificação da interligação inter-regional necessitam de instituições que produzam relações dialógicas dinâmicas que sejam aptas a superar o quanto antes, e sem descuidar dos direitos fundamentais, situações de incerteza jurídica.

Não por acaso, alguns países que vêm realizando experiências dialógicas estão inseridos na realidade cooperativa consolidada da União Européia, onde

⁹³ Um estudo aprofundado sobre Cooperativismo Constitucional é feito em: HABERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

existe uma necessária convivência entre constituições nacionais e direito comunitário de ordem supraconstitucional.

O constitucionalismo cooperativo favorece os diálogos institucionais justamente por privilegiar uma lógica de necessária colaboração entre os países e, conseqüentemente, também de suas instituições dentro das respectivas realidades internas. Não faz sentido prezar tanto pelo equilíbrio sem garantir um mínimo de paridade e ausência de subjugação entre os órgãos estatais. Como bem explicam os professores Cecília de Almeida Silva, José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle:⁹⁴

Constitucionalismo cooperativo, portanto, tem em conta o fenômeno do pluralismo constitucional e enfrenta a problemática de estabelecerem-se relações de acoplamento entre distintas ordens nacionais, e destas com o direito comunitário, sem a perda das respectivas identidades nacionais. Não parece compatível com esse sentido de constitucionalismo cooperativo cogitar a “última palavra”, já que os efeitos recíprocos entre as ordens constitucionais nacionais e o direito supranacional seguem se produzindo – um processo de simbiose que Harbele poeticamente indica como de crescimento conjunto, donde é equívoca qualquer pretensão de definitividade ou primazia.

Não há como implementar transformações desse jaez sem romper antigos paradigmas da teoria constitucional tradicional, desde que em favor de um aprimoramento operativo entre as instituições nacionais e internacionais, promovendo-se situações conciliatórias que permitam a atuação conjunta de instituições até então não vocacionadas à atuação resolutória bilateral por divisão de tarefas.

É justamente esse o grande mérito de determinados países da Comunidade Britânica que rejeitam deliberadamente o axioma central de que as reivindicações de supremacia legislativa e a tutela jurídica dos direitos fundamentais são incompatíveis. Ou seja, pelo menos nessas realidades, a célebre afirmação de Marshall de incompatibilidade total dos dois modelos não é mais vista como dogma.

Stephen Gardbaum, professor da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia bem explica a importância da iniciativa desses países:⁹⁵

⁹⁴ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 43.

Além de sua importância por fornecer novas opções institucionais, o novo modelo indica soluções para diversos problemas teóricos e práticos que há muito são vistos como corruptores do modelo norte-americano. Ao tentar criar responsabilidade conjunta e diálogo genuíno entre tribunais e parlamentos a respeito dos direitos fundamentais, o novo modelo promete tanto trazer importantes questões de princípio de volta ao debate legislativo e popular, quanto fornecer uma resolução radicalmente direta para as dificuldades democráticas associadas ao controle de constitucionalidade tradicional.

Em razão disso, soluções dialógicas são apontadas pelos documentos fundamentais desses países como modelos de necessário controle de constitucionalidade fraco onde vigora a premissa de que a força não vigora na jurisdição, mas sim nos próprios direitos fundamentais, não havendo motivos razoáveis para refutar a possibilidade de que os mesmos sejam implementados por mais de uma instituição.

Importante salientar que referidas inovações constitucionais vêm sendo produzidas de forma consciente, ou seja, são idealizadas e alinhadas para deliberadamente evitar a agregação incondicional a um dos dois modelos conhecidos (e já notoriamente falhos) de resolução de controvérsias legais.

Há, assim, uma tomada de partido pela superação do antigo dogma da incompatibilidade, de modo a se aproveitar o que cada um deles tem de melhor. Quanto ao *judicial review*, a proteção judicial dos direitos fundamentais. Quanto à soberania parlamentar, o direito do Poder Legislativo ter, sob certas condições, a última palavra.

Em suma, o novo modelo permite concretizar a ambição de se obter o que cada um dos modelos conhecidos possui de mais valioso, mas isso sem abrir mão do essencial.

Embora haja significativas diferenças de atuação dialógica de acordo com o sistema constitucional, realidade cultural e características sociais de cada país, é possível identificar caracteres e finalidades comuns a todos eles, produzindo-se um mínimo de sistematização adequada para a compreensão do fenômeno, conforme análise feita a seguir.

⁹⁵ GARDBAUM. OP. Cit., p. 163.

3.3.

