

3

Algumas Críticas aos Modelos Judiciais Dominantes

Como tentou-se demonstrar, a história do controle de constitucionalidade no Brasil evidencia o travamento de uma grande batalha até a consolidação de um modelo de revisão judicial, difuso e concentrado. De fato, com a exceção da Constituição do Estado Novo (1937), a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro trilhou um tortuoso caminho de fortalecimento e de concentração de poder no Supremo Tribunal Federal.

Já em países cuja consolidação de um modelo de revisão judicial deu-se há muito tempo, cujo exemplo maior é os Estados Unidos, ou naqueles que, conscientemente, recusaram-no expressamente, como é exemplar o caso do Reino Unido, o mesmo tem recebido críticas extremamente pertinentes. Ao que parece, enquanto a discussão no Brasil concentrou-se no desenvolvimento e na consolidação de um efetivo controle judicial, nos países que já o tinha incorporado ao sistema há muitas décadas e naqueles que sempre o rejeitaram, a discussão avançou ao concentrar-se nos problemas que a adoção do referido modelo, em tese, pode causar à democracia. Daí a relevância de conhecê-las, ao menos em sua essência, antes de apreciar o atual estágio da guarda da Constituição no Brasil.

3.1

A Essência das Críticas Teóricas¹⁴⁷

As críticas ao *judicial review* americano, que podem ser estendidas a qualquer modelo judicial de controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou

¹⁴⁷ O *judicial review* é alvo de muitas críticas sob diversos aspectos distintos. GRIFFIN (2010a e 2010b), ELY (1997), HABERMAS (2003) e TUSHNET (1999, 2008 e 2009), por exemplo, possuem estudos muito relevantes sobre o tema. Contudo, será apreciada neste item apenas a dificuldade contramajoritária, que, indubitavelmente, é o núcleo da crítica mais clássica dos modelos de jurisdição constitucional. Esta crítica mostra-se suficiente para o objetivo deste capítulo, que é demonstrar que o modelo de guarda judicial da Constituição possui problemas estruturais e que alguns países têm sido criativos na tentativa de sanar ou ao menos minorar esses problemas.

concentrado, têm como núcleo central a possível violação de princípios democráticos por este sistema de tomada de decisão final. Esta violação decorreria do fato de que, ao revogar uma lei aprovada pela maioria dos membros do Legislativo e sancionada pelo Chefe do Executivo, os juízes, que não são eleitos, acabam fazendo prevalecer a sua opinião sobre a daqueles que foram escolhidos pelos cidadãos para representa-los, ou seja, para tomar decisões em seu lugar. Esta questão, aliás, encontra-se resumida em clássica expressão de Alexander M. Bickel, segundo a qual, o *judicial review* é uma *força contramajoritária* nos sistemas democráticos, especialmente porque, afirma ele, “quando a Suprema Corte declara inconstitucional uma lei provinda do legislativo [...] ela frustra a vontade dos representantes das pessoas reais do aqui e agora.”¹⁴⁸

De fato, não é fácil negar que os ideais de uma democracia, no mínimo, mantêm “uma relação incômoda com qualquer prática que diga que os parlamentos eleitos devam funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos.”¹⁴⁹ Esta constatação confirma-se ainda mais na medida em que poucos são os casos em que os tribunais declararam a inconstitucionalidade de uma lei por simples ofensa a dispositivo expresso da Constituição, do que seria exemplo uma lei que admitisse a pena de morte em tempos de paz em manifesto confronto com expressa vedação atualmente prevista na Constituição brasileira (Art. 5º, XLVII, a).

Em verdade, muitas das decisões de maior relevo em sede de controle de constitucionalidade são obtidas com base em interpretações bastante subjetivas sobre o conteúdo de determinada norma ou princípio constitucional, como, por exemplo, ocorre quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de um ato normativo por ofensa ao princípio da dignidade humana ou ao princípio da moralidade. Nesses casos é que a dificuldade contramajoritária torna-se patente, pois, ao definir o conteúdo de determinada norma constitucional, o julgador acaba fazendo escolhas que, ao fim, acabam prevalecendo sobre aquelas tomadas pelos legisladores, que além de serem eleitos pelo povo, podem ser por ele responsabilizados através do voto nas eleições

¹⁴⁸ WALDRON (2010) p.94. Nota n. 7

¹⁴⁹ WALDRON (2010), p.94

seguintes. Daí porque se afirma que “o veto judicial da legislação substitui o governo pelo povo por um governo de juízes (*gouvernement des juges*) com relação a muitas das mais importantes e controvertidas questões”.¹⁵⁰

O próprio Kelsen, aliás, já alertava sobre os riscos que a inclusão nas constituições de termos imprecisos, como equidade, liberdade, justiça, igualdade ou moralidade, poderia causar:

[...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder - que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político - do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los de forma mais precisa possível.¹⁵¹

Jeremy Waldron, por sua vez, rejeita expressamente alguns dos mais relevantes argumentos de defesa do *judicial review*. Para ele, não é verdade que os juízes simplesmente aplicam decisões do povo incorporadas na Constituição e que seriam um pré-comprometimento da sociedade com os direitos. Isto porque, segundo ele, não se pode falar que a sociedade, em determinado momento, comprometeu-se com qualquer ponto de vista específico sobre o que algum direito significa e tutela. Prossegue Waldron defendendo que os termos abstratos das constituições, por si só, não resolvem discordância sobre direitos individuais e de minorias, mas apenas configuram-se, na melhor das hipóteses, como “lugares selecionados para disputas sobre essas questões” que, segundo ele, não devem ser resolvidos pelo Judiciário. De qualquer forma, argumenta Waldron, não fica claro

