

4 O Constitucionalismo político

A relação do direito inglês com o constitucionalismo é, no mínimo, curiosa. O Reino Unido, por um lado, é citado como a pátria mãe do constitucionalismo moderno, na medida em que foi o primeiro país a estabelecer restrições ao poder dos monarcas.²¹⁷ Em contrapartida, como jamais adotou uma constituição que formalmente consolidasse os limites legais ao exercício do poder político por parte do Estado, não desenvolveu a experiência e nem as ferramentas para conceitualizar sua própria invenção.²¹⁸

Em que pesem transformações recentes, que serão analisadas adiante, e que reforçaram a presença do aspecto jurídico no constitucionalismo inglês, tradicionalmente são as dimensões histórica e política que caracterizam o paradigma dominante até os anos 1970.²¹⁹ Ainda hoje, o constitucionalismo inglês preserva diferenças importantes em relação ao constitucionalismo jurídico.

De forma simplificada, pode-se afirmar que o constitucionalismo inglês é um constitucionalismo essencialmente político. Isso significa que existem fatores de limitação do poder (o que caracteriza o constitucionalismo), mas tais limites não estão estabelecidos em leis dotadas de um valor supremo, cuja última palavra em relação à sua aplicação caiba ao judiciário (seja na forma de uma Corte Suprema, seja por meio de um Tribunal Constitucional). Estão, isso sim, contidos na história e na prática política desenvolvida ao longo dos tempos.

Por esta razão, esta forma de constitucionalismo é chamada de “político”. Diferentemente do jurídico, o constitucionalismo político recusa-se a colocar nas mãos dos juízes a tarefa de verificar o respeito aos limites colocados ao exercício do poder, reconhecendo, por *déjà* *fa*, um papel bem mais amplo para os próprios governantes. Como define Griffith, em texto seminal sobre o assunto:

Este núcleo [da constituição] significa que os governantes do Reino Unido podem praticar quaisquer ações necessárias ao governo adequado do Reino Unido, segundo seu próprio entendimento, sujeitos apenas a duas limitações. A primeira

²¹⁷ MURKENS, J. E. K. “The Quest for Constitutionalism in UK Public Law Discourse”, p. 428.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 434.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 435.

limitação é que eles não podem infringir direitos subjetivos de terceiros, a menos que sejam expressamente autorizados a tanto por leis ou prerrogativas. A segunda limitação é que se eles quiserem alterar o direito, seja atribuindo-se novos poderes ou de qualquer outra forma, devem obter o consentimento do Parlamento. A estas duas limitações alguns acrescentam uma terceira: de que o governo é limitado pelos regulamentos e diretivas emanados da Comissão e do Conselho de Ministros, de acordo com o Tratado de Roma.²²⁰

Há, portanto, no direito inglês, uma interessante busca por equilíbrio entre a limitação do poder exercido pelos governantes e o respeito à supremacia do Parlamento. Não é simples compreender de que forma se conciliam valores aparentemente contraditórios entre si. Especialmente porque no Brasil estamos acostumados a reconhecer com naturalidade ao Judiciário o papel de fiscal da constitucionalidade das ações praticadas tanto pelo Legislativo como pelo Executivo.

Também a distinção entre poder constituinte e poder constituído, aceita de forma pacífica em nossa teoria constitucional, mas estranha aos britânicos, nos cria dificuldades. Nós inegavelmente adotamos uma postura desconfiada em relação ao legislador (poder constituído) e uma tendência a consagrar o constituinte (especialmente o originário), de forma que o Poder Legislativo é muitas vezes visto como “inimigo” dos direitos individuais.²²¹ Para os ingleses, no entanto, o legislativo é justamente a fonte dos direitos que historicamente foram reconhecidos como obstáculos ao exercício do poder por parte do Executivo. Neste cenário, fica mais fácil compreender o funcionamento do constitucionalismo britânico e sua fé no Parlamento como instituição soberana.

²²⁰ GRIFFITH, J. A. G. “The Political Constitution”, p. 16, tradução livre. No original: “*This heart is that Governments of United Kingdom may take any action necessary for the proper government of the United Kingdom, as they see it, subject to two limitations. The first limitation is that they may not infringe the legal rights of others unless expressly authorized to do so under the statute or the prerogative. The second limitation is that if they wish to change the law, whether by adding to their existing legal powers or otherwise, they must obtain the assent of Parliament. To these two limitations, some would add a third: that the Government is bound by the regulations and directives which emanate from the Commission and the Council of Ministers under the treaty of Rome*”.

²²¹ Há, no entanto, boas razões para desconfiar da “pureza” do poder constituinte originário, quando contrastado aos poderes constituídos. Para uma descrição acurada do processo constituinte de 1987/1988, ver PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988*. Mesmo no panorama estadunidense, há bons argumentos contra a propalada “pureza” da Carta da Filadélfia, como argumentado em LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution*.

4.1

A história constitucional inglesa

A formação do Reino Unido como estado soberano possui uma trajetória milenar e bastante atribulada, da qual uma descrição detalhada fugiria inteiramente ao escopo deste trabalho. Por ora, é suficiente dizer que, após séculos de ocupação romana, encerrada por volta do século V d.C., a região em que atualmente fica o Reino Unido foi ocupada por diversos povos germânicos, conhecidos coletivamente como anglo-saxões. A partir de então se inicia o processo de unificação inglesa, que seria alcançada apenas no século IX, sob o governo de Alfredo, o Grande, responsável pela expulsão dos invasores dinamarqueses.

Ao longo da história, o exercício do poder, que inicialmente se encontrava concentrado inteiramente nas mãos dos monarcas, vai paulatinamente sofrendo limites que lhe serão colocados por diversas instituições, notadamente o Parlamento. É esse processo de restrição ao poder por meio da fiscalização parlamentar que caracteriza o constitucionalismo, desenvolvido, em terras inglesas, de forma lenta e gradual.

Bagehot, em obra clássica sobre a história constitucional inglesa, a divide em três períodos: o primeiro compreende o período anterior a 1485. O início da dinastia Tudor, naquele ano, marca o começo do segundo período. Este irá perdurar até 1688, quando a terceira era se inicia com a deposição de James II e a afirmação do papel do Parlamento no governo.²²²

Na primeira das fases citadas, o Parlamento, por conta das dúvidas quanto à sucessão real e à incapacidade de alguns dos monarcas, ganha força e poder de forma bastante acentuada. Numa sociedade ainda feudal, em que a maior parte da população não tinha meios de acompanhar a vida política local, eram os nobres que compunham aquele corpo, impondo freios ao exercício do poder real. Seus integrantes eram cidadãos de boa-fé que, apesar de não serem indicados de forma a assegurar uma representatividade equânime da população, exerciam a importante função de servir de canal de comunicação entre a população e o monarca.

²²² BAGEHOT, W. *The English Constitution*.

O poder de legislar positivamente (aprovar leis) ainda não era visto como próprio do Parlamento. Na verdade, as regras continuavam sendo ditadas pelo rei, mas aquela instituição possuía um importante papel, ainda que negativo, de impedir que medidas absolutamente impopulares fossem adotadas. Como destaca Bagehot:

A legislação, como um poder positivo, era algo bem secundário nesses antigos parlamentos. Acredito que nenhuma lei, até onde eu saiba, tenha sido elaborada no reinado de Ricardo I, e todas as normas pré-Tudor reunidas pareceriam insuficientes para um Parlamento moderno, que tenha de viver delas. Mas a ação negativa do parlamento sobre o direito era essencial à *déia*, e permeava todas as partes de seu uso. Impedir o rei de alterar o que eram considerados dados quase sagrados da *common law*, sem consultar se a nação gostaria disso ou não, era o papel principal do sistema. Para praticar atos excepcionais e singulares, como era vista à época a legislação nova, o rei tinha que testar o sentimento popular, assim como para atos mais simples. O poder legislativo pertencia a ele ao final, ela editava as leis após ouvir seus Lordes e Comuns, era dele a boca sagrada que dava um caráter santificado às normas; mas o rei apenas ousaria mudar as regras que regiam a vida comum de seu povo após *déia* fi-lo, ele não seria obedecido se não o fizesse, isso em uma época em que não se temia a guerra civil tanto quanto hoje em dia.²²³

Mesmo as grandes Cartas de Direitos, como a *Magna Charta*, não escapavam a esta regra. Muito mais do que produzir novos direitos, elas simbolizavam grandes acordos entre diferentes ordens de caráter especialmente declaratório. Com isso, consolidavam-se costumes imemoriais, ou seja, não havia, como diversas vezes se afirma, a proclamação de novos direitos por meio de tais instrumentos. Bagehot rebate diretamente afirmação do Sir James Mackintosh, que afirmara que o direito de votar um imposto previamente seria um paladino da liberdade conferido pela *Magna Charta*, dizendo que isso decorria justamente da

²²³ BAGEHOT, W. *The English Constitution*, p. 206, tradução livre. No original: “Legislation as a positive power was very secondary in those old parliaments. I believe no statute at all, as far as we know, was passed in the reign of Richard I., and all the ante-Tudor acts together would look meagre enough to a modern Parliamentary agent who had to live by them. But the negative action of parliament upon the law was essential to its whole idea, and ran through every part of its use. That the king could not change what was then the almost sacred datum of the common law, without seeing whether his nation liked it or not, was an essential part of the “tentative” system. The king had to feel his way in this exceptional, singular act, as those ages deemed original legislation, as well as in lesser acts. The legislation was his at last; he enacted after consulting his Lords and Commons; his was the sacred mouth which gave holy firmness to the enactment; but he only dared alter the rule regulating the common life of his people after consulting those people; he would not have been obeyed if he had not, by a rude age which did not fear civil war as we fear it now.”

necessidade de consultar o Parlamento previamente à edição de qualquer norma.²²⁴

O prolongamento das guerras civis do século XVII, no entanto, destruiria os antigos conselhos, na medida em que toda a base aristocrática que possibilitava a resistência contra a monarquia viu-se quebrada. Assim terminou a primeira fase da história constitucional inglesa.