Sistematização dos principais objetivos e vertentes do modelo dialógico

A abertura do diálogo no exercício da jurisdição constitucional configura uma busca por um modelo de controle de constitucionalidade brando onde os tribunais não possam fulminar a validade de uma legislação, mas tenham considerável margem de liberdade de trabalho, suficiente para que imponham, em prol dos direitos fundamentais consagrados em um texto escrito, petrificado ou não, ditames interpretativos a todos os operadores da lei.

Os grandes objetivos das soluções dialógicas são os apontados por Cecília de Almeida Silva, José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle:⁹⁶

No eixo dos objetivos, destaca-se a identificação da prática dialógica como instrumento para: a) garantia de direitos; b) balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática; c) construção de um processo deliberativo quanto ao conteúdo dos direitos compatível com a complexidade a eles inerentes nas questões difíceis; d) prevenção à prática judicial ativista.

A primeira ambição revela o desiderato de assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários. Tal circunstância demonstra que, como já dito, os diálogos institucionais não anulam o objetivo maior da jurisdição constitucional de tutelar os direitos maiores da pessoa humana, apenas compartilha tal responsabilidade com outras instituições e afasta a premissa de supremacia judicial. José Ribas Vieira e Monica Campos de Ré fazem importantes considerações nesse sentido:⁹⁷

A reflexão sobre as denominadas teorias do diálogo institucional ou constitucional remete para uma questão central, a relação entre política e direito. Esta articulação revela-se com toda força no processo interativo dos atores envolvidos quanto ao procedimento referido às decisões judiciais. Esse traço de completude é decorrente do próprio universo dialógico, que se opõe a um modelo de *strong judicial review*.

⁹⁶ SILVA. Op. Cit., p. 102.

⁹⁷ RÉ, Monica Campos de; VIEIRA, José Ribas. **As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2009, p. 2049. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2253.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2011.

Assim, segundo a lição de Rosalind Dixon, uma atuação menos ativa do Poder Judiciário, com base num modelo de diálogos institucionais, é importante para efetivar direitos.

A segunda e terceira ambições (itens “b” e “c”) estão adstritas à importância de se restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática, dando-se ênfase à abertura do espaço de deliberação pública entre os maiores números de participantes possíveis, aos quais deve ser dada igualdade de atuação e consideração.

A quarta e última ambição demonstram a preocupação em se evitar atuações jurisdicionais hiperatrofiadas. De fato, como já ressaltado, os defensores das teorias dialógicas reconhecem que alargar o campo de competência das cortes judiciais em favor de um modelo de atuação judicial com forte apelo na supremacia fragiliza a efetividade democrática. Ou seja, as soluções dialógicas articulam a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de uma “ditadura de toga”.

Nesse diapasão, os diálogos institucionais constituem modalidade de controle de constitucionalidade fraco onde o Poder Judiciário ganha importância relevante no sistema jurídico dada a sua vocação de inafastável intérprete da Constituição. Todavia, tal prerrogativa não lhe é deferida de forma exclusiva e final. Em contrapartida, não há a fixação de uma soberania parlamentar usual, mas sim a deferência de importantes atribuições ao Poder Legislativo que pode, em certas circunstâncias, ser prevalecente à orientação firmada pelo Poder Judiciário. Nos dizeres de Alon Harel (professor de direito da *Hebrew University of Jerusalem*) e Adam Shinar (*Harvard Law School*):⁹⁸

Constrained judicial review differs both from legislative supremacy and from judicial supremacy. On the one hand, theories of constrained judicial review reject legislative supremacy, as these theories affirm that courts have a privileged status in interpreting the Constitution. However, these theories also reject judicial supremacy, as they maintain that judicial constitutional privileges should be constrained and greater constitutional responsibilities ought to be given to non-adjudicative institutions, e.g., the legislature or even the executive. (...)

⁹⁸ HAREL, Alon; SHINAR, Adam. **Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review.** 2011, p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 15 mar. 2011.

Tantas ambições consideráveis, de oxigenação e reconciliação entre as instituições, não podem vir desacompanhadas de distintas vertentes de atuação, cambiantes de acordo com o grau e modo de provocação dialógica dentro do contexto da natureza político-institucional da relação entre poderes. Em suma, diálogos institucionais lidam diretamente com as relações entre política e direito, as quais podem se dar de distintas formas.

Como são inúmeras as vertentes de implementação dialógica objeto de estudo doutrinário⁹⁹, há de ser dado destaque especial apenas às mais utilizadas na prática, universo de onde chama atenção às vertentes teóricas de aconselhamento judicial e de construção coordenada de decisões.