¹⁵⁰ GARDBAUM (2010) p.197

¹⁵¹ KELSEN (2007) p.169-170

nas defesas do *judicial review* as razões pelas quais o suposto pré-comprometimento da sociedade do passado deve ser mantido no presente, especialmente quando se tratar de mudanças de opinião pela sociedade em relação a certa “discordância genuína quanto ao que deveria ser um resultado razoável.”¹⁵²

De outro norte, não se pode negar que o sistema de eleições não torna os legisladores fiéis representantes da vontade popular. Contudo, ainda que com suas imperfeições, é inquestionável que o modelo eleitoral é, do ponto de vista da democracia, muito melhor do que a base democrática de uma Corte Constitucional, que decorreria da nomeação de seus integrantes por autoridades eleitas. Até mesmo porque, como já dito, “os legisladores são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes [...] nada disso é verdade para os juízes.”¹⁵³

A força contramajoritária exercida pela jurisdição constitucional teria outra consequência perversa: o enfraquecimento do debate legislativo e popular. Isto porque, ao repassar a responsabilidade final ao Judiciário, enfraquece-se a capacidade política do povo, substituindo sua responsabilidade pela responsabilidade judicial. Gardbaum, aliás, observa que “onde os legislativos não têm a responsabilidade final, existe uma tendência, tanto da parte daquelas quanto da do eleitorado, de deixar questões de constitucionalidade e de direitos para os tribunais.”¹⁵⁴

Esse enfraquecimento do debate, causado pelo próprio sistema de jurisdição constitucional, é utilizado pelos seus defensores como um argumento em seu favor. Acusam o legislativo de ser omissos quanto à defesa de direitos das minorias, o que, no entanto, é veementemente negado por Jeremy Waldron. Para exemplificar seu ponto de vista, o referido autor destaca a qualidade dos debates ocorridos durante a aprovação, na década de 1960, de leis sobre a liberação do aborto, a legalização da conduta homossexual entre adultos e a abolição da pena de morte no Reino Unido, assim como de debates semelhantes ocorridos no

¹⁵² WALDRON (2010) p.143-144

¹⁵³ GARDBAUM (2010) p.140

¹⁵⁴ GARDBAUM (2010), p.204

Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e em outros países. A qualidade desses debates, segundo ele:

[...] torna ridícula a afirmação de que os legisladores são incapazes de abordar tais questões de forma responsável - exatamente como os resultados liberais desses procedimentos lançam dúvidas sobre a antiga tese de que as maiorias populares nunca apoiam os direitos de minorias.¹⁵⁵

Waldron prossegue afirmando que o debate no Legislativo tende a ser melhor do que o ocorrido no âmbito judicial. Os juízes, afirma ele, perdem-se tentando justificar a legitimidade de suas decisões, citando precedentes, forçando analogias ou “desanalogias” ou tentando demonstrar a diversidade de opiniões a respeito, que, ao fim, acabam relegando a segundo plano as verdadeiras questões de direito que estão em jogo. Já os debates legislativos tendem a focar diretamente no cerne da questão.¹⁵⁶

Desse modo, como antes mencionado, realmente é difícil negar que a guarda da Constituição pelo Poder Judiciário mantém uma relação, no mínimo, incômoda com princípios democráticos. Como adiante será demonstrado, essa dificuldade contramajoritária fez surgir na doutrina tentativas de aproximá-la da democracia, enquanto alguns países passaram a adotar modelos que tentavam sanar ou ao menos reduzir esse déficit democrático.

Para verificar como parte da doutrina tentou aproximar o modelo de revisão judicial à democracia, passa-se a analisar os estudos de Ronald Dworkin, que tem se destacado como um dos maiores defensores contemporâneos do *judicial review*.¹⁵⁷

3.1.1 A resposta de Ronald Dworkin às críticas

Ronald Dworkin é um entusiasta do *judicial review*, modelo que, segundo afirma, é a contribuição mais importante que a história americana já deu

¹⁵⁵ WALDRON (2010) p.95

¹⁵⁶ WALDRON (2010) p.131-132

¹⁵⁷ Para a defesa clássica dos modelos de guarda judicial da Constituição, podem ser revistas as análises das obras de Kelsen e Hamilton efetuadas no primeiro capítulo.

à teoria política¹⁵⁸. Embora reconheça que o *judicial review* não é imprescindível para a democracia¹⁵⁹, ele defende que os benefícios do modelo americano, “adotado e imitado de forma consciente em outras partes do globo”¹⁶⁰, podem ser vislumbrados através de decisões como do famoso caso *Brown*, que brilhantemente exemplificariam o bom funcionamento desta estrutura constitucional.¹⁶¹

Para Dworkin, o *judicial review* é relevante porque obriga o debate de princípios – “não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois”¹⁶² –, fato que, segundo ele, cria uma cultura jurídica e política na sociedade.

Afirma Dworkin que:

[...] em certas circunstâncias os cidadãos podem ser mais capazes de exercer as responsabilidades morais da cidadania quando as decisões saem do âmbito da política comum e ficam a cargo dos tribunais, cujas decisões supostamente dependem de princípios e não do peso dos números nem do equilíbrio da balança política. [...] Embora o processo político que conduz a uma decisão legislativa possa até ser um processo de alta qualidade, muitas vezes isso não acontece, o que é aliás comprovado pelos recentes debates sobre a reforma do sistema de saúde e o controle de armamentos ocorridos nos Estados Unidos. Mas, mesmo quando o debate é esclarecedor, o processo majoritário estimula a adoção de soluções de meio-termo que põem em segundo plano importantes questões de princípio. Já os processos legais constitucionais, por sua vez, podem provocar e de fato já provocaram uma discussão pública generalizada sobre a moralidade política. O caráter deliberativo do grande debate norte-americano sobre os direitos civis e a ação afirmativa, que começou na década de 1950 e continua até hoje, pode ter sido determinado em parte pelo fato de as questões terem sido objeto de decisão judicial¹⁶³.

