

1 Introdução

O direito comparado é um terreno mais do que fértil para investigações científicas. Seja tratando da macrocomparação, seja quando se cuida da microcomparação,¹ é possível conferir enfoques quase ilimitados, dependendo do objeto e dos sistemas a serem confrontados. Por permitirem de alguma maneira sistematizar o conhecimento, de forma a agrupar os sistemas jurídicos em grandes conjuntos, aproximados pela presença comum de determinadas características, as classificações desenvolvidas pela doutrina são uma ferramenta didática imprescindível ao comparatista.

A taxonomia mais abrangente dentro do direito comparado, responsável pelo seu reconhecimento como ciência, é aquela que busca agrupar, baseada em determinadas características, os grandes sistemas (ou famílias) jurídicos existentes no mundo.² Trata-se da macrocomparação por excelência, cujas linhas gerais podem ser retiradas da consagrada obra do mestre francês René David, *Os Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos*.³ Ali, cada uma das famílias é analisada sob três critérios principais: a origem histórica do sistema, a estrutura dos direitos e suas respectivas fontes.

Inegavelmente, como sói acontecer no campo do direito comparado, é o direito civil quem ocupa o papel central na referida obra. Assim, por exemplo, a análise da estrutura dos direitos na família romano-germânica dedica boa parte de sua atenção ao fenômeno da codificação, cujo primeiro grande referencial consiste precisamente no Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão).

Outros autores consagrados utilizam critérios similares, ou seja, realizam a comparação dos sistemas jurídicos sob a perspectiva do direito civil. Athanase

¹ Sobre a diferença entre macro e microcomparação, a título exemplificativo, consultar SACCO, R. *Introdução ao Direito Comparado*, p. 225 e segs.

² CONSTANTINESCO, L. *Tratado de Direito Comparado*, cap. 3. Sobre a atualidade da macrocomparação, consultar HUSA, J. "Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?".

³ DAVID, R. *Os Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos*.

Papachristos, responsável pela principal obra sobre o estudo da recepção de direitos, analisa exclusivamente casos de transplantes jurídicos ocorridos no campo do direito civil, entre eles a assimilação do direito romano (eminentemente civil) na Alemanha e a adoção do Código de Obrigações suíço na Turquia.⁴ Mario Losano, em que pese acrescentar à proposta de René David a família dos direitos latino-americanos como sistema autônomo, também adota perspectiva civilista.⁵

Levando-se em consideração que o direito civil foi, por muito tempo, visto como o centro do ordenamento jurídico e o instrumento fundamental de regência das relações sociais, é natural que a comparação jurídica concentrasse seus esforços na análise deste ramo do ordenamento jurídico. Assim, quando se afirma que na família romano-germânica a lei é a principal fonte do direito e que os juízes têm um papel limitado na sua criação (cabendo-lhes, apenas, a tarefa de interpretar o direito), é especialmente a aplicação do direito civil que se tem em mente. É suficiente para comprovar o aqui exposto lembrar que regras gerais de aplicação de normas jurídicas (não exclusivamente de natureza cível) estiveram contidas na “Lei de Introdução ao Código Civil” até 2010, quando esta foi renomeada para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.⁶

Até hoje a classificação das grandes famílias jurídicas permanece atual e notavelmente apta a agrupar características que ajudam a compreender como funcionam, em linhas gerais, os sistemas legais existentes no mundo. No entanto, outras formas de organizar o conhecimento precisaram ser desenvolvidas, de forma a acompanhar não apenas a diversidade de estudos comparados entre os múltiplos ramos do direito (fala-se, por exemplo, em direito penal comparado, direito administrativo comparado, etc.), mas também as transformações sofridas por esses sistemas. Uma dessas mudanças, talvez a mais notável delas, é a ascensão do direito constitucional à condição de ramo central no estudo do direito, havendo mesmo quem fale em uma verdadeira “constitucionalização do direito”.⁷

⁴ PAPACHRISTOS, A. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*

⁵ LOSANO, M. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*.

⁶ A mudança na terminologia foi produzida pela Lei nº 12.376/2010, que alterou a tradicional linguagem empregada pelo Decreto-Lei nº 4.657/42.

⁷ Realizar um inventário da extensa literatura sobre o tema foge ao escopo deste trabalho. Como referências, consultar CARBONELL, M. (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*; CRUZ, L. M. *La Constitución como Orden de Valores* e, em português, BARROSO, L. R. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*; BARROSO, L. R. *Curso de Direito*

Com isso, naturalmente ganharam espaço os estudos sobre o direito constitucional comparado.

O direito constitucional tem por objeto disciplinar a vida do Estado, entendido este como forma de organização social responsável pela centralização do poder nas sociedades contemporâneas.⁸ Tradicionalmente seu estudo era orientado especialmente pelos aspectos estruturais e organizacionais do Estado. Assim, quando se tratava do direito constitucional comparado, as primeiras categorias desenvolvidas preocupavam-se com formas de estado ou de governo, sistemas de governo, separação dos poderes, sistemas eleitorais, etc.⁹

Mais uma vez, as classificações elaboradas pelos grandes mestres da área permanecem absolutamente atuais e úteis. No entanto, dois aspectos do direito constitucional ganharam um papel de acentuado destaque, além de terem sofrido importantes transformações nos últimos anos: a proteção conferida a direitos fundamentais e o exercício de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.¹⁰ Os estudos comparativos, portanto, devem acompanhar tais transformações.

Sobre esses dois pontos, as mudanças ocorridas são, ao mesmo tempo, profundas, recentes e interligadas. Apesar de as primeiras declarações de direitos terem sido elaboradas ainda no século XVIII e de o controle de constitucionalidade possuir como marco inicial o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, é ao longo do século XX – e especialmente após a 2ª Guerra Mundial – que a atuação de tribunais com poder para invalidar normas legislativas que entrem em conflito com direitos constitucionalmente assegurados irá conquistar o papel de destaque que hoje lhe é reconhecido.

Dentre os países da família romano-germânica, há relativa uniformidade quanto ao tratamento das duas questões. Dada a predominância do modelo

Constitucional Contemporâneo; SARMENTO, D. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*; SARMENTO D. e SOUZA NETO, C. P. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*.

⁸ É este, por exemplo, o conceito encontrado em CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 87 e segs.

⁹ Veja-se, por exemplo, os temas tratados em SILVA, J. A. *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*.

¹⁰ CASTRO, C. R. S. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais* e BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 40-42.

jurídico de constitucionalismo, o desenho amplamente hegemônico é baseado em declarações de direitos incorporadas a textos constitucionais dotados de supremacia e rigidez¹¹ e no reconhecimento ao judiciário do papel de fiscalizar a conformidade da atuação dos demais poderes aos ditames constitucionais. Predominantemente, esta fiscalização é feita de forma concentrada e abstrata por tribunais constitucionais.¹²

Já no mundo da *common law*, a cisão entre o direito inglês e o direito estadunidense, que tem na contraposição entre supremacia do Parlamento e supremacia da Constituição um de seus traços mais marcantes,¹³ fez com que o tratamento das duas questões não fosse uniforme. A Inglaterra e algumas de suas ex-colônias mantiveram-se ligadas à tradição do constitucionalismo político, na qual a supremacia parlamentar impedia que as declarações de direitos ali existentes fossem dotadas de supremacia e rigidez (sendo, portanto, formalmente consideradas como leis ordinárias). Por esta razão, ao judiciário sempre foi negado o poder de anular um ato elaborado pelo legislador democraticamente eleito.¹⁴

Enquanto isso, os Estados Unidos desenvolveram um sistema baseado na supremacia da Constituição, à qual foi incorporada uma declaração formal de direitos fundamentais (*Bill of Rights*, originalmente contido nas dez primeiras emendas à Constituição). Além disso, ao judiciário foi reconhecido o poder de invalidar qualquer ação legislativa ou executiva que entrasse em rota de colisão com dispositivos constitucionais.

¹¹ A França pode ser apontada como notável exceção, haja vista a menção, na Constituição de 1958, aos direitos garantidos pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e ao Prêambulo da Constituição francesa de 1948, o que levou o Conselho Constitucional a desenvolver o conceito de “bloco de constitucionalidade”. Consultar, a respeito, FRANÇOIS, B. “Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l’émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France” e GOMES, J. B. “Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês”.

¹² O Brasil é uma notável exceção a este cenário, haja vista a introdução do controle difuso e concreto inspirado nos Estados Unidos, com a Constituição de 1891. A respeito dessa recepção, ver TAVARES, A. L. L. “Aspects de l’Acclimatation du ‘Judicial Review’ au Droit Brésilien”.

¹³ O segundo é a forma de estado (unitário ou federal) adotado por cada um dos países. Ver DAVID, R. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 447 e segs.

¹⁴ CAPPELLETTI, M. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 57-61, onde o autor italiano destaca que, influenciada pelo Sir Edward Coke, a Grã Bretanha, durante algumas décadas, reconheceu a supremacia judicial, no entanto, mais recentemente, terminou prevalecendo a supremacia parlamentar e a consequente rejeição do controle jurisdicional de constitucionalidade das normas.

Tudo isso fez com que os estudos comparativos a respeito do controle de constitucionalidade se dirigissem à distinção entre o sistema estadunidense (difuso e concreto) e o sistema europeu continental (concentrado e abstrato).¹⁵ A Inglaterra e suas ex-colônias que não romperam com a tradição jurídica dela herdada simplesmente não eram objeto de estudos comparativos nesta seara, e isso por uma razão muito simples: dada a soberania parlamentar, ali não havia nem declarações supremas e rígidas de direitos, nem tribunais dotados do poder de invalidar normas contrárias a direitos entendidos como fundamentais. Não se falava, portanto, em controle de constitucionalidade.

Este cenário começa a mudar, entretanto, com a aprovação, no Canadá, do *Constitution Act, 1982*, que veio acompanhado da Carta de Direitos e Liberdades (“Carta”). Este documento marca o surgimento de uma alternativa entre o controle de constitucionalidade baseado na supremacia judicial (característico do constitucionalismo jurídico, adotado nos EUA e na Europa continental) e a ausência de controle de constitucionalidade na proteção a direitos fundamentais (característico do constitucionalismo político, adotado na Inglaterra e em antigas colônias como Austrália e Nova Zelândia, além do próprio Canadá).

A nova modalidade é aqui chamada de “controle fraco de constitucionalidade”, na medida em que permite aos juízes e tribunais desempenhar um papel importante na garantia dos direitos fundamentais, sem lhes atribuir a prerrogativa de proferir a última palavra a esse respeito. O modelo foi tão bem sucedido que, com adaptações relevantes, tem sido exportado para outras nações da *Commonwealth* (inclusive para o Reino Unido).

O propósito desta tese é analisar essa nova categoria no campo do direito constitucional comparado. A necessidade não surge de falhas nas categorias existentes, mas sim de uma transformação recente e importante, vista muitas vezes como capaz de acomodar tensões e contradições que pareciam insuperáveis nos modelos até então existentes. Além disso, o novo modelo será comparado aos sistemas fortes de controle de constitucionalidade, como o praticado no Brasil.

¹⁵ Como referência, pode-se consultar a consagrada obra de CAPPELLETTI, M. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*.

É preciso, portanto, apresentar um novo critério, afinal, a taxonomia desenvolvida pelos juscomparatistas deve servir para auxiliar na compreensão e na contraposição de diferentes ordenamentos, não sendo ela um fim em si mesma. Se ocorrem importantes transformações nos sistemas jurídicos, é papel do comparatista desenvolver novas categorias que abranjam esses novos modelos. Como adverte Ugo Mattei, em longa mas elucidativa passagem,

Eu começo este artigo com a afirmação, por vezes negligenciada no direito comparado, de que a taxonomia não é um fim em si mesma. Em vez disso, ela é uma forma de enriquecer nossa compreensão comparativa dos sistemas jurídicos. Consequentemente, nenhuma taxonomia pode alegar ser universal, por servir a todos os propósitos comparativos melhor do que todas as outras alternativas. É bastante óbvio que, ao comparar ordenamentos constitucionais, a oposição *common law* v. *civil law* poderá ser bem menos útil do que a oposição entre estado federal v. unitário. Diferentes classificações podem coexistir para propósitos distintos, e cada nova taxonomia deve ser avaliada com base em seu sucesso em atingir determinado objetivo melhor do que a anterior, desenvolvida com o mesmo propósito. Portanto, é importante estabelecer qual o objetivo da taxonomia que alguém propõe, em vez de se engajar em julgamentos normativos sobre entidades heterogêneas.¹⁶

O ponto de partida para a classificação proposta nesta tese é a dicotomia entre o constitucionalismo de matriz inglesa, no qual a interpretação constitucional é vista como uma tarefa essencialmente política, e o constitucionalismo estadunidense, em que a mesma função é compreendida como uma incumbência primordialmente jurisdicional. Os dois modelos são, por isso, chamados de “constitucionalismo político” e de “constitucionalismo jurídico”, respectivamente.

A adoção de um ou outro modelo é determinante para a compreensão do controle de constitucionalidade desenvolvido em cada país. Os países de tradição ligada ao constitucionalismo jurídico irão compor o bloco do “controle forte” de constitucionalidade. No entanto, muitos deles adotam mecanismos de contenção

¹⁶ MATTEI, U. “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems”, p. 8, tradução livre. No original: “*I begin this article with the often-neglected assumption in comparative law that taxonomy is not an end in itself. Instead it is a mean to enrich our comparative understanding of legal systems. Consequently, no taxonomy can claim universality by serving every comparative purpose better than every alternative one. It is quite obvious that, in comparing constitutional orders, the common law vs. civil law opposition may be less useful than the federal v. unitary one. Different classifications may therefore coexist for different purposes, and any new taxonomy should be evaluated on the basis of whether it serves a given aim better than the previous ones that shares the same purpose. Hence, it is important to state clearly at the beginning what is the purpose of the taxonomy that one proposes, rather than engaging in normative judgments on heterogeneous entities.*”

do Judiciário que impedem que sua interpretação da constituição seja, em muitos casos, definitiva.

Já os países ligados ao constitucionalismo político, de raiz inglesa, tradicionalmente atribuem aos poderes políticos a tarefa de interpretar a constituição. Por esta razão, há uma tendência de que, ao implementarem um sistema de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, esses países não transfiram para os tribunais a prerrogativa de dar a última palavra sobre o significado da constituição, preservando, assim, a supremacia do legislador.

O objetivo buscado é mostrar como este último grupo de nações deixou de ser um elemento absolutamente inócuo no estudo das formas de controle de constitucionalidade para se transformar em uma referência bastante interessante, por se basear na idéia de diálogo entre os poderes na interpretação da constituição. A ênfase será dada ao estado que pode ser apontado como pioneiro do controle fraco de constitucionalidade, o Canadá.

Tal pioneirismo levou o autor a passar dois períodos de estudo, durante a elaboração desta tese, em território canadense. O primeiro, financiado pela Capes, sob a orientação formal do Dr. Luc Tremblay, na Universidade de Montreal; o segundo, sob a gentil acolhida do professor Kent Roach, na Universidade de Toronto. Outras experiências com o controle fraco de constitucionalidade serão analisadas (nomeadamente no Reino Unido, Nova Zelândia e Israel), embora não com a mesma profundidade.¹⁷

O trabalho é estruturado de forma a tentar identificar as principais características dos sistemas de controle de constitucionalidade existentes, baseado no papel do judiciário nessa fiscalização. O controle forte será exemplificado por dois de seus maiores expoentes, EUA e Alemanha, bastiões do constitucionalismo jurídico e que servirão como “tipos ideais” para ilustrar os dois principais sistemas de fiscalização jurisdicional forte de constitucionalidade das leis. Já o controle fraco tem, como dito, ênfase na experiência canadense, mas também se buscará analisar países que o adotaram mais recentemente.

¹⁷ Não se desconhece que algumas províncias australianas também passam por experiências recentes com mecanismos de controle fraco de constitucionalidade. No entanto, por se tratar de instituto criado em âmbito local, e não nacional, optou-se por deixar de fora sua análise nesta tese.

No desenvolvimento do trabalho, será adotada a seguinte estrutura: no capítulo 2 será descrita a metodologia empregada, com algumas anotações sobre a teoria crítica do direito, que reconhece a parcial dependência desta ciência em relação a outros campos do saber, e outras tantas sobre a utilização da metodologia comparativa no estudo do direito.

O controle forte de constitucionalidade é objeto do capítulo 3, que o explica a partir das premissas estabelecidas para o modelo jurídico de constitucionalismo e examina como esse controle é exercido em dois grandes modelos: Estados Unidos e Alemanha. Além disso, são analisadas algumas das mais fortes objeções feitas ao *judicial review*.

Em seguida, no capítulo 4, falar-se-á do constitucionalismo político, descrevendo-se as principais características do constitucionalismo inglês e as recentes transformações pelas quais aquele sistema jurídico tem passado. A substituição da tradicional ausência do controle de constitucionalidade em países ligados ao constitucionalismo político pela adoção de mecanismos de controle fraco de constitucionalidade leva ao capítulo seguinte.

No capítulo 5 é estudado o novo modelo (fraco) de controle de constitucionalidade. Inicialmente, a partir de seu surgimento, no Canadá, passando pelos mecanismos ali desenvolvidos para permitir a atuação do judiciário na fiscalização de constitucionalidade das normas, sem usurpação da supremacia parlamentar, e chegando à sua expansão por outros países ligados ao constitucionalismo político (Reino Unido, Nova Zelândia e Israel).

No último capítulo são examinadas algumas dificuldades para a exportação do modelo de controle fraco de constitucionalidade para países ligados ao constitucionalismo jurídico. As três principais objeções são: a necessidade de proteção aos direitos das minorias em países presidencialistas, algumas dificuldades com a interpretação constitucional extrajudicial e a atenção que se deve ter à relação entre o grau de rigidez constitucional e o modelo de controle de constitucionalidade estabelecido.