Na primeira, amplamente utilizada nos modelos dialógicos a serem estudados no tópico abaixo, no exercício da função primordial da teoria dialógica, o Poder Judiciário se vale de uma técnica de construção de decisões de cunho proativo, onde são proferidas recomendações de curso de ação aos outros poderes.

Dessa forma, o Judiciário pode evidenciar a inconstitucionalidade apontando soluções para a matéria que possam ser concretizadas pelos demais poderes, de modo que não há dúvidas de que a indicação das falhas constitucionais dos ditames legais tem o condão de estimular a ação corretiva.

Com isso, dá-se o norte adequado para a complementação ou correção necessária à observação concreta dos direitos constitucionais. Ou seja, neste caso, não só o Poder Judiciário, como também o Executivo e o Legislativo também podem ter a última palavra na solução de impasses envolvendo Lei e Constituição. Para tal, podem eventualmente receber orientações do primeiro.

Já a vertente da construção coordenada refuta de forma veemente o já estudado fenômeno do “autoritarismo constitucional”, postura na qual a corte deslegitima a entrada de quaisquer outros atores na tarefa de interpretação da Constituição. Como demonstrado, os tribunais frequentemente entendem como

⁹⁹ Para um estudo completo da classificação das teorias dialógicas a obra de Christine Bateup é tida como um dos maiores referenciais: BATEUP, Christiane. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective.** New York University Law School. 2007. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=nyu_plltwp&sei_redir=1#search="Expanding+the+Conversation:+american+and+canadian+experiences+of+constitutional+dialogue](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=nyu_plltwp&sei_redir=1#search=)>. Acesso em: 23 mai. 2011.

uma afronta à sua autoridade as tentativas de interpretação da ordem constitucional pelos órgãos legislativos.¹⁰⁰

De forma diferente, a vertente de construção coordenada abraça a premissa de que a identificação do sentido constitucional há de ser uma tarefa compartilhada entre os poderes. A noção de divisão de tarefas é elementar nas construções dialógicas, onde há preocupação em bloquear espaços para exclusividade e desrespeito institucional.

A construção coordenada revela um realinhamento da concepção clássica de divisão tripartite das funções estatais, na medida em que a especialização funcional já não mais pode ser tida como obsessivamente compartimentada. Ao revés, as uniões orgânicas podem vir a ser incentivadas quanto ao aspecto da finalidade de atuação, desde que isso ocorra em contextos de incentivo para o envolvimento com interações comunicativas de significado constitucional por parte também dos legislativos.

Neste caso, a corte até pode ter a prerrogativa de empreender o controle de interpretação constitucional face aos demais órgãos estatais. Porém, em contrapartida, estes podem provocar a corte para fins de apresentação dos motivos de discordância ou mesmo já para solicitar a reedição do ato censurado.

Sendo assim, há clara superação da tese nuclear de Alexander Bickel que justifica a dificuldade contramajoritária, pois a estrutura de atuação coordenada de nenhuma forma abraça a premissa de que os tribunais são mais gabaritados para discutir os princípios gerais da ordem jurídica do que os outros poderes. Não à toa, Alon Harel e Adam Shinar enumeram entre as principais funções do *weak judicial review* justamente a superação deste que é considerado um complicado aspecto do controle judicial de constitucionalidade, pois esclarecem que:¹⁰¹

(...) judicial review is incompatible with democracy because it gives unelected judges the option to thwart the will of duly constituted majorities. Weak judicial review seeks to mitigate this concern by instituting mechanisms that attenuate the democratic tensions, by giving both the judiciary and the legislature a role in the constitutional interpretation (...)

¹⁰⁰ Assim, rotineiramente, também se manifesta o Supremo Tribunal Federal. Como exemplo conhecido, tem-se o caso do julgamento da ADI n. 2797 (fim do foro privilegiado para autoridades políticas em sede de ações civis), que, embora acertada nos argumentos da solução final, peca pela breve e incisiva condenação da possibilidade do Poder Legislativo interpretar a Constituição.

¹⁰¹ HAREL e SHINAR. Op. Cit., p. 14.

As vertentes em questão das teorias dialógicas demonstram que estas igualmente deram um passo adiante também em comparação com a solução de John Hart Ely. Mais do que a questionável interpretação das constituições como primordialmente procedimentais, o que é de difícil plausibilidade principalmente em face dos direitos fundamentais contidos nas Constituições redigidas após a Segunda Guerra, os diálogos institucionais demonstram que há evidente contradição na premissa de Ely, que busca aprimorar os procedimentos democráticos através da incapacitação das próprias instituições democráticas.