Em outra obra, Dworkin retoma essa assertiva, concluindo que:

¹⁵⁸ DWORKIN (2006) p.9

¹⁵⁹ Dworkin, aliás, afirma que: “não quero dizer que a Democracia só existe quando os juízes têm poder para deixar de lado as ideias que a maioria das pessoas tem acerca do que é bom e justo. Muitos arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, inclusive alguns que não dão aos juízes o poder que têm na estrutura norte-americana. Mas nenhum desses diversos arranjos é, em princípio, mais democrático do que outros. A Democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham”. DWORKIN (2006) p.10

¹⁶⁰ DWORKIN (2006) p.9

¹⁶¹ DWORKIN (2006), p.19

¹⁶² DWORKIN (2006), p.102

¹⁶³ DWORKIN (2006), p.47

O debate constitucional nos jornais, na televisão e em campanhas políticas raramente alcança a sofisticação de um seminário. Mas acredito que acrescentar a um sistema político um processo que é institucionalmente estruturado como um debate sobre princípios ao contrário de uma contestação sobre poderes é, apesar de tudo, desejável e conta como uma forte razão para permitir a interpretação judicial de uma Constituição fundamental.¹⁶⁴

A defesa do *judicial review* por Dworkin fundamenta-se, ainda, pela rejeição à tese de que decisões legislativas são, necessariamente, melhores do que decisões judiciais, pois o autor em questão considera que as decisões judiciais baseiam-se em um maior número de informações sobre uma variedade de fatos e, também, porque os juízes não se encontram sujeitos às pressões a que os legisladores se encontram.¹⁶⁵ Dworkin, aliás, defende a tomada de decisões pelos juízes, pois, como eles não se encontram sujeitos às pressões a que os legisladores se encontram, “os juízes não têm nenhum temor direto da insatisfação popular com seu desempenho”¹⁶⁶.

Em outra vertente, reconhece Dworkin que, quando os tribunais passam a decidir quais direitos têm os cidadãos, uns indivíduos perdem e outros ganham. Nesta equação, afirma ele que, embora o acesso aos tribunais possa ser caro, a longo prazo o *judicial review* resulta em uma proteção para as minorias mais pobres, tendo em vista que, a seu ver, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, motivo pelo qual o “viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles [minorias], e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum”¹⁶⁷. Em *O Direito da Liberdade*, Dworkin reitera este argumento ao mencionar:

[...] o fato de que os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares.¹⁶⁸

¹⁶⁴ DWORKIN (2011) p.14

¹⁶⁵ DWORKIN (2006), p.26-28

¹⁶⁶ DWORKIN (2006), p.28

¹⁶⁷ DWORKIN (2006), p.31-32

¹⁶⁸ DWORKIN (2006), p.53

Não obstante tais questões sejam relevantes nas obras de Dworkin, o núcleo da sua defesa do *judicial review* encontra-se na sua *concepção constitucional de democracia*, que rejeita a idéia de que a vontade da maioria – ou premissa majoritária – é o pressuposto único da democracia, pois, segundo ele, “democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas.”¹⁶⁹

Em *O Direito da Liberdade*, Dworkin argumenta que:

[...] o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. É certo que essa explicação alternativa do objetivo da democracia exige uma estrutura muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral.¹⁷⁰

Jeremy Waldron, um dos maiores críticos do *judicial review*, assim sintetiza a teoria de Dworkin:

[...] o processo decisório democrático é inerentemente tirânico se os direitos das pessoas não forem respeitados. Isso é assim não apenas porque pode gerar resultados tirânicos, argumenta ele, mas porque o respeito aos direitos é uma condição de fundo para a legitimidade de qualquer sistema de tomada de decisão política. Dworkin não está apenas apresentando a bem conhecida alegação de que a democracia depende (de maneira constitutiva) de determinados direitos, como o direito ao voto ou, indiretamente, o direito à liberdade de expressão e à liberdade de associação. Sua alegação é mais sofisticada do que isso. Ele sustenta que processos como a decisão por maioria não têm legitimidade em um contexto democrático (ou qualquer outro contexto)

¹⁶⁹ DWORKIN (2011) p.2

¹⁷⁰ DWORKIN (2006), p.26

a menos que cada eleitor tenha certeza que os outros o vêem com igual interesse e respeito.

[...] os procedimentos democráticos são legítimos apenas entre pessoas que respeitam os direitos uns dos outros.¹⁷¹

Para Dworkin, portanto, a revisão judicial não é antidemocrática, pois:

A democracia é um governo sujeito às condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.¹⁷²

Para reforçar seu ponto de vista, Dworkin recorre à figura de *Hércules*¹⁷³, afirmando que ele, em sua condição de juiz ideal, “rejeita a ideia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas”, pois, de um lado, não hesitaria em decidir contra a vontade da maioria quando se vir diante de disposições constitucionais que têm por escopo justamente a proteção da democracia ou de indivíduos e minorias, porém, de outro, recusaria a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando reconhecer que o litígio é fundamentalmente político, ou seja, quando verificar que a questão debatida configura uma decisão sobre as melhores estratégias para satisfazer o interesse coletivo.¹⁷⁴

Por fim, insta ressaltar que Dworkin não desconhece que os juízes, assim como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais, contudo, defende ele, “a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo”.¹⁷⁵

¹⁷¹ WALDRON (2010) p.149-150

¹⁷² DWORKIN (2006) p.26-27

¹⁷³ *Hércules* é um personagem que aparece em várias obras de Dworkin e que representa, para o referido autor, o juiz ideal.