O início da dinastia Tudor marca o começo da segunda era. Este período, ainda de acordo com Bagehot, corresponde à história do desenvolvimento progressivo que culminou por atribuir a supremacia ao novo Parlamento. Para que isso acontecesse, foi determinante a ascensão do protestantismo, que ofereceu o empurrão que a classe média inglesa precisava para conquistar o poder.²²⁵

Outro fator decisivo para a profunda transformação ocorrida no período foi a revolução comandada por Oliver Cromwell. Em 1642, após um longo período de atrito entre o rei Carlos I e o Parlamento (tendo este, inclusive, sido dissolvido por toda uma década), os parlamentares acabaram por tomar o poder do monarca, que se viu obrigado a refugiar-se na Escócia em 1646. Dois anos depois, o que restara do Parlamento acabaria decidindo pela execução de Carlos I, consumada em janeiro de 1649.

Com a abolição da monarquia, instaurou-se um regime republicano liderado por Cromwell, que se intitulou o “Protetor” (*Lord Protector*). Ele comandou de forma violenta a nação até sua morte, em 1658, tendo nomeado seu filho, Richard, como seu sucessor. O novo ditador, no entanto, não conseguiu manter o governo em suas mãos, o que levou ao fim da experiência republicana, em 1660, e à déia fica restauração da monarquia.

Apesar da morte de Cromwell e da profunda aversão que sua figura despertava na maior parte da população, Bagehot assinala que o espírito de sua obra não mais desapareceria. A aristocracia necessitava apenas de uma boa oportunidade para retomar o poder, que havia sido devolvido aos monarcas.²²⁶

Esta oportunidade surgiria em 1688. Após o governo de dois reis católicos (Carlos II e Jaime II), o Parlamento, em sua maioria protestante, já insatisfeito com o governo de Jaime II, decidiu atuar para afastar o monarca. O nascimento de

²²⁴ BAGEHOT, W. *The English Constitution*, p. 206-207.

²²⁵ *Ibid.*, p. 207.

²²⁶ *Ibid.*, p. 208.

seu filho, que ameaçava a ascensão da filha mais velha, Maria (que era protestante) ao trono, foi o pretexto necessário para que ele fosse deposto e fugisse para a França.

Com a fuga de Carlos II, Maria II e Guilherme de Orange assumiram o trono inglês, mas tiveram de aceitar a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), proclamada em 16 de dezembro de 1689. Com isso, a supremacia do Parlamento foi enfim afirmada, já que nesta Declaração se estabeleceu que mesmo a autoridade real estaria impedida de suspender ou dar cumprimento às normas elaboradas pelo Legislativo e que os tributos só poderiam ser instituídos com sua concordância. Iniciava-se, assim, a terceira fase da história constitucional inglesa, que perdura até hoje (ou, pelo menos, até fins do século XX, quando se iniciam as transformações que serão abordadas no final deste capítulo).

4.2

Principais características do constitucionalismo inglês

No final do século XIX, mais precisamente em 1885, Albert Venn Dicey publicou a primeira edição da obra que se tornaria referência obrigatória no estudo do constitucionalismo inglês.²²⁷ Nela o autor procura, com reconhecido sucesso, identificar os princípios basilares do direito constitucional inglês, resumindo-os a três: a soberania do Parlamento, a *Rule of Law*²²⁸ e a relação entre o direito constitucional e as convenções constitucionais.

Dicey reconhece, logo de início, a dificuldade de se estudar o direito constitucional inglês, especialmente quando comparado ao estudo do direito constitucional de outros países, como França, Bélgica e Estados Unidos, que, já à época, contavam com constituições escritas. Enquanto um professor estadunidense, por exemplo, sabia exatamente com base em que material iria

²²⁷ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.

²²⁸ A tradução da expressão *Rule of Law* é extremamente complicada. Em linhas mais gerais, a expressão portuguesa que mais se aproxima é “Estado de Direito”. Dependendo do sentido empregado, no entanto, pode ser preferível falar em “princípio da legalidade”. Para evitar contradições e ambiguidades, especialmente por estarmos tratando do próprio direito inglês, optamos por manter a expressão escrita em seu idioma original.

lecionar o direito constitucional de seu país, o mesmo não se podia dizer de um colega inglês.²²⁹

Para que se conheça o direito constitucional inglês, que não tem por base um único texto escrito que possa ser tomado como referência, será necessário, inicialmente, esclarecer a natureza e o âmbito coberto pela matéria. Para tanto, seu recurso principal residirá no conhecimento dos trabalhos de fontes reconhecidas como autorizadas nos campos do direito, da história e da prática constitucional (consultando-se, respectivamente, juristas, historiadores e filósofos políticos de renome).²³⁰

No entanto, todas essas fontes carregam consigo características que acentuam a dificuldade em se retratar de forma fidedigna o direito constitucional inglês. O trabalho dos juristas é ilustrado pela obra clássica de Blackstone,²³¹ que Dicey vê como padecendo dos vícios próprios do trabalho de um jurista. Aponta, em especial, para uma absoluta desconexão entre aquilo que está descrito no livro e a realidade.²³²

Blackstone descreve o governo inglês como uma monarquia na qual o poder estaria todo concentrado nas mãos do Chefe do Executivo – o Rei –, que é descrito como o único soberano e magistrado da nação.²³³ Mas, na época em que a obra foi publicada (1753), Dicey sustenta que o monarca já não possuía mais tamanho poder, residindo este, de fato, nas mãos do Gabinete e de seu líder, o Primeiro-Ministro.

²²⁹ Ibid., p. 73-74.

²³⁰ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 74.

²³¹ A referência é feita ao clássico BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. A parte referente ao direito constitucional encontra-se no primeiro dos quatro livros (*Of the Rights of Persons*).

²³² DICEY, A. V., op. cit., p. 75.

²³³ A passagem transcrita por Dicey é a seguinte: “*We are next to consider those branches of the royal prerogative, which invest thus our sovereign lord, thus all-perfect and immortal in his kingly capacity, with a number of authorities and powers; in the exertion whereof consists the executive part of the government. This is wisely placed in a single hand by the British constitution, for the sake of unanimity, strength, and dispatch. Were it placed in many hands, it would be subject to many wills: many wills, if disunited and drawing different ways, create weakness in a government; and to unite those several wills, and reduce them to one, is a work of more time and delay than the exigencies of state will afford. The King of England is, therefore, not only the chief, but properly the sole, magistrate of the nation; all others acting by commission from, and in due subordination to him; in like manner as, upon the great revolution of the Roman state, all the powers of the ancient magistracy of the commonwealth were concentrated in the new Emperor: so that, as Gravina expresses it, inelus unius persona veteris reipublicae vis atque majestas per cumulatam magistratum potestates exprimebatur.*”

Da mesma forma, a judicatura era delegada para cortes de magistrados, que a exerciam sem interferência direta da realeza.²³⁴ Essa dissonância entre teoria e prática decorreria, segundo Dicey, da forma como os juristas utilizam a linguagem, muitas vezes sem querer atribuir às expressões utilizadas seu significado literal, o que provocaria o já mencionado distanciamento da realidade.

O discurso dos historiadores também carrega armadilhas para o estudioso do direito constitucional inglês. Neste caso, o maior perigo consiste no fato de que a História (ilustrada pelo trabalho de Edward Freeman²³⁵) seria capaz de descrever toda a trajetória de formação desse ramo do Direito, mas jamais deixaria de tratar especialmente de antiguidades, sem correspondência necessária com a realidade atual dos fatos. Depois de descrever os principais acontecimentos históricos que marcam o desenvolvimento do constitucionalismo inglês, Dicey conclui, acidamente, afirmando que

Tudo isso é interessante, erudito, cheio de importância histórica e profundo, quando colocado em um livro que trata apenas do “crescimento” da constituição; mas, a respeito do direito inglês e do direito constitucional, o *Landesgemeinden* de Uri, o testemunho de Homer, o *ealdormen*, a Constituição de *Witenagemét*, e muitos outros aspectos fascinantes são meras antiguidades.²³⁶

Apesar de reconhecer o imenso valor da investigação histórica, Dicey realça que nela não há preocupação com a vinculação às regras de direito constitucional, quando se examina a questão sob o prisma jurídico. Neste sentido, o dever do jurista não é saber como era o direito inglês no passado ou como ele deveria vir a ser no futuro, mas sim conhecer quais são os seus princípios aplicáveis na atualidade. E, para isso, a investigação histórica teria pouca ou nenhuma utilidade.²³⁷

Depois de analisar as vicissitudes tanto de juristas como de historiadores no estudo do direito constitucional inglês, Dicey debruça-se sobre a obra de filósofos políticos. Suas referências nesta seara são, especialmente, Bagehot e Hearn, salientando que ambos tratam especialmente da compreensão política das

²³⁴ DICEY, A. V. op. cit., p. 75.

²³⁵ FREEMAN, E. *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times*.

²³⁶ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* op. cit., p. 77, tradução livre. No original: “All this is interesting, erudite, full of historical importance, and thoroughly in its place in a book concerned solely with the “growth” of the constitution; but in regard to English law and the law of the constitution, the *Landesgemeinden* of Uri, the witness of Homer, the *ealdormen*, the constitution of the *Witenagemét*, and a lot more of fascinating matter are mere antiquarianism”.

