



José Guilherme Berman Correa Pinto

**Direito Constitucional Comparado e
Controle Fraco de Constitucionalidade**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Fábio Carvalho Leite
Co-orientadora: Ana Lucia de Lyra Tavares

Rio de Janeiro
Janeiro de 2013



José Guilherme Berman Correa Pinto

**Direito Constitucional Comparado e
Controle Fraco de Constitucionalidade**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Ana Lucia de Lyra Tavares

Co-orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Letícia de Campos Velho Martel

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. José Ribas Vieira

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Vanice Regina Lírio do Valle

Universidade Estácio de Sá – UNESA

Prof. Claudio Pereira de Souza Neto

Universidade federal Fluminense – UFF

Profª. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais da PUC-Rio

Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 2013.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

José Guilherme Berman Correa Pinto

Graduou-se em Direito na UERJ (2002). Obteve o título de Mestre em Direito pela PUC-Rio (2006). É advogado associado a Barbosa, Müssnich & Aragão. Professor de Direito Comparado da PUC-Rio e de Direito Constitucional da Unesa.

Ficha Catalográfica

Pinto, José Guilherme Berman Correa

Direito Constitucional Comparado e Controle Fraco de Constitucionalidade; José Guilherme Berman Correa Pinto; Orientador: Fábio Carvalho Leite; co-orientadora: Ana Lucia de Lyra Tavares. – 2013.

244 f.; 30 cm

1. Tese (doutorado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2013.

Inclui referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Direito Constitucional Comparado. 4. Supremacia Judicial. 5. Soberania do Parlamento. 6. *Common Law*. 7. Direitos Fundamentais I. Leite, Fábio Carvalho. II. Tavares, Ana Lucia de Lyra. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Um trabalho de quatro anos, por mais que consista essencialmente em um esforço individual, só pode ser completado com o apoio de pessoas e instituições que nos acompanham e dão o necessário amparo – emocional, intelectual e financeiro. Felizmente, entre os anos de 2008 e 2012 foram muitos os responsáveis por esse auxílio na elaboração desta tese.

No campo emocional, a família e os amigos nunca deixaram faltar o equilíbrio necessário à conclusão do trabalho. Minha mulher, Karen, teve amor e compreensão suficientes para aguentar firme a tensão e a ausência que escrever uma tese provoca, meus pais, Deborah e José Guilherme, e todo o restante da minha família permitiram que eu tivesse uma boa educação, enfim completada (espero). Agradeço muito também aos amigos da Bocadoforum, de Montreal, da Unesa, do BM&A, da PUC e todos os outros que estiveram por perto no período. Não os cito nominalmente apenas para não correr o inevitável risco do esquecimento.

Intelectualmente, devo muito a todos os professores com os quais tive a oportunidade de conviver nesse período. Não posso deixar de registrar especialmente o agradecimento aos professores Ana Lucia de Lyra Tavares, José Ribas Vieira, Luc Tremblay e Kent Roach. Além deles, no grupo de pesquisa Novas Perspectivas na Jurisdição Constitucional tive uma acolhida amigável e encontrei terreno fértil para investigação e troca de ideias, que muito contribuíram na execução deste trabalho.

Financeiramente, não há como deixar de registrar o agradecimento às instituições que me ofereceram bolsas de estudos (PUC-Rio e Capes) e aos meus diversos empregadores no período.

Resumo

Pinto, José Guilherme Berman Correa; Leite, Fábio Carvalho; **Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade**. Rio de Janeiro, 2012. 244p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Até os anos 1980, tratar de controle de constitucionalidade no âmbito do direito comparado significava ignorar a prática constitucional desenvolvida em boa parte dos países da família da *common law*. Isso porque o Reino Unido, juntamente com algumas de suas ex-colônias (como Canadá, Nova Zelândia e Austrália, além de Israel, cujo território fora um protetorado inglês antes de se tornar um Estado independente), apegados ao dogma da soberania do Parlamento, resistiam em reconhecer a juízes não eleitos competência para invalidar atos emanados dos legítimos representantes do povo. O cenário começa a mudar com a aprovação da Carta de Direitos e Liberdades canadense, em 1982. Nesta ocasião, os direitos fundamentais foram recolhidos em um documento jurídico dotado de supremacia e rigidez, tendo sido facultado a juízes e tribunais invalidar normas que não os respeitassem. Mas, para conciliar a nova prática com a tradição constitucional habituada à supremacia do Parlamento, alguns arranjos foram feitos, de forma a permitir que a última palavra em matéria de interpretação de direitos constitucionalmente protegidos permanecesse com o legislador. Surgiu, assim, um novo modelo de controle de constitucionalidade, no qual o judiciário possui um papel importante, mas não determinante, na proteção a direitos fundamentais. Este modelo, aqui chamado de controle fraco de constitucionalidade, serviu de inspiração para que o próprio Reino Unido e outras de suas ex-colônias adotassem alguma forma de *judicial review* entre os anos que marcaram a virada do século XX para o XXI. Nesta tese, pretende-se apresentar as características desse novo modelo, contrapondo-o ao modelo tradicional (forte) de controle de constitucionalidade e, ao final, fazer reflexões sobre a possível recepção do novo sistema em países integrantes da família romano-germânica.

Palavras-chave

Controle de constitucionalidade; direito constitucional comparado; supremacia judicial; soberania do parlamento; *common law*; direitos fundamentais

Abstract

Pinto, José Guilherme Berman Correa; Leite, Fábio Carvalho (Advisor); **Comparative constitutional law and weak-form judicial review.** Rio de Janeiro, 2012. 244p. Doctoral Thesis. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

By the 1980s, to approach judicial review in the context of comparative law meant to ignore the constitutional practice developed in a number of members within the common-law family of nations. This happened because the United Kingdom, along with some of her former colonies (such as Canada, New Zealand and Australia, besides Israel, whose territory had been an English protectorate before becoming an independent state), attached to the principle of Parliament's sovereignty, resisted the endowment of unelected judges with the power to invalidate acts performed by the people's legitimate representatives. The scenario began to change with the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms in 1982. On that occasion, fundamental rights were put into a legal document tagged with supremacy and rigidity; judges and courts having been authorized to invalidate norms that clearly did not respect such rights. However, to accommodate the new practice without sacrificing the constitutional tradition more accustomed to the sovereignty of Parliament, some arrangements were made in order to allow that the last word on the interpretation of constitutionally-protected rights would remain with the legislator. Thus a new pattern of judicial review appeared in which the Judiciary plays a significant, but not decisive role in protecting fundamental rights. This pattern, herein called weak-form judicial review, inspired the UK herself and other former colonies to adopt some form of judicial review, in the years that marked the turn of the 20th century to the 21st. The present paper intends to present the characteristics of this new pattern, comparing it to the traditional (strong) judicial review pattern, and it eventually elaborates on the possible receptivity to the new system by member countries of the civil law family of nations.

Keywords

Judicial Review; Comparative Constitutional Law; Judicial Supremacy; Parliament Sovereignty; Common Law; Fundamental Rights

Sumário

1 Introdução	10
2 Metodologia	18
2.1 Teoria crítica	18
2.2 O método comparativo	27
3 O Controle Forte de Constitucionalidade	33
3.1 O Constitucionalismo Jurídico	34
3.2 O surgimento do controle forte de constitucionalidade nos Estados Unidos	39
3.2.1 O <i>judicial review</i> nos Estados Unidos	43
3.2.1.1 Fundamento normativo	44
3.2.1.2 Legitimidade ativa	44
3.2.1.3 Competência	45
3.2.1.4 Efeitos	46
3.3 Expansão e transformação do <i>judicial review</i> na Europa	47
3.3.1 Controle de constitucionalidade na Alemanha	48
3.3.1.1 Fundamento normativo	49
3.3.1.2 Legitimidade ativa	51
3.3.1.3 Competência	52
3.3.1.4 Efeitos	53
3.4 Síntese do controle forte de constitucionalidade	54
3.5 Críticas ao constitucionalismo jurídico	55
4 O Constitucionalismo político	81
4.1 A história constitucional inglesa	83
4.2 Principais características do constitucionalismo inglês	86
4.2.1 A supremacia do Parlamento	90
4.2.2 A Rule of Law	91
4.2.2.1 Relação entre <i>Rule of Law</i> e soberania parlamentar	99

4.2.3 As Convenções Constitucionais	107
4.3 Transformações recentes no constitucionalismo inglês	110
4.4 Conclusão	113
5 O controle fraco de constitucionalidade	115
5.1 Origem do constitucionalismo dialógico: a experiência canadense	117
5.1.1 O artigo 1º da Carta de Direitos e Liberdades canadense	125
5.1.1.1 Primeiros anos: ativismo sem aplicação da proporcionalidade	129
5.1.1.2 Teste de Oakes e o princípio da proporcionalidade	131
5.1.1.3 Desenvolvimentos recentes: a caminho da autocontenção	138
5.1.2 Artigo 33: A cláusula não obstante	142
5.1.3 Diálogo entre legisladores e juízes por meio da <i>common law</i>	147
5.1.4 Consultas à Suprema Corte	150
5.1.5 Técnicas decisórias	159
5.2 Expansão do controle fraco para outros países da <i>Commonwealth</i>	165
5.2.1 Reino Unido – o <i>Human Rights Act</i> , 1998	165
5.2.1.1 Afirmação de compatibilidade	169
5.2.1.2 Obrigação interpretativa	170
5.2.1.3 Declarações de incompatibilidade	172
5.2.2 Nova Zelândia	175
5.2.3 Israel	178
5.3 Quadro comparativo	185
6 Dificuldades na recepção do controle fraco de constitucionalidade	188
6.1 Interpretação extrajudicial	190
6.1.1 Departamentalismo	192
6.1.2 Interpretação extrajudicial para Peter Häberle e sua influência no Brasil	199
6.1.3 Por que refutar a primazia da interpretação extrajudicial	206
6.2 Rigidez constitucional e controle fraco de constitucionalidade	210
7 Referências bibliográficas	224

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Formulações Alternativas Da Rule Of Law	95
Tabela 2 – Controle de Constitucionalidade	186