¹⁷⁴ DWORKIN (2007) p.475

¹⁷⁵ DWORKIN. Ronald. Juízes Políticos e democracia. *O Estado de São Paulo*, 26 abr. 1997. Espaço Aberto. Apud APPIO (2003) p.92

3.2

Algumas experiências críticas: o controle de Constitucionalidade fraco dos países da comunidade britânica (*Commonwealth*)

As críticas à jurisdição constitucional não são apenas teóricas, pois atualmente existem modelos de controle de constitucionalidade pensados de uma forma que, em teoria, possa eliminar ou ao menos reduzir o déficit democrático do modelo judicial. Trata-se do chamado controle de constitucionalidade fraco (*weak-form judicial review*), no qual “os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação).”¹⁷⁶

Ao constatar o surpreendente crescimento do modelo de controle judicial na Europa Ocidental e em outros países após o fim da Segunda Guerra, bem como na Europa Central e Oriental e em países africanos depois da queda do muro de Berlim, Stephen Gardbaum registra que:

Houve, contudo, nos últimos vinte anos entre um grupo diferente de países, um conjunto de avanços, coletivamente menos percebidos, que apresenta uma alternativa intrigante para esse modelo, uma alternativa que rejeita seu axioma central de que as reivindicações de supremacia legislativa e a tutela jurídica efetiva de direitos fundamentais são necessariamente incompatíveis e mutuamente excludentes, ou seja, um sistema legal pode endossar uma ou outra, mas não ambas.

Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, O Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido - países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional - adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um pólo [supremacia legislativa] para outro [supremacia judicial].

De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da suprema judicial ao dar poderes aos parlamentos para terem a última palavra.

[...] Desta maneira, esses países criaram um terceiro e novo modelo de constitucionalismo, que se posiciona entre os dois modelos polares: a supremacia constitucional e a supremacia legislativa.¹⁷⁷

¹⁷⁶ WALDRON (2010) p.101

¹⁷⁷ GARDBAUM (2010) p.161

Os experimentos constitucionais realizados pelo Canadá, pela Nova Zelândia e mais recentemente pelo Reino Unido têm por objetivo conciliar – o que até então pensava-se ser impossível¹⁷⁸ – a jurisdição constitucional e a supremacia do parlamento através da tentativa de se criar equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo institucional entre os tribunais e o legislativo.¹⁷⁹

O primeiro desses países a criar um modelo intermediário foi o Canadá, que, na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982, inseriu a *cláusula do não obstante* (*notwithstanding clause*). A referida cláusula permite que os parlamentos provinciais e federal declarem – com efeitos limitados em 5 anos e renováveis por igual período – que o ato normativo será eficaz, *não obstante* sua ofensa à Constituição.

Assim, embora seja conferido aos tribunais o poder de derrubar leis incongruentes com os direitos assegurados na Constituição¹⁸⁰, assegurou-se ao Legislativo um mecanismo para superar, ao menos temporariamente e com um elevado custo político¹⁸¹, a inconstitucionalidade reconhecida pelo Judiciário. Portanto, o Canadá adota as bases do *judicial review*, porém “rejeita exatamente a característica final do modelo padrão, qual seja, a de que o exercício pelo tribunal de seu poder para derrubar legislação conflitante com um direito fundamental é final e não pode ser revertido pelo legislativo”.¹⁸²

A *cláusula do não obstante*, pensada como um mecanismo para equilibrar o papel dos tribunais e dos legisladores na defesa dos direitos fundamentais, tem como objetivo fomentar o debate entre os mesmos através do

¹⁷⁸ O Juiz Marshall, por exemplo, defendeu que não há meio termo: ou a constituição é lei suprema e não pode ser alterada ordinariamente, cabendo este controle ao Judiciário, ou, então, encontra-se no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária e pode ser alterada ao bel prazer do legislador. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137 (1803), p.177. Apud: GARDBAUM (2010) p.160

¹⁷⁹ GARDBAUM (2010) p.162

¹⁸⁰ Não há disposição explícita neste sentido, porém uma aplicação conjunta da Seção 52 da Lei de Constituição do Canadá e das Seções 1 a 24 da Carta de Direitos e Liberdade (que forma a primeira parte da referida Lei da Constituição de 1982) evidencia que o Judiciário possui este poder, que é reconhecido pela Suprema Corte Canadense. GARDBAUM (2010) p.177

¹⁸¹ PINTO (2010) p.36

¹⁸² GARDBAUM (2010) p.178

desenvolvimento de um contínuo diálogo assim exposto por Paulo Gustavo Gonet Branco:

O propósito básico do diálogo seria assegurar que a Corte, quando derrubasse uma lei, provesse uma explicação para isso influenciando, assim, o traçado da legislação futura de implementação dos direitos fundamentais, na medida em que novas leis poderiam, então, ser promulgadas nos moldes aceitos pelo Tribunal. Isso não excluiria a hipótese de os representantes do povo, em seguida a um mais estendido debate público, insistirem no diploma repellido por meio da “cláusula do não obstante”. Ganharia a vida democrática, uma vez que essa sobreposição da legislatura não é permanente, mas limitada no tempo, ensejando mais debate e reflexão mais meticulosa do assunto, antes de ser reiterada ou abandonada.¹⁸³

Como observa Stephen Gardbaum, o modelo canadense tenta importar o sistema de freios e contrapesos para a função de proteção de direitos, pois, em tese, força um proveitoso diálogo entre os tribunais e legisladores em detrimento do monólogo judicial do controle jurisdicional de constitucionalidade.¹⁸⁴