Seguindo outro caminho, os diálogos institucionais protegem tanto os direitos procedimentais quanto os substantivos, e o fazem sem enfraquecer, em maior ou menor grau, as instituições democráticas, também tidas por protagonistas do direcionamento ao sentido constitucional.

Dessa forma, os modelos constitucionais de vocação dialógica já fazem parte da teoria constitucional internacional, especialmente nos países ligados à *commonwealth*, onde estão investidos de relevante função conciliatória apta a dar maior relevo à atuação legislativa e suprir déficits democráticos trazidos pelo ativismo judicial. A análise de como funcionam alguns dos mais relevantes modelos e respectivos mecanismos dar-se-á no tópico seguinte.

3.4.

Alguns dos principais alinhamentos dialógicos já existentes no Direito Alienígena

3.4.1.

A Seção 33 da Carta de Direitos Canadenses

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 surgiu como parte da reestruturação política e jurídica desse país, que acabara por se desvincular do Reino Unido. Fruto de muitas negociações, o evidente desiderato era apresentar um documento com *status* inegavelmente constitucionalizado, mas sem apego irrestrito ao modelo de *judicial review* norte americano.

O país, apegado tradicionalmente à *commom law*, apresentava até então um panorama normativo apegado ao positivismo anglo-saxônico de matriz austiniana.

Ou seja, muita importância era dada à lei estrita. A quebra desse paradigma impôs uma solução de nítido caráter conciliatório, onde o compromisso com os direitos fundamentais precisou dividir espaço com o papel central dos parlamentos.

Embora possua *status* constitucional¹⁰², seja submetida a um processo de reforma diferenciado¹⁰³ e haja indicações não explícitas de que os tribunais podem declarar inconstitucionais leis divergentes da Carta¹⁰⁴, havendo, portanto, elementos *prima facie* indiciários de adoção de um *judicial review*, a Seção 1, e principalmente, a Seção 33, apresentam relevantes inovações que impedem essa conclusão.

Realmente, a primeira disposição¹⁰⁵ explicita a possibilidade do legislador configurar o conteúdo dos direitos fundamentais, mas limita essa atuação legislativa a uma exigência de justificação razoável. Ou seja, trata-se de previsão específica de incidência do princípio da proporcionalidade/razoabilidade face a atividade legislativa.

A última disposição¹⁰⁶, por sua vez, permite que o parlamento ou o legislativo de uma província possa expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que um diploma legal ou uma sua disposição deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 da Carta.

Em outras palavras, o poder legislativo canadense pode, em certas circunstâncias, durante o limite temporal de cinco anos¹⁰⁷, e em face de determinados direitos, promulgar uma disposição que faça uma outra lei prevalecer, ainda que esta última esteja em contrariedade com direitos dispostos na Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 (direitos substantivos) da Carta de Direitos Canadenses. O fenômeno é explicado pelos professores Cecília de Almeida Silva,

¹⁰² Seção 52

¹⁰³ Seções 38 a 49.

¹⁰⁴ Seção 52.

¹⁰⁵ “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.*”

¹⁰⁶ “*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 section 7 to 15 of this Charter.*”

¹⁰⁷ Seção 33 (4).

José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle:¹⁰⁸

Já a seção 33, além de expressar o mecanismo conhecido como *overriding*, prevê que o Parlamento (central ou da província) possa reeditar um texto legislativo que configure e limite direito consagrado pela carta nas seções 2 e de 7 a 15 e que tenha já sido objeto de juízo de reprovação pela corte constitucional. Essa reenunciação ocorre apesar do signo de especial valoração expresso nessas cláusulas. Trata-se de uma prerrogativa reconhecida ao Parlamento de repudiar a decisão judicial de censura à sua atuação – impõe-se-lhe, todavia, o ônus de assim o dizer. O mecanismo completa-se com uma cláusula de limitação temporal: a lei fruto de *overriding* nasce sob um signo de validade de cinco anos, após os quais, caso pretenda o Legislativo que a norma ainda prevaleça, cumpre novamente empreender a sua aprovação, uma vez mais sob a cláusula *notwithstanding*.

Ou seja, verifica-se a existência de uma Constituição onde há a consagração de direitos e garantias fundamentais que pouco diferem da maioria das cartas constitucionais contemporâneas. Entre as disposições, o documento consagra as liberdades individuais e veda práticas discriminatórias em razão de raça, cor, sexo ou religião etc.