²³⁷ *Ibid.*, p. 77-78.

convenções constitucionais, e não das regras propriamente jurídicas. São chamados, por esta razão, de convencionalistas.²³⁸

As convenções constitucionais são regras de natureza política. Embora elas façam parte do Direito Constitucional inglês, uma vez que tratam de seu objeto particular (distribuição do exercício da soberania no Estado), não são normas jurídicas em sentido estrito, visto que jamais poderiam ser aplicadas por um tribunal. Ou seja, sua realidade é política, não jurídica.²³⁹

Apesar de negar o caráter jurídico das convenções constitucionais, Dicey destaca que elas formam parte do Direito Constitucional inglês de forma inquestionável. Isto significa que esta disciplina possui duas espécies de regras: a primeira, de natureza política, é composta pelas convenções constitucionais; enquanto a segunda, de natureza jurídica, é composta pelo direito constitucional (*law of the constitution*). Nota-se que o direito constitucional inglês pode ser constituído tanto por leis escritas como regras não escritas. Mas este não é o critério para identificar o direito constitucional. O caráter decisivo para tanto é saber se a norma (escrita ou não) pode ser aplicada pelos tribunais, ou seja, se é dotada de juridicidade.²⁴⁰

Resumindo a dualidade de normas no Direito Constitucional inglês, Dicey afirma o seguinte:

Em outras palavras, “Direito Constitucional”, tal como a expressão é utilizada na Inglaterra, tanto pelo público em geral como pela doutrina, consiste em dois elementos. O primeiro, aqui chamado de “direito constitucional”, é inquestionavelmente um corpo jurídico. O segundo, aqui chamado de “convenções constitucionais”, consiste de máximas ou práticas que, embora regulem a conduta geral da Coroa, dos Ministros e de outras pessoas sob a constituição, não são consideradas leis em sentido estrito.²⁴¹

É importante destacar que o objetivo de Dicey, ao ressaltar o caráter político das convenções constitucionais não é diminuir a sua importância – ao contrário. O autor deixa claro que, apesar de lhes faltar juridicidade, tais normas são tão

²³⁸ Ibid., p. 80.

²³⁹ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 81.

²⁴⁰ Ibid., p. 81-82.

²⁴¹ Ibid., p. 82, tradução livre. No original: “*To put the same thing in a somewhat different shape, “constitutional law,” as the expression is used in England, both by the public and by authoritative writers, consists of two elements. The one element, here called the “law of the constitution,” is a body of undoubted law; the other element, here called the “conventions of the constitution,” consists of maxims or practices which, though they regulate the ordinary conduct of the Crown, of Ministers, and of other persons under the constitution, are not in strictness laws at all.*”

importantes quanto as regras jurídicas (por ele chamadas de direito constitucional – *law of the constitution*).²⁴²

No entanto, não é papel do jurista conhecer todas as convenções constitucionais, uma vez que elas não fazem parte do verdadeiro direito constitucional inglês. Este se resumiria às normas chamadas que compõem o *law of the constitution*. É necessário, no entanto, compreender a relação existente entre o direito constitucional e as convenções constitucionais.²⁴³

Depois de fazer esta constatação, Dicey esclarece julgar necessário delimitar de forma precisa os princípios básicos que permitem o pleno conhecimento do Direito Constitucional inglês. Na sua visão, são três tais princípios: primeiro, a soberania legislativa do Parlamento; segundo, a regra universal conhecida como *Rule of Law*, que assegura a primazia do direito comum; e, terceiro, a relação de dependência, em última instância, existente entre as convenções e o direito constitucional.²⁴⁴

4.2.1

A supremacia do Parlamento

Dicey abre o capítulo destinado a este princípio do direito constitucional inglês afirmando que “*a supremacia do parlamento é (do ponto de vista do direito) a característica dominante de nossas instituições políticas*”.²⁴⁵ Sua concepção da soberania parlamentar é absoluta, não admitindo qualquer espaço para restrições reconhecidas por outros autores e que mais adiante serão objeto de exame.

Uma primeira observação é a de que não se deve confundir o Parlamento com o Poder Legislativo. Na verdade, há uma combinação de três instituições que atuam em conjunto: o Rei, a Casa dos Lordes e a Câmara dos Comuns.²⁴⁶ É evidente que o papel de cada uma dessas três instituições tem variado bastante ao longo do tempo, mas um exame mais detalhado das atribuições de todas elas foge

²⁴² Ibid., p. 83.

²⁴³ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 84-85.

²⁴⁴ Ibid., p. 86.

²⁴⁵ Ibid., p. 87, tradução livre. No original: “*The sovereignty of Parliament is (from a legal point of view) the dominant characteristic of our political institutions*”.

²⁴⁶ Id., *ibid.*

ao propósito desta tese. Parece suficiente, por ora, destacar que a Câmara dos Comuns é hoje a instituição de maior destaque no governo.

A soberania parlamentar, do ponto de vista do direito, produz uma déia fica a direta que será marcante para a caracterização do constitucionalismo político, provavelmente a de maior importância no desenvolvimento deste trabalho: uma regra elaborada pelo Parlamento deverá sempre ser aplicada pelos tribunais ingleses. Dito de outra forma, pode-se afirmar que nenhuma pessoa ou instituição pode, sob a constituição inglesa, elaborar regras que contrariem ou derroguem atos parlamentares.²⁴⁷ Assim, o direito constitucional inglês, tal como descrito por Dicey ao final do século XIX, não comportava qualquer espécie de controle de constitucionalidade.

4.2.2

A Rule of Law

A bibliografia sobre a *Rule of Law* é praticamente inesgotável. Se for levada em consideração a aplicação deste princípio em outros sistemas jurídicos, a tarefa de expor detalhadamente seu conteúdo se torna inviável, a começar pela sua tradução.²⁴⁸ O que se pretende realizar aqui é, no entanto, uma empreitada bem mais modesta: apresentar as características básicas da *Rule of Law*, a partir da obra de Dicey, com enfoque no ponto que mais críticas gerou para o autor: a conciliação entre este princípio e a supremacia parlamentar.

Por sinal, Dicey inicia o capítulo destinado à *Rule of Law* apontando justamente para a dificuldade de se definir tal conceito. O autor usa o exemplo de Tocqueville, que realiza uma comparação entre as liberdades públicas no Reino Unido e na Suíça, concluindo que os britânicos, assim como os estadunidenses, possuem mais liberdades em costumes do que em leis. Já os helvéticos possuiriam mais liberdades nas leis do que nos costumes, mas sem conseguir identificar de forma precisa em que consistiria a *Rule of Law*, senão com palavras e expressões extremamente vagas e ambíguas. Justamente por essa razão, seu objetivo é

²⁴⁷ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 87.

²⁴⁸ Ver nota de rodapé 228, supra.

determinar de forma precisa o significado da expressão no âmbito do direito constitucional inglês.²⁴⁹

Nesta empreitada, o autor aponta três características particulares da *Rule of Law* inglesa: (i) ausência de um poder arbitrário ou discricionário por parte do governo, (ii) igualdade perante a lei, e (iii) concepção de direitos individuais como produto de decisões judiciais que os reconhecem, não de um texto constitucional escrito.²⁵⁰

A primeira delas (ausência de discricionariedade/arbitrariedade) tem significado similar ao que atribuímos ao princípio da legalidade. Esta conclusão pode ser alcançada por meio da comparação do artigo 5º, inciso II, da nossa atual Constituição (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) com as palavras de Dicey, para quem esta primeira concepção significa “em primeiro lugar, que ninguém pode ser punido ou pode ser afetado legitimamente em seu corpo ou seus bens, salvo por uma violação ao Direito, tal como afirmado pelos tribunais ordinários do país”.²⁵¹

A ideia é contrapor a prática inglesa com o despotismo que por séculos prevaleceu na Europa continental. Enquanto os ingleses se submetiam ao governo das leis, o restante dos europeus se viam sujeitos a governantes com poderes capazes de restringir seus direitos de forma ampla, arbitrária e discricionária. O contraste era especialmente acentuado ao longo dos séculos XVIII e XIX, sendo que Dicey chega a usar o exemplo de Voltaire, que foi preso duas vezes sem que se soubesse exatamente qual a infração cometida, para comparar a situação da França com a da Inglaterra. Apenas ao longo do século XX é que este princípio passaria a ter ampla aceitação no restante do Velho continente, valendo lembrar que a 8ª edição da obra de Dicey foi publicada em 1915.²⁵²

A segunda característica da *Rule of Law* corresponde ao ideal da igualdade perante a lei, no sentido de que todos, governantes e governados, são submetidos às mesmas regras e aos mesmos tribunais. Não há qualquer distinção em razão da classe a que cada cidadão pertence, e mesmo autoridades governamentais podem

²⁴⁹ Ibid., p. 145-147.

²⁵⁰ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 147 e segs.

²⁵¹ Ibid., p. 147, tradução livre. No original: “We mean, in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary Courts of the land.

²⁵² Ibid., p. 148.

ser submetidas à jurisdição ordinária do reino. Aqui o contraste com o direito administrativo francês é acentuado, especialmente por conta da jurisdição administrativa especializada, submetida ao Conselho de Estado, existente na França. A esta comparação, inclusive, Dicey dedica um capítulo inteiro de sua obra.²⁵³

Finalmente, a terceira característica da *Rule of Law* está relacionada à origem dos direitos individuais. Na Inglaterra, eles são incorporados à Constituição depois de terem sido reconhecidos pela *common law*, ou seja, são o produto de decisões judiciais que os reconheceram a partir de casos reais levados aos tribunais. Já nos demais países, os direitos individuais são outorgados aos cidadãos diretamente pelos textos constitucionais.²⁵⁴ Embora a distinção pareça ser meramente teórica, há significativos efeitos práticos dela decorrentes.