Contudo, a prática em torno da *cláusula do não obstante* não ocorreu da maneira que se esperava. Isto porque as poucas invocações da referida cláusula, sempre¹⁸⁵ pela Assembleia da Província do Quebec, geraram situações de considerável mal estar político¹⁸⁶, que fomentaram uma convenção constitucional, ao menos nas demais províncias e no Parlamento Federal, de que o instituto em

¹⁸³ BRANCO (2010) p.61

¹⁸⁴ GARDBAUM (2010) p.179

¹⁸⁵ A Província de Saskatchewan empregou a *cláusula do não obstante* para encerrar uma greve de seus servidores após decisão do tribunal local em reconhecer que a Carta de Direitos e Liberdades assegurava implicitamente o direito de greve, porém esta decisão foi revertida pela Suprema Corte Canadense em 1987. GARDBAUM (2010) p.181

¹⁸⁶ Exemplo disso foi a desvirtuação da referida cláusula pelo Parlamento do Quebec como resposta à promulgação da Carta de Direitos e Liberdades - Quebec foi a única província a dissentir -, por meio da adoção de forma geral e preventiva da técnica do não obstante para imunizar a legislação provincial contra a Carta constitucionalizada sem seu consentimento. De fato, ao aprovar o Projeto de Lei n. 62, o Parlamento do Quebec revogou e promulgou novamente toda a legislação anterior à Carta de Direitos e Liberdade, adicionando a cada uma das leis cláusulas genéricas que dispunham que as mesmas vigorariam *não obstante* as disposições da referida Carta. GARDBAUM (2010) p.179-181. Em outra oportunidade, o Parlamento do Quebec utilizou novamente a *cláusula do não obstante* para suspender a eficácia de decisão que invalidava lei que proibia placas e letreiros comerciais escritos em língua inglesa, gerando fortes protestos que culminaram com pedidos de exoneração de ministros anglofonos e com apresentação, com êxito, de queixas por discriminação perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. BRANCO (2010) p.61

comento nunca deveria ser invocado.¹⁸⁷ O desuso da *cláusula do não obstante*, destarte, demonstra que o modelo canadense não atingiu o objetivo de conciliar a supremacia parlamentar e a revisão judicial. Aliás, o mecanismo de superação de decisão judicial não só não conseguiu conciliar os dois sistemas, como, em verdade, exerceu um efeito inibitório sobre a Suprema Corte, enfraquecendo o sistema de tutela de direitos canadense.¹⁸⁸

Cientes das dificuldades enfrentadas no Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido buscaram, em suas declarações de direitos e garantias posteriores, evitá-las, mantendo, no entanto, o mesmo ideal de tentar estabelecer um modelo que assegurasse a proteção judicial à supremacia parlamentar.

Assim, ao promulgar em 1990 sua Lei de Declaração de Direitos (*New Zealand Bill of Rights Act*), a Nova Zelândia proibiu expressamente os juízes de deixar de aplicar uma lei quando esta violar os direitos humanos assegurados na referida declaração (Seção 4¹⁸⁹), porém assegurou que “sempre que uma promulgação puder ser interpretada de modo consistente com os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos e Garantias, tal interpretação deve ser privilegiada em relação a qualquer outro sentido” (Seção 6).

Mesmo diante de seu *status* de legislação ordinária, a Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia é considerada uma lei estrutural, que determina como outras leis ordinárias devem ser interpretadas. Difere, portanto, da Carta Canadense, pois esta tem caráter anulatório, enquanto a neozelandesa configura-se como uma declaração de direitos interpretativa. A proteção dos direitos nela assegurados ocorre através da imposição aos tribunais para interpretar a legislação ordinária em consonância com os direitos em tela e, por conseguinte, pelo

¹⁸⁷ GARDBAUM (2010) p.181

¹⁸⁸ David Beatty afirma que, “comparada com Cortes no mundo, a ação da Suprema Corte do Canadá em termos de proteção de direitos constitucionais é tímida e não lisonjeira. Na realidade, em alguns casos, a Suprema Corte do Canadá chegou a denegar ao povo direitos assentados em outras partes do Globo. In: *The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments. The Modern Law Review*, v. 60, 1997, p.487. Apud. BRANCO (2010) p.62. Nota 15.

¹⁸⁹ “Nenhum tribunal deverá, em relação a qualquer lei (tenha sido aprovada ou promulgadas antes ou após a entrada em vigor da Declaração de Direitos): (a) julgar qualquer disposição da lei como tacitamente anulada ou revogada, ou de alguma forma inválida ou ineficaz ou (b) negar-se a aplicar qualquer disposição dessa lei com o único fundamento de que a disposição é incompatível com qualquer disposição desta Declaração de Direitos”. Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990, Seção 4.

aumento do custo político conferido aos parlamentares pela promulgação de uma norma que viole tão acintosamente os direitos garantidos que sequer possa lhe ser conferida uma interpretação coerente com os mesmos direitos.¹⁹⁰

Embora, à primeira vista, possa parecer que o modelo neozelandês seja ainda mais fraco que o canadense, a prática demonstrou justamente o contrário, pois os tribunais da Nova Zelândia “têm-se mantidos fortes na proteção dos direitos e desempenhado um papel importante no crescimento da cultura de direitos que muitos comentadores descrevem como estável e permanente.”¹⁹¹

Por sua vez, desde a Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao direito interno do Reino Unido, os tribunais britânicos foram incumbidos da tarefa de interpretar a legislação de uma maneira que seja compatível com os direitos da Convenção *na medida em que seja possível fazê-lo* (Seção 3). Caso um dos tribunais discriminados na referida lei - os de maior hierarquia - se convença de que não é possível fazê-lo, pode emitir uma declaração de incompatibilidade da lei em face dos direitos contidos na Convenção (Seção 4). Referida declaração, no entanto, “não afeta a validade, força ou a aplicação continuada da disposição a respeito da qual é feita; e [...] não vincula as partes aos procedimentos no qual é emitida”¹⁹². Seu efeito, destarte, restringe-se a facilitar a iniciativa de um processo legislativo rápido e eficaz para remediar a incompatibilidade.¹⁹³ Por oportuno, veja-se como o Procurador-Geral explicou o referido sistema em debate ocorrido na Câmara dos Lordes:

O esquema desta Declaração é este: caso leis sejam julgadas incompatíveis com fundamento na Convenção, então cabe ao Parlamento remediar isso. Nós não queremos incorporar os direitos da Convenção e, depois, confiando em uma teoria da anulação tácita, permitir que os tribunais derrubem leis do Parlamento.¹⁹⁴

¹⁹⁰ GARDBAUM (2010) p.184

¹⁹¹ GARDBAUM (2010) p.187

¹⁹² Seção 4 (2) e (6)

¹⁹³ WALDRON (2010) p.101

¹⁹⁴ *Lords Hansard*, 18 de novembro de 1997, coluna 522. Apud: GARDBAUM (2010) p.192. nota 107

Desse modo, o sistema britânico divide o poder de controle de constitucionalidade em duas funções separadas: decidir se existe o conflito entre uma lei e um direito da Convenção, que foi conferida aos tribunais especificados; e, se existente o conflito, invalidar a lei contrastante com o referido direito, função esta atribuída ao Parlamento.¹⁹⁵

Esse particular sistema de controle de constitucionalidade transfere, em evidente contraste com a tradição britânica, grande poder político aos tribunais, pois, através do poder de interpretar as leis de acordo com a Convenção, poderão praticamente reescrever leis do Parlamento. Acrescida a possibilidade de declaração de incompatibilidade ao poder interpretativo mencionado, o resultado, nos dizeres de Stephen Gardbaum:

[...] é o de colocar, de forma direta e sem ambiguidade, o ônus sobre o Parlamento caso este deseje agir de forma incongruente com um direito da Convenção, um preço que o governo pode não estar disposto ou não ser capaz de pagar.

Além da pressão política que uma declaração de incompatibilidade emitida pelo Judiciário pode acarretar sobre o Parlamento Britânico, deve ser somado o fato de que a parte lesada por uma lei contrária à Convenção pode recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, que, no caso de reconhecimento da violação, pode aplicar diversas sanções ao Estado-membro, podendo, inclusive, obrigar a alteração da norma pelo Parlamento.¹⁹⁶

Ponto comum entre os países mencionados é que a ousadia de suas reformas institucionais, nos dizeres de Conrado Hübner Mendes:

São baseadas na esperança de que, por meio de alguns incentivos institucionais, o parlamento pode levar direitos a sério. A decisão judicial não precisa receber, necessariamente, poder formal para que seja capaz de influenciar o comportamento do legislador, em nome da proteção de direitos. Conceberam-na de forma diferente: um mecanismo que conserva a linguagem dos direitos no interior do debate político, e que conta com sua força persuasiva para ser obedecido. São opções por vias mais políticas do que jurídicas (no sentido de direito como comando vinculante ou sanção) para proteger direitos. Revela maior confiança na política e nas demandas deliberativas que ela pode insuflar,

¹⁹⁵ GARDBAUM (2010) p.195

¹⁹⁶ PINTO (2010) p.38

em mecanismos mais sutis que fogem da armadilha de Marshall e Kelsen, segundo a qual ou há força e “porrete”, ou não há proteção de direitos.¹⁹⁷

Estes são exemplos de experiências críticas realizadas em países que, cientes dos problemas estruturais do modelo judicial dominante e também da necessidade de se estabelecer um controle da legislação em face de direitos consagrados em Constituições ou Declarações de Direitos, não se intimidaram diante do dogma de que não existe um meio termo entre a soberania judicial e a soberania parlamentar. Assim, estes países perquiriram, e clamam ter conseguido conciliar, o que há de essencial em ambos os modelos tradicionais: a tutela efetiva de direitos e a manutenção da prerrogativa de dar a última palavra em um órgão representativo.¹⁹⁸

3.2.1

Experiências críticas brasileiras: o modelo proposto por João Mangabeira na Comissão do Itamaraty (1933) e uma possível releitura do controle de constitucionalidade do Estado Novo (1937)

Como acima asseverado, as mudanças ocorridas nas últimas décadas nos países da Comunidade Britânica (*Commonwealth*) têm sido consideradas como criadoras de uma terceira via, supostamente, até então inexistente entre a supremacia do legislativo e o controle judicial.

Contudo, embora não tenham sido objetos de estudos recentes mais apurados, sobretudo por nunca terem vigorado de fato, a história constitucional brasileira comprova que na década de 1930 tentou-se criar no país modelos de controle de constitucionalidade que, ao menos em teoria, também buscavam aproximar a proteção judicial dos direitos consagrados na Constituição a aspectos democráticos.

Conforme mencionado em capítulo anterior, uma das preocupações da Comissão do Itamaraty, instituída por Getúlio Vargas para redigir o anteprojeto da Constituição de 1934, era a instabilidade jurídica que o *judicial review* havia criado no país em decorrência da profusão de decisões judiciais contraditórias em

¹⁹⁷ MENDES (2008a) p.164-165

¹⁹⁸ GARDBAUM (2010) p.199

sede de controle de constitucionalidade. Assim, os integrantes dessa comissão debateram o desenvolvimento de mecanismos que pudessem sanar esse problema, quando, então, surgiu pela primeira vez no Brasil a discussão sobre a adoção do controle de constitucionalidade abstrato e a conseqüente possibilidade de o Supremo Tribunal Federal praticamente revogar as leis declaradas inconstitucionais. Essa discussão fez com que alguns integrantes da referida comissão expusessem seu receio de que uma competência de tal magnitude colocaria o “Supremo Tribunal Federal quase como poder supremo do Estado”¹⁹⁹, instaurando-se, assim, uma verdadeira “ditadura do Poder Judiciário no Brasil.”²⁰⁰

Buscando conciliar esses dois propósitos – fortalecer a revisão judicial e impedir a concentração de poderes extremos no Supremo Tribunal Federal – João Mangabeira formulou um inovador modelo de controle de constitucionalidade, inicialmente redigido nos seguintes termos:

Art. Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada.