Concomitantemente, os direitos individuais e as exigências de tratamento igualitário são a base para o implemento do *judicial review* da legislação canadense em qualquer nível de governo. Existe a atuação proativa por parte de tribunais, embora não seja clara a questão sobre até onde vai o controle judicial de constitucionalidade. De qualquer forma, fixa-se de modo claro que esse mesmo *judicial review* é limitado por uma cláusula constitucional, a cláusula do “não obstante” (*notwithstanding clause*), que defere ao Parlamento ou às Assembléias Provinciais a possibilidade de instituição de legislações temporariamente imunes ao controle de constitucionalidade.

Poucas vezes vista na prática, foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec, dentre elas a que proíbe essa parcela da sociedade de matricular seus filhos em escola de língua inglesa. De fato, conforme ensina Gisele Cittadino, a validade dessa legislação, que impõe restrições a direitos constitucionalmente assegurados, decorre do fato de que foi instituída em nome de um objetivo comum, a sobrevivência cultural dos franco-canadenses.¹⁰⁹

¹⁰⁸ SILVA. Op. Cit., p. 62/63.

¹⁰⁹ CITTADINO. Op. Cit., p. 6.

Dando preferência a esse ponto de vista, a cláusula “não obstante” impediu arguições de inconstitucionalidade das leis com base no princípio da autonomia e liberdade, dado que estes tiveram de ceder ao princípio maior da necessidade de preservação cultural de uma parcela daquela sociedade. Todavia, referida solução se deu à margem de qualquer intervenção judicial.

Para os olhos de países acostumados com a vinculação dos direitos e garantias fundamentais ao exercício da jurisdição constitucional, pode parecer uma temeridade possibilitar o impedimento temporário da atuação judicial em face de certas legislações por parte do mesmo poder criador das mesmas. A despeito disso, Stephen Gardbaun explicita fatores sócio-políticos que tornam improvável uma “ditadura do Legislativo”:¹¹⁰

(...) Passando das implicações jurídicas da Seção 33 para as políticas, era de se esperar que a utilização da Seção 33 por um parlamento tivesse conseqüências políticas para além daquelas de rotina, forçando discussão e justificativa pautadas em princípio quanto aos méritos, antes que eleitores atentos aceitassem limitações a seus direitos. Dessa maneira, um diálogo proveitoso entre os tribunais e os legislativos substituiria o monólogo judicial do modelo norte-americano. Freios e contrapesos seriam importados para a própria função de proteção a direitos.

Ou seja, anular temporariamente direitos fundamentais em favor de uma legislação ordinária ofensiva tem um evidente custo político, o que desencoraja a transformação dessa linha de atuação como algo ínsito à normalidade legislativa.

Às vésperas de completar 30 anos, as opiniões a respeito do desempenho de referido modelo são divergentes. Stephen Gardbaun não demonstra empolgação com a evolução concreta de dita solução constitucional. Argumenta que a mesma não reconciliou o *judicial review* com a soberania parlamentar, mas sim demonstrou maior apego ao primeiro, deixando a desejar, portanto, na mitigação da dificuldade contramajoritária.¹¹¹

Já Cecília de Almeida Silva, José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle apresentam uma análise de casos minuciosa feita pelos autores canadenses Alisson Bushell e Peter Hog, os quais em um estudo de caráter descritivo lançado em 1997 e revisitado dez anos depois, revelam que pelo menos 80% das decisões

¹¹⁰ GARDBAUN. Op. Cit., p. 179.

¹¹¹ GARDBAUN. Op.Cit., p. 181/182.

judiciais canadenses foram acompanhadas de reações legislativas (incluindo-se reações de anuência), o que significa o retorno da última palavra ao Poder Legislativo e o enfraquecimento dos riscos contramajoritários.¹¹²

Seja como for, indubitável que o “ponta pé” inicial foi dado dentro da experiência constitucional canadense, a qual inspirou os modelos conciliatórios dialógicos que vieram a seguir, inclusive a importante estrutura constitucional do Reino Unido.

3.4.2.

O Mandato Interpretativo e a Declaração de Incompatibilidade do Direito Britânico

Como já adiantado, um dos países de maior tradição de soberania parlamentar abandonou progressivamente esse modelo através de um ciclo de realinhamento institucional que se completou no ano de 2009. O “marco zero” das transformações deu-se com a aprovação da Lei de Direitos Humanos de 1998, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2000 e incorporou no ordenamento jurídico inglês a Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH).

Essa importante reforma constitucional teve início porque inserida no programa de governo assumido pelo partido trabalhista, desde o início empenhado com o compromisso eleitoral de implementar reformas constitucionais de relevo.

Obviamente, a grande tradição de soberania parlamentar, reforçada pela ausência de constituição escrita, pesou de forma ainda mais forte do que no cenário canadense como contrapeso às investidas de mudanças, impedindo-se o abandono completo do modelo até então adotado e a consagração de direitos e garantias fundamentais em um documento munido de petrificação.