O primeiro deles seria a consciência de seus direitos que os cidadãos ingleses possuiriam, em grande medida por serem eles o resultado de casos concretos, levados por pessoas comuns aos tribunais. Ou seja, há uma espécie de participação cidadã na criação e afirmação dos direitos, o que não se percebe quando eles são previstos em uma declaração escrita de direitos, muitas vezes produzidas sem qualquer influência do povo. Além disso, os direitos individuais reconhecidos pela Inglaterra sempre são acompanhados de uma garantia correspondente, o que lhes assegura efetividade.²⁵⁵

A título de comparação, Dicey menciona a constituição francesa de 1891, que previa direitos como a liberdade de consciência e de imprensa, o direito de reunião e a responsabilidade de autoridades governamentais, embora ela tenha vigorado durante um período de intensa violação a todos esses direitos.²⁵⁶

Outra importante déia fica a da origem dos direitos individuais na Inglaterra tem a ver com a possibilidade de sua suspensão em situações excepcionais. Dicey, mesmo escrevendo antes da vigência da Constituição de Weimar, já apontava para a possibilidade de que direitos outorgados por

²⁵³ Ibid., cap. XII.

²⁵⁴ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 150.

²⁵⁵ Basta que se tenha em mente o caráter eminentemente procedimental do direito inglês para compreender que o reconhecimento de um direito individual sem a correspondente ação garantidora não faria sentido (*remedies precede rights*). Ver DAVID, R. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 363-364.

²⁵⁶ DICEY, A. V., op. cit., p. 151/152.

declarações inseridas em textos constitucionais fossem suspensos pelo Governo em situações de emergência.

Ademais, o reconhecimento dos direitos pela *common law* impediria que houvesse diferenciação quanto ao seu tratamento, algo que, nos países de constituições escritas, parece natural (distinguir entre direitos subjetivos ordinários e direitos fundamentais). A suspensão dos direitos, que em outros países poderia se dar legitimamente,²⁵⁷ na Inglaterra só poderia ocorrer por meio de uma verdadeira revolução, o que lhe parece bem mais improvável.²⁵⁸

A concepção da *Rule of Law* apresentada por Dicey é geralmente tida como formal, ou seja, não assegura garantia a determinados direitos considerados especialmente relevantes em razão de seu conteúdo. Ainda que o autor discorra sobre algumas liberdades em sua obra, como a liberdade de imprensa e de reunião, elas são vistas como produto da *common law*, e não como *déia* fica a naturais da *Rule of Law* na Inglaterra. Mas diversos autores possuem uma concepção material, ou substantiva, acreditando que necessariamente determinados direitos estão indissociavelmente ligados à *Rule of Law* (ainda que haja imenso desacordo quanto a que direitos seriam esses).

Muito embora não seja o propósito desta tese esmiuçar os conceitos de *Rule of Law* defendidos pelas diferentes correntes doutrinárias, é importante notar a existência de uma grande divisão entre as concepções formais e as concepções materiais acima relatadas.²⁵⁹ Apenas para que se tenha um panorama das diferentes concepções existentes, aproveita-se aqui do esquema elaborado por Brian Tamanaha, que apresenta o seguinte diagrama:²⁶⁰

²⁵⁷ Mesmo nossa atual Constituição permite a suspensão de direitos fundamentais nas hipóteses de decretação de estado de defesa e estado de sítio, disciplinadas nos artigos 134 e seguintes.

²⁵⁸ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 152/153.

²⁵⁹ Sobre a distinção, ver CRAIG, P. "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law", p. 467.

²⁶⁰ TAMANAHA, B. Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, p. 91.

FORMULAÇÕES ALTERNATIVAS DA RULE OF LAW

Mais tênue-----→a-----→Mais densa

VERSÕES FORMAIS	1. Rule-by- Law (Governo do Direito) - Lei como instrument de ação governamental	2. Formal legality (Legalidade Formal) - leis gerais, prospectivas, claras e certas.	3. Democracy + Legality (Democracia + Legalidade) - consenso determina o conteúdo do Direito
VERSÕES MATERIAIS	4. Individual rights (Direitos Individuais) - propriedade, contrato, privacidade, autonomia.	5. Right of Dignity and/or Justice (Direito à Dignidade e/ou à Justiça)	6. Social Welfare (Bem-Estar Social) - igualdade substantive, bemestar, preservação da comunidade

Tabela 1

Como se pode notar, o diagrama de Tamanaha varia de acordo com as exigências inseridas no conceito de *Rule of Law*. Nas versões formais, ela pode ser vista como (1) a exigência de que o governo se dê através de leis, (2) de que as leis sejam gerais, prospectivas, claras e determinadas, ou (3) de que sejam resultado de um amplo consenso entre a sociedade. Já as versões materiais podem incluir (4) a proteção a direitos individuais, como a propriedade, os contratos, a privacidade e a autonomia, (5) a dignidade ou a justiça, e (6) o bem-estar social .

No campo das concepções formais, a (1) é absolutamente vazia, a ponto de não ser sustentada por nenhuma democracia ocidental. Para que a *Rule of Law* fosse satisfeita, sob este ponto de vista, bastaria que o governo fosse exercido por meio de leis – independentemente de seu conteúdo. Uma visão deste tipo permitiria, por exemplo, que a escravidão fosse vista como compatível com a *Rule of Law*. A concepção (2), por sua vez, aproxima-se da visão defendida por Joseph

Raz. Já não basta que o governo seja exercido por meio de leis, é preciso que essas leis tenham um conteúdo formal mínimo. Finalmente, a concepção (3) corresponde à posição de Jürgen Habermas, que vê no consenso a fonte de legitimidade para o exercício do poder.²⁶¹

As visões substanciais jamais abandonam as necessidades formais contidas na *Rule of Law*, no entanto, a ela acrescentam determinadas exigências substanciais. A versão (4) corresponde à visão de Ronald Dworkin, para quem existem determinados direitos que estão intrinsecamente contidos na comunidade, cabendo aos juízes reconhecê-los e garantir que sejam respeitados; a (5) insere na *Rule of Law* a exigência de que seja respeitado o ideal da dignidade humana (T. R. S. Allan) ou da justiça (Luc Tremblay)²⁶²; e a (6) inclui na *Rule of Law* a necessidade de se protegerem direitos ligados ao Estado do Bem-Estar Social.²⁶³

Outra concepção interessante é a apresentada por David Beatty. Para o professor da Universidade de Toronto, a *Rule of Law* traz em si uma forma específica de resolução de conflitos entre direitos fundamentais: mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio permitiria ao judiciário oferecer respostas neutras, lógicas e justas aos grandes conflitos entre direitos fundamentais, deia que, como será visto, teve grande acolhida no Canadá (assim como em boa parte do mundo).²⁶⁴

Independentemente da concepção adotada, o que interessa destacar, por ora, é que a *Rule of Law* constitui, até hoje, um dos pilares do direito constitucional inglês e, conseqüentemente, da *Commonwealth*. Mais do que isso, o conceito atravessou fronteiras e se tornou traço fundamental de qualquer democracia contemporânea, como destaca Michel Rosenfeld (“*A rule of law é pedra angular da democracia constitucional contemporânea*”).²⁶⁵ No entanto, a compreensão do princípio em outros sistemas jurídicos não é idêntica à inglesa, como demonstram o *Rechtstaat* alemão e o *État de Droit* francês.²⁶⁶

²⁶¹ TAMANAHA, B. Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, cap. 7.

²⁶² TREMBLAY, L. *The rule of law, justice, and interpretation*

²⁶³ TAMANAHA, op. cit., cap. 8.

²⁶⁴ BEATTY, D. M. *The Ultimate Rule of Law*, especialmente cap. 5.

²⁶⁵ ROSENFELD, M. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, tradução livre, nota de rodapé omitida, p. 2. No original: “*The rule of law is a cornerstone of contemporary constitutional democracy*”.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 19 e segs.

Rosenfeld apresenta uma interessante comparação entre eles. Com relação ao *Rechtstaat*, o professor francês destaca que, até o século XIX, tratava-se de uma concepção predominante formalista. Muito embora a compreensão kantiana da *Rule of Law* abrangesse tanto um aspecto formal, de respeito ao princípio da legalidade, quanto material, de respeito a direitos individuais (ainda que apenas liberdade, igualdade formal e propriedade), o fracasso da revolução liberal de 1848 fez com que esta segunda dimensão permanecesse adormecida.²⁶⁷ Com isso, a aplicação da *Rule of Law* na Alemanha consistia, basicamente, no respeito ao princípio da legalidade e era interpretada de forma absolutamente positivista (“o Estado deve agir por meio da promulgação e aplicação de leis, e não através da simples manifestação de vontade do monarca”).²⁶⁸

Apenas com a derrota na II Guerra, o *Rechtstaat* deixou de ser um conceito formal, que assegura previsibilidade para os cidadãos mas não protege qualquer direito substancial, para se tornar um elemento diretamente ligado ao respeito à dignidade humana como o maior dos valores a serem protegidos constitucionalmente. Como destaca Rosenfeld,

De forma geral, o *Rechtstaat* atual tornou-se indissociavelmente ligado à democracia constitucional forjada por valores substantivos fundamentais, e sua legalidade passou a sujeitar-se a um conjunto de normas substantivas incorporadas na justiça constitucional.²⁶⁹

Há problemas com a nova concepção, no entanto. Ela acaba provocando uma inflação constitucional, fazendo com que diversas questões normalmente vistas como inerentes ao processo político passem a ser vistas como problemas constitucionais. O *Rechtstaat* (Estado de Direito) passa a ser o *Verfassungstaat* (Estado da Constituição) e isso ameaça a sua própria legitimidade. Mais uma vez, nas palavras de Rosenfeld,

Quanto mais pervasiva a constitucionalização baseada em direitos substantivos se torna, menos provável é que ela obtenha amplo apoio. Superconstitucionalização

²⁶⁷ Ibid., p. 29.

²⁶⁸ ROSENFELD, M. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, tradução livre. No original: “(...) the requirement that the state act through promulgation and implementation of laws rather than through mere deployment of the will of the monarch”.

²⁶⁹ Ibid., p. 34, nota de rodapé omitida, tradução livre. No original: “More generally, today’s *Rechtsstaat* has become inextricably tied to constitutional democracy framed by fundamental substantive values, and its legality has become subjected to a set of substantive norms embodied in constitutional justice”.

faz com que algo na política torne-se subordinado aos valores e concepções de bem de outros e, portanto, ameaça deslegitimar o *Verfassungsstaat*.²⁷⁰

Transformação similar é operada na França, embora com algumas diferenças relevantes. O conceito francês que mais se aproxima do *Rechtstaat* não é o *État de Droit*, mas sim o *État Legal*, que também corresponde ao princípio da legalidade e está associado à supremacia do Parlamento. Já o *État de Droit*, na visão de Rosenfeld, abarca a função do Estado como protetor dos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Esta transformação só teria sido completada em 1971, quando pela primeira vez o Conselho Constitucional invalidou uma lei sob argumento de violação a uma dos direitos contidos na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, que, até então, era vista como uma garantia política – mas não propriamente jurídica. Com isso, o conceito francês de *État de Droit* é visto pelo autor como mais abrangente do que seu similar germânico (*Rechtstaat*).²⁷¹

Como se nota, a *Rule of Law* é um conceito essencialmente polêmico, cujo conteúdo varia de acordo com o sistema jurídico em que ela é aplicada e mesmo com a orientação doutrinária de quem escreve sobre ela. Timothy Endicott, no entanto, apresenta uma síntese que representaria um consenso mínimo a respeito de seus requisitos: as leis devem ser abertas, claras, coerentes, prospectivas e estáveis; legislativo e executivo devem ser governados por leis que tenham estas características; e deve haver tribunais para impor a aplicação da *Rule of Law*.²⁷²

Para a descrição que se deseja fazer do constitucionalismo inglês, como modelo de constitucionalismo político, esta definição é suficiente. A tarefa mais complicada é demonstrar como a *Rule of Law* pode ser conciliada com a soberania do Parlamento.

²⁷⁰ Ibid., p. 36, nota de rodapé omitida, tradução livre. No original: “*The more pervasive constitutionalization based on substantive values becomes, the less it is likely to command widespread support. Overconstitutionalization forces some in the polity to become subordinate to the values and conceptions of the good of others and thus threatens to delegitimize the Verfassungsstaat.*”

²⁷¹ ROSENFELD, M. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, p. 37-42.

²⁷² ENDICOTT, T. A. O. “The Impossibility of the Rule of Law”, p. 1.

4.2.2.1

Relação entre *Rule of Law* e soberania parlamentar

Esta conciliação é um dos grandes problemas enfrentados pelo direito constitucional inglês. Mesmo porque, como assinala Jeffrey Goldsworthy, nos países da *common law* cada vez mais se aceita a idéia de ser impossível, ou, pelo menos, problemática, a coexistência entre os dois princípios.²⁷³

O alvo das críticas é, em geral, a supremacia do parlamento, vista por muitos como uma constante ameaça à *Rule of Law*, especialmente quando se adota uma visão material deste princípio. Uma vez que a Inglaterra, até 1998, não possuía uma declaração rígida, escrita e suprema de direitos, como a maioria das democracias constitucionais, diversos direitos tidos por muitos como fundamentais não encontravam proteção contra a atuação do Parlamento naquele país.

Um dos autores que melhor exemplificam a objeção à supremacia parlamentar no direito constitucional inglês é o professor de Cambridge, T. R. S. Allan. Em artigo publicado em 1985 ele já destacava a preocupação intensa do pensamento jurídico anglo-americano com a conciliação entre a necessidade de proteção a direitos humanos individuais e o respeito ao princípio democrático.²⁷⁴

Resumindo o problema colocado, Allan afirma que

No Reino Unido, a discussão tem sido acerca da necessidade, ou da conveniência, de se impor restrições à soberania legislativa do Parlamento e das questões técnicas envolvidas nesta tarefa. A tendência tem sido compreender a constituição como um comando jurídico submetido e dominado por um soberano ilimitado todo-poderoso. A idéia fica a jurídica do arranjo legal é a enorme autoridade de um governo que possui a maioria dos assentos na Câmara dos Comuns. É esta concentração de poder que é vista como uma ameaça a direitos e liberdades fundamentais. Restrições constitucionais são, portanto, necessárias para proteger tais direitos da atuação irresponsável do legislador: é necessário combater a “inutilidade do direito em face da soberania legislativa do Parlamento”.²⁷⁵

²⁷³ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty*, p. 57.

²⁷⁴ ALLAN, T. R. S. “Legislative Supremacy and the Rule of Law: democracy and constitutionalism”, p. 111-143.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 111-2, tradução livre. No original: “*In the United Kingdom, discussion has focused both on the need for, or advisability of, imposing restraints on the legislative sovereignty of Parliament, and on the technical questions involved in achieving them. The tendency here has been to perceive the constitution as a legal order subject to, and dominated by, an unrestrained and all-powerful sovereign. The political consequence of the legal arrangement is the overwhelming authority of a government with a majority of seats in the House of Commons. It is this concentration of power which is seen as a threat to fundamental rights and liberties. Constitutional restraints are therefor needed to protect such rights from*

Em que pese a ausência de uma declaração de direitos dotada de supremacia legislativa, Allan acredita que a *Rule of Law* possa oferecer a proteção necessária aos indivíduos contra a atuação do legislador. Em seu ponto de vista, a obra de Dicey é analisada geralmente de forma equivocada, concedendo-se primazia ao primeiro princípio do direito constitucional inglês (o da soberania parlamentar) em detrimento do segundo (*Rule of Law*)²⁷⁶.

Além disso, ele procura defender uma concepção não formal da *Rule of Law*, de forma a incluir em seu âmbito de proteção diversos direitos individuais encontrados em declarações estrangeiras, afirmando, inclusive, que a insuficiência do desenvolvimento da *Rule of Law* na doutrina e sua escassez de citações em decisões judiciais são devida à falha do próprio Dicey em apresentá-la de forma clara.²⁷⁷ Uma das formas por meio das quais a *Rule of Law* poderia contribuir para a proteção a direitos fundamentais, sem que isso significasse o rompimento com a supremacia do Parlamento, seria criando para o julgador uma obrigação interpretativa que levasse em consideração critérios de justiça e equidade, incorporados à *common law*.

Esta técnica é familiar aos juristas ingleses e tem como principal expressão a aplicação de uma interpretação restritiva e de presunções rígidas de que o legislador não teve a intenção de violar um direito individual. Isso ocorre porque a *Rule of Law*, ainda segundo Allan, corporifica princípios liberais de proteção ao indivíduo, fazendo com que a *common law* seja sempre propensa a defendê-los. Se o Parlamento quiser agir em sentido contrário, ele até pode – mas deverá manifestar sua intenção de forma absolutamente clara e correrá o risco de ter sua imagem arranhada perante a população.²⁷⁸

A *Rule of Law*, desta forma, serve como elo entre a doutrina jurídica da supremacia parlamentar, que confere ao legislativo o exercício da soberania para

irresponsible legislative encroachment: the need is to counteract the “helplessness of the law in face of the legislative sovereignty of Parliament.”

²⁷⁶ Ibid., p. 113-115, de onde se destaca, em tradução livre: “Parece claro, contudo, que o raciocínio jurídico deve refletir e incorporar o segundo princípio constitucional fundamental de Dicey tanto quanto o primeiro.” No original: “It seems obvious, however, that judicial reasoning should reflect and embody Dicey’s second fundamental constitutional principle as much as it does his first.”

²⁷⁷ ALLAN, T. R. S. “Legislative Supremacy and the Rule of Law: democracy and constitutionalism”, p. 113-115.

²⁷⁸ Ibid., p. 117-125

criação das normas jurídicas, e o princípio da soberania popular. Sem isso, haveria o risco de que preocupações de curto prazo do governo pudessem justificar a subtração de direitos individuais como, por exemplo, a garantia de acesso ao judiciário.

Assim, se de um lado a supremacia parlamentar refletiria o papel do Parlamento como fonte da política social, a *Rule of Law* existiria justamente para assegurar que, quando estas políticas fossem aplicadas, levariam em conta, de forma adequada e na maior medida possível, os direitos e liberdades tidos como fundamentais pela sociedade.²⁷⁹

Mais recentemente, uma outra doutrina, conhecida como o “constitucionalismo da *common law*” (“*common law constitutionalism*”) avançou ainda mais a idéia de que o direito constitucional inglês protegeria, sim, direitos fundamentais, mesmo contra a vontade do legislador (que deixaria, assim, de ser visto como o soberano onipotente de outrora). Segundo ela, a *common law* possuiria uma supremacia hierárquica equivalente às constituições continentais e reconectaria o direito inglês com valores superiores à vontade do próprio Parlamento.

Thomas Poole, professor da Universidade de Nottingham, expõe os três principais argumentos erigidos em favor da referida teoria: (a) a *common law* consiste em uma forma de razão moral capaz de proteger direitos individuais não necessariamente previstos na legislação; (b) a dimensão processual da *common law* funciona como uma forma de razão pública por meio da qual as partes envolvidas podem desenvolver seus argumentos; e (c) a superioridade da *common law* deriva da sua antiguidade e da contínua evolução de seus princípios.²⁸⁰

Autores como John Laws identificam a necessidade de buscar uma “boa” constituição, assim entendida como aquela apta a proteger os direitos considerados fundamentais (especialmente a autonomia individual). E, para ele, ninguém melhor do que os tribunais, formados por juízes que não se submetem à pressão colocada pela opinião pública, para resguardar a autonomia moral dos indivíduos. Por esta primeira razão, a *common law* seria superior ao direito

²⁷⁹ Ibid., p. 129-134.

²⁸⁰ POOLE, T. “Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism”, p. 435-454.

parlamentar, este sim produzido pelas maiorias, sem necessariamente considerar os direitos das minorias.²⁸¹

Além disso, o processo que subjaz as decisões tomadas pelos juízes, as quais formam, em seu conjunto, a *common law*, por respeitar garantias como o contraditório, consistiria em um modo de decisão moral valioso. O debate que a *common law* permite que seja travado entre os seus participantes a aproxima da democracia e justifica, também pelo aspecto procedimental, sua primazia.²⁸²

Finalmente, a longevidade da *common law* demonstraria que ela é capaz de corporificar a razão, assim como demonstraria a evolução de seus princípios. Esse longo desenvolvimento permitiria a incorporação de valores fundamentais reconhecidos como tal pela sociedade. E, ainda, esta concepção teria raízes mais antigas do que normalmente se supõe, sendo frequentemente citadas as decisões proferidas pelo Sir Edward Coke em apoio desta concepção.²⁸³

Baseados nestes três principais argumentos, os defensores do *common law constitutionalism*²⁸⁴ procuram inverter a relação geralmente estabelecida entre as fontes do direito inglês.²⁸⁵ Em geral, a legislação produzida pelo Parlamento (*statute law*) é vista como hierarquicamente superior àquela elaborada pelos juízes (*common law*), como de fato é o princípio da soberania parlamentar. Para a nova doutrina, no entanto, a primazia deve ser reconhecida à *common law*.

Logicamente, essa forma de pensar tem de fato importantes implicações sobre o *judicial review* no âmbito do direito inglês. A concepção tradicional admite o controle jurisdicional apenas sobre os atos dos agentes administrativos, mas não sobre os atos parlamentares. Assim, um agente público que violasse um direito individual sem base legal teria agido excedendo a competência que lhe for a outorgada pelo legislador (*ultra vires*). Mas a atuação do legislador permaneceria imune ao controle dos juízes.²⁸⁶ Já segundo o *common law constitutionalism*, a *common law* adquire primazia em relação ao direito parlamentar e, com isso, os

²⁸¹ Ibid., p. 441-442.

²⁸² Ibid., p. 442-443.

²⁸³ Ibid., p. 444-445.

²⁸⁴ Poole destaca, dentre eles, Sir John Laws, T. R. S. Allan, Paul Craig e Dawn Oliver.

²⁸⁵ SLAPPER, G. e KELLY, D. *O Sistema Jurídico Inglês*, cap. 3.

²⁸⁶ SCHWARTZ, B. e WADE, H. W. R. *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and United States*, cap. 9.

juízes deveriam agir sempre no sentido de proteger os direitos individuais, ainda que isso implique a superação de uma norma legislativa.²⁸⁷

Em que pese a existência dessa nova concepção no direito inglês, não se pode afirmar que seja ela hegemônica ou que consiga aproximar, como desejado, o constitucionalismo inglês do constitucionalismo jurídico, tal como o desenvolvido na Europa continental e nos Estados Unidos. A doutrina britânica possui, inquestionavelmente, um componente político na proteção à *Rule of Law* e aos direitos individuais que se sobrepõe ao jurídico e a diferencia das demais. É o que demonstra, por exemplo, Jeffrey Goldsworthy:

A maioria das autoridades judiciais, incluindo juízes, ainda aceita a doutrina a soberania parlamentar. Stuart Lakin recentemente argumentou que “simplesmente não existe um ‘núcleo’ amplamente reconhecido de aceitação sobre os poderes relativos do Parlamento e dos tribunais”. Mas isso é difícil de equalizar com seu próprio reconhecimento de que apenas uma “distinta minoria” de juízes e acadêmicos atualmente dá a devida importância à autoridade do Parlamento. Dentre o alto escalão do Judiciário, discordância do núcleo do princípio da soberania parlamentar é uma visão relativamente recente e minoritária, inspirada por falsos argumentos dos constitucionalistas da *common law*. Recentemente, esta visão divergente foi firmemente repudiada pelo então mais importante juiz britânico, Lord Bingham of Cornhill.²⁸⁸

Goldsworthy não apenas afirma que a doutrina do *common law constitutionalism* é minoritária, mas também que é equivocada. De acordo com a doutrina tradicional, uma vez que os atos do Parlamento são considerados soberanos, a *statute law* está sempre acima da *common law*. Isso permite, por exemplo, que, quando o Parlamento discorde de uma norma criada pela *common law*, ele possa, prospectivamente, editar uma regra nova, modificando ou simplesmente derogando aquela que fora criada pelos juízes. O contrário, no entanto, não pode ser admitido. Já para os defensores do *common law*

²⁸⁷ POOLE, “Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism”, p. 451-452. Também pode ser encontrada uma defesa do fim da soberania do Parlamento como princípio elementar do direito inglês em BARBER, N. W. *The afterlife of Parliamentary sovereignty*.

²⁸⁸ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty*, p. 5-6, tradução livre. No original: “Most senior legal officials, including judges, still accept the doctrine of parliamentary sovereignty. Stuart Lakin has recently claimed that ‘there is simply no widely accepted ‘core’ of acceptance about the relative power of Parliament and the courts’. But this is hard to square with his admission that only a ‘distinguished minority’ of judges and academics currently support the idea that there are limits to Parliament’s authority. Among the senior judiciary, dissent from the core principle of parliamentary sovereignty is a relatively recent, minority view, inspired by the false claims of the common law constitutionalists. Recently, that dissenting view was firmly repudiated by Britain’s then most senior judge, Lord Bingham of Cornhill”.

constitutionalism, a soberania do Parlamento seria uma criação da *common law*, sendo, portanto, a ela subordinada. Com isso, ocorreria a substituição da supremacia legislativa pela supremacia judicial.²⁸⁹ Como resume Goldsworthy,

O termo '*common law constitutionalism*' é agora amplamente utilizado para descrever a teoria que defende que as normas constitucionais mais fundamentais de certo(s) país(es) (tenham eles ou não uma constituição escrita) são uma questão de *common law*.²⁹⁰

Mas esta é uma posição que Goldsworthy amplamente critica, a partir de duas perspectivas: primeiro por não haver amparo histórico, diferentemente do que sustentam seus defensores; segundo, por entender que, filosoficamente, a déia de *common law constitutionalism* não apresenta vantagem sobre a soberania do Parlamento. Ou seja, o autor afirma que a referida teoria não é descritivamente precisa e nem normativamente adequada.²⁹¹

Quanto ao argumento de que o *common law constitutionalism* seria uma déia amplamente aceita em tempos idos, que teria se perdido apenas a partir do século XVIII, Goldsworthy procura, por meio de detalhada descrição histórica, demonstrar seu equívoco. Para isso, aponta três questões sobre a *common law* que devem ser respondidas antes que se possa concluir se ela é ou não a fonte de poder do Parlamento (que não seria, por essa razão, soberano): (i) qual a sua natureza (se ela é formada por costumes sociais, por costumes judiciais, por princípios morais fundamentais, pela jurisprudência ou por uma combinação de mais de um desses elementos), (ii) qual o seu escopo (se abrange apenas o direito privado ou, ao contrário, se inclui regras de direito público, como a sucessão da Coroa e o exercício do poder legislativo); e (iii) quem é a autoridade máxima encarregada de sua interpretação (a Coroa, o Parlamento ou as cortes de *common law*).²⁹²

Com bases nesses três critérios, Goldsworthy conclui que, no século XVI, não havia qualquer evidência de apoio ao *common law constitutionalism*. No século XVII, que teoricamente seria o apogeu desta teoria, apenas poucos autores realmente a defendiam, como Thomas Hailey. Outros comumente apontados

²⁸⁹ Ibid., p. 14.

²⁹⁰ Ibid., p. 17, tradução livre. No original: "*The term common law constitutionalism' is now widely used to denote the theory that most fundamental constitutional norms of a particular country or countries (whether or not they have a written constitution) are matters of common law.*"

²⁹¹ Ibid., cap. 2, *passim*.

²⁹² GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty*, p. 20.

como seus defensores, entre eles o Lorde Coke, reconhecem que a *High Court of Parliament* seria a autoridade máxima na interpretação de suas próprias regras e da *common law*, o que a colocaria fora do escopo da *common law*, como se nota na seguinte passagem:

Nem mesmo Coke, principal exemplo de defensor da *common law*, sustentava consistentemente que a *common law* seria um corpo jurídico supremo e completo, que consistiria na fonte última de toda autoridade legal e regularia o escopo e a aplicação de todas as outras normas.²⁹³

Em que pese o reconhecimento de que teria havido uma enorme expansão da *common law* ao longo dos séculos, Goldsworthy destaca que a soberania do Parlamento é “o último bastião que resiste às pretensões imperiais da *common law*”.²⁹⁴ E, além das razões históricas declinadas, o australiano ainda considera haver importantes considerações de ordem filosófica para sustentar esta tese.

Para demonstrar seu argumento, ele expõe as quatro possíveis espécies em que as normas constitucionais não escritas poderiam ser enquadradas: (i) regras criadas por juízes (*judge-made rules*); (ii) costumes judiciais (*professional custom*); (iii) corpo sistemático de normas baseado na moralidade política; e (iv) costumes e convenções aceitos pela população em geral e pelos agentes do governo.²⁹⁵

Dado que as instituições políticas (Coroa, Parlamento, etc.) não foram criadas nem por decisões judiciais, nem por costumes reconhecidos pelos juízes, as duas primeiras alternativas podem, de cara, ser descartadas. Afinal, não seria coerente esperar que as cortes estivessem obrigadas a aplicar os atos elaborados pelo Parlamento se foram elas que o criaram e, conseqüentemente, não estariam a ele subordinadas. Ademais, a autoridade dos próprios juízes não pode derivar nem da *statute law* nem da própria *common law*, sendo necessário identificar uma terceira alternativa, externa a essas duas, que possa ser apontada como fonte das normas constitucionais que compõem a constituição da *common law*. Restam, portanto, as duas hipóteses seguintes.

²⁹³ Ibid., p. 33, tradução livre. No original: “So not even Coke, the prime exemplar of the ‘common law’ mind, consistently held that the common law was supreme and overarching body of law, which provided the ultimate source of all legal authority and governed the scope and application of all other laws.”

²⁹⁴ Ibid., p. 33, tradução livre. No original: “Parliamentary sovereignty may be the final bastion that still resists the common law imperial ambitions”.

²⁹⁵ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty*, p. 48-49.

A respeito da caracterização das normas constitucionais da *common law* como um conjunto ordenado de preceitos derivados da filosofia política, concepção associada a Ronald Dworkin, Goldsworthy destaca que a própria soberania do Parlamento teria de ser descrita como um desses princípios que compõem a *common law constitution*. Se isso acontecesse, ele também poderia, como os demais, ser reinterpretado pelos juízes, ter seu conteúdo alterado em virtude de transformações ou de mudanças de entendimento. Mas isso não é o que acontece na prática. Mesmo porque, existe um enorme desacordo a respeito da interpretação de princípios fundamentais, e não há razão para atribuir aos juízes o papel decisivo nessa atividade.²⁹⁶

Resta, finalmente, considerar a constituição da *common law* como convenções políticas reconhecidas como válidas pela comunidade em geral e pelos integrantes do governo. Esta concepção, que se aproxima daquela defendida por H. L. A. Hart, traz consigo um inconveniente: não distingue a *common law* comum (referente especialmente ao direito privado) da *common law* que teria valor constitucional. E essa distinção provoca uma confusão grande, pois, em relação à *common law* privada, os juízes têm plena liberdade para *déia* fica-la, *déia* -la, *déia* fica-la ou mesmo *déia* -la.

Já em relação às regras constitucionais, uma vez que possuem nas convenções parte importante de seu conjunto, seu reconhecimento exclusivamente pelos juízes não é suficiente. É preciso que também os agentes de governo as aceitem e consintam com sua aplicação, transformação e revogação. Os juízes podem até desempenhar algum papel neste sentido, mas sua atuação de forma isolada seria inócua e poderia, inclusive, gerar reações violentas dos demais ramos do poder.²⁹⁷

Por todas essas razões, Goldsworthy rejeita a *déia* de uma *common law constitution* e continua acreditando que a soberania parlamentar consiste, mesmo hoje, em um dos princípios basilares do direito constitucional inglês. Mais do que isso, ele crê que a soberania parlamentar é compatível com sistemas de controle fraco de constitucionalidade, como o recentemente adotado no Reino Unido, a ser analisado no capítulo seguinte. Por ora, resta examinar o terceiro princípio basilar

²⁹⁶ Ibid., p. 51-52.

²⁹⁷ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty*, p. 53-56.

do direito constitucional inglês: a existência de convenções constitucionais e sua relação com o direito constitucional propriamente dito.

4.2.3

As Convenções Constitucionais

Retornando à sistematização proposta por Dicey, o terceiro princípio fundamental do direito constitucional inglês refere-se à distinção entre o direito constitucional propriamente dito e as convenções constitucionais. Apesar de considerar as normas desta última espécie princípios de natureza política, não aplicáveis pelo judiciário e estranhas aos juristas, o autor assinala que o aspecto jurídico do direito constitucional inglês não pode ser compreendido sem que a relação entre essas duas espécies de regras seja esclarecida.²⁹⁸

Os exemplos que Dicey fornece de convenções constitucionais estão longe de serem regras de menor importância: dizem respeito à eleição e dissolução do Parlamento, à organização e composição do Gabinete, às funções da Coroa e do Parlamento, à celebração de tratados internacionais, entre outras.²⁹⁹ Por mais que sejam extremamente relevantes e que sejam sistematicamente obedecidas por décadas ou mesmo séculos, não são vistas como regras jurídicas, por conseguinte, ninguém poderia procurar o judiciário para determinar sua aplicação caso alguma delas fosse desrespeitada.

As convenções constitucionais têm por objetivo orientar o monarca e o Parlamento no exercício de seus poderes discricionários (chamados, respectivamente, de prerrogativas e privilégios). São as regras que disciplinam o exercício da soberania pelos governantes e, embora não sejam juridicamente coercíveis, existe uma justa expectativa da população e dos próprios governantes de que elas serão respeitadas. Mais do que isso, seu propósito é assegurar que o Parlamento (e o Gabinete por ele indicado) atue de acordo com a vontade do verdadeiro soberano: a maioria dos eleitores (ou a nação).³⁰⁰

Neste ponto, Dicey faz uma distinção entre o soberano do ponto de vista jurídico, que é o Parlamento (daí a afirmação da sua supremacia como princípio

²⁹⁸ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 244.

²⁹⁹ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 245-6.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 248-9.

do direito constitucional inglês) e o soberano do ponto de vista político, que é a nação. As convenções constitucionais servem justamente para que o soberano real (o povo) possa exercer o seu poder, especialmente por meio da escolha de seus representantes no Parlamento. Se o poder fosse inteiramente alocado na figura do Rei, como já acontecera em outros momentos da história inglesa, tais convenções seriam desnecessárias.³⁰¹

Aqui, a *Rule of Law* aproxima-se do ideal democrático, numa conexão que não fica aparente quanto ela é interpretada simplesmente como sendo o princípio da legalidade, como ocorre com a concepção positivista do *Rechtstaat* ou com o *État legal*. Mas esta conexão entre a *Rule of Law* e a democracia está longe de ser *déia fic*, como visto na parte dedicada à conciliação entre este mesmo princípio e a supremacia do Parlamento.

Não sendo as convenções constitucionais regras jurídicas, não pode qualquer tribunal inglês determinar que sejam cumpridas pelas autoridades governamentais. Mas a ausência de tutela jurisdicional não significa que não existam meios de *déi-las* cumprir. Dicey assinala que dois mecanismos costumam ser apresentados para resolver esta questão: o primeiro consiste na ameaça de *impeachment* a que se sujeita uma autoridade que as descumprir. O segundo se dá por meio do julgamento popular, por ocasião das eleições, de forma a assegurar o respeito a tais princípios de moralidade política.³⁰²

Mas nenhuma das respostas é considerada satisfatória por Dicey. A ameaça de *impeachment* é descartada por duas razões, uma teórica e outra prática. Em primeiro lugar, a imposição das convenções sob a ameaça de *impeachment* acabaria por ser equivalente ao direito constitucional (aquele formado pela regras que podem ser impostas pela via judicial), com diferença apenas em relação ao órgão responsável por *déi-las* (os tribunais, em um caso, e a *High Court of Parliament*, no outro). Além disso, na prática, à época em que Dicey escreveu sua obra já havia mais de cento e cinquenta anos que nenhuma autoridade sofrera *impeachment* por violação a uma convenção constitucional, muito embora tenham ocorrido diversas situações que se enquadrariam nesta hipótese.³⁰³

³⁰¹ Ibid., p. 249-50.

³⁰² DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 254 e segs.

³⁰³ Ibid., p. 255-6.

A opinião pública, igualmente, não oferece uma justificativa plausível para o respeito às convenções constitucionais. Diversas normas de conduta que possuem imenso apoio popular são infringidas diariamente, como nas hipóteses em que crimes são cometidos. Isso demonstra que o apoio ou rejeição da população não é uma sanção suficientemente forte para fazer com que as regras sejam observadas.³⁰⁴

No fim das contas, a resposta que Dicey oferece à questão é a de que as convenções constitucionais são impostas pela força do direito (“*My answer is, that is nothing else than the force of law*”).³⁰⁵ Mas isso não significa que elas sejam equivalentes às regras que compõem o direito constitucional, já que continua sendo impossível a sua imposição jurisdicional. A sanção legal irá se dar de forma indireta, na medida em que a violação a uma convenção constitucional invariavelmente levará à violação de alguma regra da *common law*. Para demonstrar seu argumento, o autor fornece alguns exemplos.

Um deles trata da regra de que o Parlamento deve se reunir ao menos uma vez por ano. Esta regra não faz parte da *common law*, é uma convenção. Isso significa que nenhum tribunal pode obrigar o Parlamento a se reunir, caso não haja a convocação regular. No entanto, a ausência de sessão parlamentar irá causar diversos problemas: as forças armadas, que necessitam de uma lei anual disciplinando sua organização, perderão o amparo legal para sua atuação. Diversos tributos não poderão mais ser cobrados, na medida em que os cidadãos não estarão mais obrigados por lei a pagá-los. Enfim, as autoridades responsáveis por praticar tais atos acabarão, em algum momento, infringindo alguma regra da *common law* ao atuar. Esta ameaça de sanção – que se dá de forma indireta, mas que não pode ser desprezada – é o que faria com as convenções constitucionais fossem respeitadas.³⁰⁶

Como será visto adiante, há exemplos notáveis de aplicação de convenções constitucionais pela Suprema Corte canadense em casos de grande importância julgados nas últimas décadas do século XX. Discussões como a possibilidade de secessão unilateral da província de Québec e da necessidade de ratificação por todas as províncias da nova constituição foram examinadas pela última instância

³⁰⁴ Ibid., p. 256.

³⁰⁵ Ibid., p. 257.

³⁰⁶ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 257-9.

do judiciário canadense e, em ambos, o recurso às convenções constitucionais permitiu que fosse elaborada uma opinião, com caráter não vinculante e acentuado componente político, a respeito de tais questões.³⁰⁷

4.3

Transformações recentes no constitucionalismo inglês³⁰⁸

A partir do ingresso do Reino Unido na Comunidade de Nações, em 1973, e, especialmente, a partir da aprovação do *Human Rights Act* (“HRA”), em 1998, o constitucionalismo britânico passou por enormes transformações, que implicam a necessidade de rever parte de seus conceitos fundamentais, especialmente a soberania do Parlamento. Como afirma Vernon Bogdanor, “*Temos vivido um período de mudanças constitucionais sem precedentes, uma era de reformas constitucionais que começou em 1997 e não mostra sinais de caminhar para o fim*”.³⁰⁹

Bogdanor explica que o constitucionalismo britânico era, até a metade do século XX, apontado como modelo de democracia a ser seguido, tendo sido exportado para ex-colônias africanas e asiáticas nas décadas de 1950 e 1960. Os sistemas de representação proporcional existentes na Itália e Alemanha, por terem, de alguma forma, permitido a ascensão do fascismo e do nazismo, eram desacreditados, também por conta dos 15 governos que se sucederam entre 1946 e 1958, na França. Mas este panorama muda a partir dos anos 1970, quando o modelo britânico passa a ser questionado, inclusive, internamente.³¹⁰

A mola propulsora da discussão a respeito de reformas constitucionais foi a situação da Irlanda do Norte, onde o sistema majoritário adotado pelo Reino Unido não funcionava adequadamente. Isso porque tal sistema pressupõe a alternância entre os partidos no governo (ou, ao menos, a possibilidade de

³⁰⁷ Ver 5.1.5, infra.

³⁰⁸ Para uma visão panorâmica de tais mudanças, oportuno consultar os artigos de Nicholas Bamforth, Richard Bellamy, Paul Craig, Christopher Forsyth, N. W. Barber, T. R. S. Allan, Alison Young, Aileen Kavanagh, Christopher McCrudden, Iain McLean e Scot Peterson e Peter Leyland publicados em simpósio sobre as transformações no constitucionalismo britânico publicado no *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011.

³⁰⁹ BOGDANOR, V. *The New British Constitution*, p. 2, tradução livre. No original: “*We have been living through an unprecedented period of constitutional change, an era of constitutional reform which began in 1997 and shows no sign of coming to an end.*”

³¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

alternância). Mas, na Irlanda, a principal divisão não era política, mas sim religiosa: a maioria protestante mantinha-se no poder, sem que houvesse possibilidade real de a minoria católica comandar o governo. Por isso, um sistema proporcional e a proteção a direitos fundamentais das minorias passaram a ser constantemente discutidos para aquela nação. E, desde 1973, um sistema de representação legislativa proporcional passou a ser adotado na Irlanda, que ainda recebeu a companhia de Escócia e País de Gales na reforma de 1998, que conferiu maior autonomia àquelas nações.³¹¹

Outro duro golpe nas tradições constitucionais inglesas – este dirigido a seu princípio central, o da supremacia parlamentar – foi o ingresso do Reino Unido na Comunidade Européia, consolidado em 1973. Desde 1964 já havia entendimento, pela Corte Européia de Justiça, de que a legislação comunitária teria prevalência em relação à legislação nacional de cada um dos integrantes do grupo. Além da supremacia, o direito comunitário possuiria, ainda, aplicabilidade direta, ou seja, deveria ser imposto mesmo pelos tribunais nacionais. A idéia de que o Parlamento não poderia sofrer limites em sua atuação começava a perder força.³¹²

Outros pontos que sofreram importantes transformações no direito constitucional britânico nas últimas décadas foram a utilização do referendo (que antes era visto como uma usurpação da soberania do Parlamento) e o processo de devolução, que atribuiu maior autonomia à Escócia, Irlanda e País de Gales, sem, no entanto, transformar o Reino Unido em um estado federal (embora tenha ficado próximo disso).³¹³

Bogdanor procura na política partidária a explicação para as reformas constitucionais que ocorreram a partir do final do século XX. Houve, ao longo daqueles anos, uma fragmentação do quadro partidário, antes restrito aos partidos trabalhista e conservador. O crescimento de partidos como o escocês SNP (*Scottish National Party*) e o partido liberal fez com que governos de coalizão, antes excepcionais, se tornassem rotineiros.³¹⁴

Assim, aquilo que servia, até então, como o principal fator da contenção do poder – a oscilação do pêndulo entre as principais forças políticas – deixou de ser

³¹¹ Ibid., p. 24-26.

³¹² BOGDANOR, V. *The New British Constitution*, p. 26-30.

³¹³ Ibid., p. 30-33.

³¹⁴ Ibid., 34-37.

o elemento de equilíbrio político na Grã-Bretanha. Especialmente diante de um quadro de crescimento do papel do estado, a existência de freios aos governantes investidos no poder parecia especialmente importante. Como explica Bogdanor,

Acreditava-se amplamente, nos anos imediatamente posteriores à 2ª Guerra, que o principal controle sobre o governo era a “oscilação do pêndulo”, a alternância de poder entre governos de cores políticas opostas. Isto era concebido como um limite ao governo, na medida em que se algum dos lados buscasse adquirir um poder excessivo, tornar-se-ia impopular nas urnas e seus excessos seriam contra-atacados por seus oponentes. Depois de 1979, no entanto, o pêndulo deixou de oscilar.³¹⁵

Com os dezoito anos de governo conservador sob a liderança de Margareth Thatcher e a forte concentração de poder nas mãos do executivo central por ela promovida, a esquerda passou a buscar outras formas de conter o exercício do poder, para além da “oscilação do pêndulo”. A intenção claramente era reduzir o poder dos governantes, redistribuindo-o para os governos locais (através da devolução), para os juízes (por meio do *Human Rights Act*) e para o próprio povo (utilização de referendos).³¹⁶

Diante deste contexto, quando os trabalhistas retomaram o poder, em 1997, empenharam-se em promover reformas constitucionais amplas – algo que anteriormente não fazia parte de seus planos. Uma dessas reformas, por suas implicações com o objeto desta tese, interessa analisar em especial: a aprovação do *Human Rights Act*, em 1998.³¹⁷ Este ponto, no entanto, será desenvolvido no

³¹⁵ Ibid., p. 39, tradução livre. No original: “*The main check upon government in the immediate post-war years was widely believed to be the ‘swing of the pendulum’, the alternation of power between governments of opposing political colours. This was held to act as a constraint upon government, since if an administration of one political colour sought to acquire excessive power, it would become unpopular at the polls and its excesses would be countermanded by its opponents. After 1979, however, it seemed that the pendulum had ceased to swing.*”

³¹⁶ BOGDANOR, V. *The New British Constitution*, p. 39, de onde se destaca, em tradução livre: “*Foi talvez em reação a este crescimento do poder investido no estado que, a partir de 1997, reformas constitucionais foram implementadas para transferir o poder para além dos governantes do dia, seja para políticos fora de Westminster – na Irlanda do Norte, Escócia, País de Gales e Londres – para juízes, como no Human Rights Act, ou para o povo – como no uso do referendo para validar tais reformas.*” No original: “*It was perhaps in reaction to the increase in state power that, from 1997, constitutional reforms were instituted to transfer power away from the government of the day, whether to politicians outside Westminster— in Northern Ireland, Scotland, Wales and London— to judges, as in the Human Rights Act, or to the people— as with the use of the referendum to validate some of the reforms.*”

³¹⁷ Esta foi, de fato, apenas uma entre as muitas reformas constitucionais implementadas desde então. As demais, por não estarem intimamente ligadas com o objeto deste trabalho, podem ser consultadas diretamente na obra de Bogdanor, especialmente a partir da lista de quinze atos legislativos contida nas p. 4-5.

capítulo seguinte, dedicado aos modelos fracos de controle de constitucionalidade das normas – como o inaugurado pelo HRA na Grã-Bretanha.

4.4

Conclusão

Este capítulo examinou o constitucionalismo político, desenvolvido particularmente a partir da experiência constitucional inglesa/britânica. Depois de examinar brevemente o desenvolvimento histórico da limitação do poder dos governantes naquele país, foram examinados os princípios fundamentais de seu direito constitucional, tal como sistematizados por Albert Venn Dicey: a supremacia parlamentar, a *Rule of Law* e a relação entre o direito constitucional e as convenções constitucionais.

Foram examinadas, ainda, duas grandes controvérsias no direito constitucional inglês. A primeira consiste na conceituação da *Rule of Law*, cuja definição é objeto de intensa divergência, havendo autores que defendem tratar-se de conceito meramente formal (equivalente ao princípio da legalidade), enquanto outros acreditam abranger uma série de direitos materiais. Tratando-se de um sistema jurídico em que não havia, até o final do século XX, um texto dotado de supremacia que garantisse direitos fundamentais, a expansão do conceito da *Rule of Law* é uma forma de oferecer fundamento superior para tais direitos.

O segundo desafio trata da conciliação entre a *Rule of Law* e a soberania do Parlamento. Tradicionalmente os dois conceitos só podiam ser conjugados por conta de um reconhecimento de que o grande guardião dos direitos individuais seria o Parlamento, e não os juízes e tribunais nacionais. Apesar de alguns autores advogarem a existência de um constitucionalismo da *common law*, que conferiria aos juízes o poder para declarar a invalidade de normas editadas pelos representantes democraticamente eleitos, a concepção amplamente predominante sempre foi aquela que vê na supremacia do parlamento a pedra de toque do constitucionalismo inglês.

Isso não impede, no entanto, que este sistema passe por profundas transformações nas últimas décadas do século XX. A pressão para que fosse

conferida maior autonomia às nações que integram o Reino Unido, as distorções causadas pelo sistema eleitoral majoritário e a ausência de mecanismos mais efetivos de proteção a direitos fundamentais diante de um quadro de fragmentação partidária acabaram levando ao surgimento de novas características, já se falando mesmo em um “novo” direito constitucional britânico.

Dessas modificações, destaca-se a edição do HRA, norma que incorporou os direitos fundamentais garantidos pela CEDH. Esta norma, juntamente com as ferramentas nela previstas, dirigem o constitucionalismo inglês a um novo rumo. Em vez de se tratar de um sistema em que não existe controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, em virtude da supremacia parlamentar, criam-se mecanismos que o aproximam de um sistema de controle fraco de constitucionalidade. Esta trajetória acompanha a mudança pela qual passou, poucos anos antes, uma das mais importantes ex-colônias britânicas, que deu origem a tal sistema: o Canadá. O próximo capítulo destina-se justamente a analisar o controle fraco de constitucionalidade, a partir, inicialmente, da experiência canadense.