Se nisso não aquiescer comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembleia Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença o dissídio entre o Supremo e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito.

Se a Assembleia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará “ipso-fato” revogada.²⁰¹

Após algumas discussões, João Mangabeira alterou a redação do referido dispositivo, passando a assim constar:

Art. A inconstitucionalidade de uma lei federal só pode ser declarada pelo Supremo Tribunal, quando neste sentido votarem, pelo menos, dois terços dos seus membros.

¹⁹⁹ Goés Monteiro. Apud: AZEVEDO (2004) p.536

²⁰⁰ Oswaldo Aranha. Apud: AZEVEDO (2004) p.538

²⁰¹ AZEVEDO (2004) p.537

§ 1.º. Verificado este caso, o Presidente do Supremo Tribunal enviará, dentro de dez dias, uma cópia da decisão ao presidente da Assembleia Nacional; e se esta aquiescer no julgamento, ou dele não dissentir por dois terços da totalidade de seus membros, a lei será revogada. O mesmo ocorrerá, se reunida a assembleia, nada resolver dentro de trinta dias.

§ 2.º. Se a Assembleia, por dois terços da totalidade dos seus membros, discordar da decisão, comunicará o fato, dentro de 24 horas, ao Presidente da República. E se este, dentro de 5 dias, nada resolver ou aceitar o julgado, a lei ficará revogada. Se, porém, concordar com o voto da Assembleia, o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado, será resolvido por um plebiscito.

§ 3.º. Não poderá ser arguida de inconstitucional a lei aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.²⁰²

Como se vê, no que interessa ao presente estudo, a diferença entre as duas propostas é apenas a definição de qual deve ser o primeiro destinatário da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Na proposta inicial, declarada a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deveria comunicar ao Presidente da República, que, então, teria o poder de revogar a lei por decreto caso concordasse com a decisão judicial. Já em sua proposta final, João Mangabeira observou que a lei declarada inconstitucional deveria ser, primeiramente, enviada à Assembleia, que foi quem elaborou a norma inconstitucional, para que os próprios legisladores pudessem revogá-la se aquiescessem com a inconstitucionalidade declarada judicialmente.

Em ambas as versões, discordando do Supremo Tribunal Federal, o primeiro poder comunicado deveria enviar a questão ao poder que ainda não se manifestara, que poderia revogar a lei se confirmasse o entendimento judicial ou dele discordar, quando, então, restaria um dissídio com o Supremo Tribunal Federal de um lado e, de outro, os demais Poderes, o qual deveria ser resolvido diretamente pelo povo em plebiscito.

A ideia era criar uma *válvula de segurança*²⁰³ para casos excepcionais em que, vinculado o Supremo Tribunal Federal ao quadro estrito da lei, fossem

²⁰² AZEVEDO (2004) p.572

²⁰³ Essa expressão foi utilizada por Mangabeira para expor duas *armas* conferidas pela Constituição Americana ao Legislativo e ao Executivo contra *desvios transitórios* da Suprema Corte: a possibilidade de estabelecer quais os casos de apelação para a Suprema Corte e a fixação do número de juízes. MANGABEIRA (1934) p.112-113

julgados casos que poderiam abalar gravemente a política do país.²⁰⁴ João Mangabeira justificou seu modelo com dois exemplos, um real e outro hipotético. O primeiro dizia respeito ao caso *Dred Scott*²⁰⁵, que embora julgado, segundo Mangabeira, com impecável raciocínio jurídico pela Suprema Corte Americana, teria levado os Estados Unidos à guerra civil. Já o segundo partia da indagação sobre quais seriam as consequências se uma Corte Alemã anulasse a emenda à Constituição que versa sobre o Tratado de Versailles sob fundamento de que a mesma desmembrou território alemão, submetendo a população à soberania de outra nação. Para Mangabeira, a decisão poderia ser correta do ponto de vista jurídico, porém, inevitavelmente, reconduziria o país à guerra.²⁰⁶

Independentemente da versão que se estude, o que se destaca é a necessidade de concordância, ainda que seja tácita²⁰⁷, de mais um poder, seja o Executivo ou o Legislativo, para que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal produza efeitos, revogando-se a lei incompatível com a Constituição. Não havendo essa concordância, ou seja, ficando a posição do Supremo Tribunal Federal de um lado e de outro a posição dos demais poderes, seria convocado um plebiscito para que o povo decidisse a questão.

Essa proposta de João Mangabeira, como já mencionado em capítulo anterior, não foi aprovada pela Comissão do Itamaraty, não tendo feito parte sequer do anteprojeto da Constituição de 1934. Nada obstante, ela é relevante porque comprova que, já em 1933, defendeu-se no Brasil um modelo de jurisdição constitucional fraco, que, embora assegurasse o poder do Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de leis, criava um intrincado

²⁰⁴ AZEVEDO (2004) p.573

²⁰⁵ Ao decidir o caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857, a Suprema Corte Americana proferiu, como muitos a consideram, a pior decisão de todos os tempos da jurisdição constitucional. Nesse julgado decidiu-se que os negros, mesmo os livres ou libertos, não eram e não poderiam tornar-se cidadãos americanos e que o Congresso Americano não poderia, mediante aprovação de lei federal, proibir a escravidão nos Estados Unidos. Tomando partido em uma decisão política que então dividia os Estados Unidos, a Suprema Corte desgastou severamente o seu prestígio e acabou precipitando a Guerra Civil norte-americana. MORO (2004) p.24-29

²⁰⁶ AZEVEDO (2004) p.543

²⁰⁷ Conforme se infere da última versão da proposta de João Mangabeira, bastaria apenas que o Legislativo ou o Executivo quedassem-se inertes para que prevalecesse a decisão do Supremo Tribunal Federal.

mecanismo de controle político e popular que, em casos de excepcional gravidade, poderia ser invocado para superar a referida declaração judicial de inconstitucionalidade.