Em que pese isso, a Lei de Direitos Humanos pode ser considerada um texto legislativo hierarquicamente superior à legislação britânica ordinária. Referida lei internaliza e protege um rol determinado de direitos fundamentais e submete o Reino Unido, parcialmente, à jurisdição internacional da Corte Européia de Direitos Humanos, o que abre espaço para a incidência de um evidente cooperativismo constitucional.

¹¹² SILVA. Op. Cit., p. 66/70.

Tal situação, por si só, já configura uma mudança radical na ordem jurídica inglesa, pois substitui a concepção de liberdades civis como residuais típica da *commom law* pela possibilidade manifesta e abstrata de limitações do Estado e dos cidadãos em prol da efetivação de direitos.

Mas as transformações não pararam aí. O realinhamento constitucional do país teve prosseguimento com a aprovação da *Constitution Reform Act* de 2005, que possibilitou a criação de uma Suprema Corte inglesa, instalada desde 2009, a qual está fora da composição da Câmara dos Lordes, que desde então deixou de ser órgão de cúpula do Judiciário.

As duas grandes inovações trazidas pela Lei dos Direitos Humanos são o Mandato Interpretativo e a Declaração de Incompatibilidade, não por acaso alinhadas para, em grande parte dos casos, apresentarem uma visível posição de prejudicialidade.

De acordo com a Seção 3 da LDH, todos os tribunais devem interpretar e implementar a legislação nacional de maneira que seja compatível com os Direitos da Convenção na medida que seja possível proceder dessa forma. Ou seja, dentro de uma certa margem de possibilidade, a legislação deve ser lida e aplicada de forma compatível aos direitos insculpidos na Convenção.¹¹³

É um mecanismo de obrigatoriedade de esforço de efetivação de uma interpretação conforme o conteúdo da Convenção Européia de Direitos Humanos, que, se não pode ser entendido como um caminho inevitável por força da expressão “na medida do possível”, pelo menos estabelece um presunção *juris tantum* de viabilidade hermenêutica de um desfecho de compatibilidade material da lei com os termos da Convenção, pois essa é a tarefa primária e principal do intérprete.

Tal obrigação interpretativa de forma alguma atribui às cortes britânicas o poder de invalidar a legislação incompatível com a LDH (ela não implementa um *judicial review*). Fracassada a atividade de compatibilização, a norma jurídica

¹¹³ “3 *Interpretation of legislation. (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section— (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility*”.

interpretada como realmente incompatível com os termos da Convenção continua valendo no direito interno.

O reconhecimento do contraste dos termos da lei para com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, com a consequente impossibilidade de aplicação do Mandato Interpretativo, impõe a aplicação do instituto criado na Seção 4 da LDH (daí a relação de prejudicialidade), a qual especifica que, caso um dos tribunais mais elevados especificados esteja convencido de que não é possível a interpretação conforme os termos da Convenção, emitirá uma declaração de incompatibilidade.¹¹⁴

Cecília de Almeida Silva, José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle¹¹⁵ bem explicam em que consiste esse instituto. Segundo seus ensinamentos, a Declaração de Incompatibilidade pode ser definida como uma:

(...) pronúncia jurisdicional que atesta a impossibilidade de uma interpretação compatível com a HRA, sem que disto decorra autorização para não se aplicar norma pelo órgão jurisdicional, nem mesmo no caso posto à apreciação da demanda.

Aperfeiçoada a Declaração de Incompatibilidade, os tribunais não podem, como visto, dar um passo adiante e anular o diploma legal, pois isso lhes é vedado pela Seção 4(6). Ao mesmo tempo, não é criada ao Poder Legislativo a obrigação de suprimir ou alterar a lei viciada.

A consequência imediata é, de acordo com a Seção 10 e Anexo 2, a abertura de possibilidade ao Poder Executivo, por intermédio do ministro pertinente, de elaborar uma “ordem de reparação”, ou seja, um comando de deflagração de procedimento legislativo urgente destinado à resolução do impasse legal.

¹¹⁴ “4. Declaration of incompatibility. (1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right. (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility. (3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right. (4) If the court is satisfied— (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility) it may make a declaration of that incompatibility.”

¹¹⁵ SILVA. Op. Cit., pgs. 84/85. Os autores referem-se à HRA (e não LDH) por manter a nomenclatura original do diploma legal estudado (*Human Rights Act*) ao passo que este trabalho se vale do termo devidamente traduzido.

Obviamente trata-se de um sistema não imune a críticas, na medida em que a declaração de incompatibilidade não é, por si só, apta a desencadear o procedimento de mutação legal indispensável para a superação da ofensa à Convenção Européia de Direitos Humanos. Talvez neste aspecto a LDH pudesse ter ido mais longe, obrigando o Poder Legislativo a se manifestar, em qualquer direção, sobre a celeuma, arcando com os custos políticos de uma declaração expressa de rejeição à interpretação dos tribunais.

Não obstante, tais custos políticos ainda assim existem, e são mais consideráveis do que as implicações jurídicas do modelo implantado no Canadá, pois, ao refutar o posicionamento judicial, o Parlamento se vê na situação delicada de sobrepor sua solução a solução prevista pela Convenção. Stephen Gardbaum¹¹⁶ explica essa problemática:

Por outro lado, há características e implicações da LDH que dão aos direitos da Convenção maior proteção jurídica do que aos direitos contidos em leis ordinárias. Em primeiro lugar, é claro, está o dever interpretativo imposto a todos os tribunais de interpretar as leis de modo congruente com os direitos da Convenção, sempre que possível (...) Segundo, nas raras ocasiões em que um conflito não puder ser evitado, a expectativa política, se não o dever jurídico, é a de que os direitos da Convenção irão, no final das contas, preponderar. Isso resulta não apenas do poder judicial concedido pela LDH de declarar incompatibilidade, mas também do próprio e importante fato de que a LDH pretende excluir a regra normal pela qual um direito da Convenção seria tacitamente revogado por uma lei subsequente incompatível.

Mais do que isso, preterir uma Declaração de Incompatibilidade pode deixar o Reino Unido em uma situação de fragilidade perante a ordem jurídica internacional, na medida em que estaria obviamente agindo de forma desrespeitosa para com os termos de um documento supranacional protetivo dos direitos humanos devidamente acatado e incorporado em sua ordem jurídica.

Logo, o desgaste político de uma eventual inércia diante de uma Declaração de Incompatibilidade dar-se-á não só dentro da realidade sócio-política do país, mas também e mais grave, no âmbito da União Européia, afetando-se o delicado equilíbrio de convivência e abrindo-se, ainda, a possibilidade de intervenção corretiva por parte da Corte de Estrasburgo, esta sim podendo infligir sanções anulatórias à legislação.

¹¹⁶ GARDBAUM. Op. Cit., p. 192.

Antes de uma possibilidade tão radical acontecer, é de hipótese mais provável o acatamento da orientação judicial por força de uma alteração legislativa nesse sentido. De fato, embora ainda seja cedo para a formulação de qualquer juízo de valor em face do desempenho dos institutos ora estudados, o panorama inicial aponta para a boa aceitação, por parte do parlamento inglês, das Declarações de Incompatibilidade até hoje produzidas.

Nesse sentido, Alon Harel e Adam Shinar apontam que, pelo menos até a data de publicação de seu artigo conjunto, 18 das 26 declarações de incompatibilidade já produzidas foram acatadas pelo legislativo britânico. Dessas 18, 10 foram devidamente corrigidas por legislação ordinária posterior e uma por “ordem de reparação”.¹¹⁷

Diante de tudo isso, não é exagero dizer que a nova sistemática constitucional britânica vem incorporando elementos alegadamente inapropriados ao sistema da *commom law* que demandam esforço criativo e paciência na realização de experiências institucionais. Dentro desse contexto, o *Rule of Law* ganha uma importância muito maior do que a tradicionalmente conhecida, pois o Poder Judiciário ali renasce como apto a revelar diretrizes de interpretação constitucional que, a despeito de não obrigatórias, são dotadas de relevante grau de consideração.

3.4.3.

O legislative override de Israel

Inegavelmente inspirado na Cláusula Não Obstante Canadense, o instituto a ser estudado foi elaborado pelo parlamento israelense como uma forma de conter o até então crescente e controverso ativismo judicial praticado pelo Judiciário do país, que sequer possui uma constituição escrita.

Desde sua criação em 1948, o Estado de Israel nunca se viu livre do fervor que circunda sua estruturação política e jurídica. A ausência de uma constituição escrita é um dos maiores reflexos disso, na medida em que a polarização entre a visão liberal-secular e os defensores de uma sociedade religiosa tornou muito

¹¹⁷ HAREL e SHINAR. Op. Cit., p. 32.

complicada a estabilização de questões fundamentais em um texto normativo pretensamente duradouro.

Tal país adota um sistema de democracia representativa com forte apego ao parlamentarismo, desempenhando o Primeiro Ministro um papel de “governante de fato”. O órgão representativo de Israel é o Parlamento (*Knesset*), que desde a criação do país vem elaborando normas jurídicas de organização de poder conhecidas por *Basic Laws*. Embora materialmente constitucionais, em razão de tratar da organização do Estado, o efetivo *status* de superioridade normativa desses diplomas nunca foi esclarecido, dada a inexistência de qualquer disposição expressa nesse sentido.

As *Basic Laws* só ultrapassaram o âmbito de disciplinamento da organização de poderes, adentrando na seara dos direitos fundamentais, no início da década de 90, quando foram publicados relevantes, porém de temática limitada, diplomas protetivos, a *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e a *Basic Law: freedom of occupation*, os quais deram confiança à Corte Constitucional de Israel na missão de desenvolver uma postura mais ativista, reconhecendo a supremacia de tais leis fundamentais em uma série de julgamentos (entre eles, *Bergman vs. Minister of Finance*, conhecido como o *Marbury vs. Madison* de Israel).

Esse panorama não foi visto com bons olhos pelo *Knesset*, ressentido de desprestígio, e por parte da doutrina israelense, atenta para a insuficiência democrática dessas soluções. Com isso, abriu-se o contexto político e acadêmico adequado para o surgimento de constantes debates voltados à busca por alternativas refreadoras à postura proativa da corte.

Dentro desse contexto, faltava apenas a decisão judicial especialmente controversa e antigovernista apta para a imediata resposta legislativa limitadora de poder. Ela chegou através da demanda na qual a Suprema Corte invalidou, com fulcro na *Basic Law* protetora da liberdade de profissão, um ato de governo que negara licença à importação de carne congelada não-kosher.

Em resposta, partidos conservadores, inspirados na Cláusula Não Obstante Canadense, lograram aprovar, em 1994, uma modificação relevante dentro do texto da própria *Basic Law* respectiva (*Basic Law: freedom of occupation*), dando, com a redação do novo art. 8, poder ao parlamento para, através de adesão de sua

maioria absoluta, aprovar uma norma mesmo que contrária ao conteúdo dessa declaração de direitos.¹¹⁸

O único registro de sua utilização ao longo de mais de quinze anos de vigência deu-se justamente quando da aprovação da lei que tratava de proibição de importação de carne não-kosher, ainda no mesmo ano.

Assim, embora aplicável praticamente apenas no plano abstrato, a mera existência dessa disposição permitiu a opção, por aquele país, de um *weak judicial review*, segundo conclusão de Cecília de Almeida Silva, José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle¹¹⁹. No entanto, Rodrigo de Souza Tavares e José Guilherme Berman alertam para o fato de que, a despeito disso, o Poder Judiciário de Israel ainda é tido como um órgão com capacidade especial para lidar com questões ligadas a direitos (mesmo que a solução seja incapaz de reduzir os desacordos sobre as diferentes compreensões, tão comum em uma sociedade que pretende ser democrática e judaica de forma concomitante).¹²⁰

Além disso, os mesmos autores apresentam importantes distinções entre tal solução dialógica e o mecanismo canadense que lhe serviu de inspiração:¹²¹

Notam-se importantes diferenças entre o sistema canadense e o israelense. A principal delas reside na abrangência com que podem ser utilizados os mecanismos de *legislative override*: enquanto no Canadá quase todos os direitos previstos na Declaração de Direitos podem ser suplantados, em Israel apenas a liberdade de profissão está aberta à deliberação legislativa, e mesmo assim o uso deste mecanismo só aconteceu uma única vez, em quinze anos desde sua implementação. Por outro lado, o processo de aprovação de emendas à Constituição canadense (Carta de Direitos e Liberdades de 1982) é bem mais rígido do que o previsto em Israel, onde não há sequer uma Constituição escrita, e, quando muito, exige-se maioria absoluta para a alteração das *Basic Laws*.

Dessa forma, o modelo israelense, a exemplo dos dois anteriores, não se enquadra em um típico sistema de soberania parlamentar e nem, tampouco, de

¹¹⁸ “8. A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein”.

¹¹⁹ SILVA. Op. Cit., p. 75.

¹²⁰ TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009, p. 2177.

¹²¹ TAVARES e BERMAN. Op. Cit., p. 2176.

controle judicial de constitucionalidade tradicional, concentrado ou difuso. São eles sistemas híbridos que buscam criar incentivos para que os legisladores se envolvam de forma direta com a discussão constitucional sobre direitos, estando sujeitos, portanto, a um escrutínio político mais rigoroso por parte da sociedade organizada em caso de postura desrespeitosa às garantias constitucionais.