Foi no Estado Novo que um modelo de controle de constitucionalidade fraco chegou a ser incluído na Constituição (1937), porém, ainda assim, não chegou a vigorar de fato.

O modelo de controle de constitucionalidade previsto no artigo 96 da Constituição de 1937 foi e ainda é alvo de fortes críticas. Gilmar Mendes, por exemplo, afirma que “a Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade”²⁰⁸, enquanto, Inocêncio Mártires Coelho, a considera um verdadeiro “antimodelo de controle de constitucionalidade”²⁰⁹.

No entanto, essas críticas – ou, ao menos, grande parte delas – partem da análise de que o referido dispositivo constitucional foi utilizado por Vargas para exercer um verdadeiro Poder Moderador²¹⁰, tendo em vista que ele próprio redigia os decretos com força de lei e, em caso de decisão contrária do Supremo Tribunal Federal, editava outro decreto para suspender os efeitos do acórdão. Vendo sob este ângulo, não há como negar que as fortes críticas, de fato, se justificam.

Porém, de outro norte, deve ser observado que o particular sistema de controle de constitucionalidade proposto por Francisco Campos, que, segundo registra Elísio Augusto Velloso Bastos, é a “alteração mais relevante na história recente do controle de constitucionalidade brasileiro”²¹¹ e que, completa Gilmar Mendes, é, provavelmente, sem paradigma no direito comparado²¹², possui características que, se for desprezada sua utilização por um regime de exceção, merecem um estudo mais acurado, especialmente em tempos em que o modelo de revisão judicial começa a encontrar algum tipo de resistência.

Como já visto alhures²¹³, o controle de constitucionalidade do Estado Novo distribuiu entre os demais poderes a competência sempre concentrada no Supremo Tribunal Federal, pois o modelo então proposto permitia que, em

²⁰⁸ MENDES (2001), p.26

²⁰⁹ COELHO (1999), p.XIV

²¹⁰ MENDES (1999) p.30

²¹¹ BASTOS (2009) p.83

²¹² MENDES (1999). p.36. nota 155.

²¹³ Subitem 2.4

determinados casos, se dividisse a atribuição de aferir a constitucionalidade entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Com efeito, segundo o modelo em questão, a apreciação de inconstitucionalidade de atos normativos continuava sob a competência do Poder Judiciário. Contudo, tratando-se de lei federal que o Presidente da República entendesse como “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia ele submeter a decisão da Corte Suprema ao Parlamento que, então, poderia afastar a inconstitucionalidade declarada.

Desse modo, em casos específicos – lei federal reputada como “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” –, a questão da constitucionalidade poderia sair da competência exclusiva do Poder Judiciário, sobretudo da Corte Suprema, que a dividiria, então, com o Presidente e o Parlamento. Os três poderes se manifestariam, pois, após a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, o Presidente poderia iniciar, através de um ato que justificasse a “alta monta” da lei em questão, um processo no qual o Congresso Nacional poderia, aprovando em dois turnos nas duas Casas, “remover a inconstitucionalidade”²¹⁴ através da aprovação de uma *super emenda à constituição*, que, além de tornar válido o normativo impugnado, cassaria os julgados em sentido contrário.²¹⁵

Francisco Campos, inegavelmente influenciado por Carl Schmitt, afirmava que o sistema por ele idealizado era mais democrático, pois retirava do Poder Judiciário, conservador por excelência ou, em suas palavras, um resquício monárquico de um poder moderador, o verdadeiro controle do governo²¹⁶.

O sistema em questão realmente possui aspectos interessantes, pois sua utilização em um estado não autoritário poderia, à semelhança do que, em tese, ocorre com a *cláusula do não obstante* do direito canadense²¹⁷, fomentar um

²¹⁴ CAMPOS (2002)

²¹⁵ NUNES (1943) p.593

²¹⁶ CAMPOS (2002)

²¹⁷ Como visto no item anterior, a Seção 33 da Constituição Canadense permite que o Legislativo declare que o ato normativo será eficaz, *não obstante* sua ofensa à Constituição. Assim, o Legislativo pode superar a inconstitucionalidade reconhecida pelo Judiciário. A referida cláusula,

saudável *diálogo institucional*. Isto porque, tomando conhecimento das razões expostas pelo Judiciário, o Executivo e o Legislativo, caso pretendessem afastar a inconstitucionalidade, teriam, em um estado democrático, que responder ou contrapor os argumentos expostos na decisão declaratória de inconstitucionalidade. Iniciaria-se, assim, um debate que, ocorrido às claras, poderia, em teoria, ser verdadeiramente enriquecedor à democracia, tudo a depender, como o fracasso da referida experiência prática demonstrou a *contrario sensu*, da solidez de todas as instituições participantes desse diálogo.

O artigo 96 da Constituição de 1937, portanto, é mais um exemplo de tentativa frustrada de adoção de um controle de constitucionalidade fraco no Brasil, o que pode justificar a firme opção da Constituição de 1988 pela jurisdição constitucional e, por conseguinte, pela concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal.