

5 O controle fraco de constitucionalidade

Até o final do século XX, qualquer crítica ao *judicial review* tinha de conviver com uma constatação empírica difícil de ser refutada: cada vez mais países passaram a adotar alguma forma definitiva de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos. Mas foi justamente a partir de sua implementação em alguns países de tradição ligada ao constitucionalismo político que a doutrina ganhou um novo suporte para embasar suas objeções. A causa desta nova perspectiva é a forma como esses países decidiram implementar, tardiamente, o *judicial review* em seus sistemas: neles é reconhecido o papel do judiciário de fiscal da compatibilidade das leis com o texto constitucional, mas sem que se reconheça a primazia da sua opinião sobre a dos demais poderes (especialmente o legislativo).

Uma vez que esse novo modelo de constitucionalismo pretende oferecer uma forma de conciliação entre o princípio democrático – traço marcante do constitucionalismo político, que privilegia o papel dos legisladores – com a proteção a direitos fundamentais – promessa *déjà vu* do constitucionalismo jurídico, garantida especialmente pela atuação dos juízes –, por meio da possibilidade de interação entre os poderes, ele vem sendo chamado de “constitucionalismo dialógico”.³¹⁸ Outras denominações possíveis para o modelo

³¹⁸ A expressão aqui utilizada faz referência à ideia de diálogo institucional, muitas vezes utilizada para descrever a experiência canadense, na qual haveria uma espécie de “conversa” entre os diferentes ramos do poder sobre o real significado que se deve atribuir aos direitos fundamentais. O nome foi dado por Peter Hogg e Allison Bushell no artigo “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps The Charter Isn’t Such a Bad Thing Afterall)”, ao qual se seguiu extensa bibliografia. Dez anos depois, o mesmo periódico responsável pela publicação do artigo original (Osgoode Hall Law Journal) lançou edição comemorativa, com uma atualização do texto original pelos seus autores (acrescidos da colaboração de Wade Wright), diversos comentários e uma resposta dos três citados autores. Ver, a respeito, HOGG, P. et al, “*Charter* Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors”; HAIGH, R. e SOBKIN, M. “Does the Observer Have an Effect?: An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada’s Courts”; HUSCROFT, G. “Constitutionalism from the Top Down”; MANFREDI, C. “The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada*”; MATHEN, C. “Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on ‘*Charter* Dialogue Revisited’”; PETTER, A. Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps *Charter* Dialogue Isn’t Such a Good Thing After All); ROACH, K.

são “constitucionalismo da *Commonwealth*”, seguindo proposta de Stephen Gardbaum, que leva em consideração o fato de ser um modelo que vem sendo implementado especialmente em ex-colônias inglesas,³¹⁹ ou “Declarações de Direitos Parlamentares”, como prefere Janet Hiebert, dando ênfase aos documentos formais de garantia aos direitos fundamentais e à supremacia parlamentar mantida nesses arranjos.³²⁰

A principal característica do constitucionalismo dialógico é a presença de mecanismos de controle fraco de fiscalização da constitucionalidade das normas por parte do judiciário.³²¹ Este controle é aqui chamado de fraco porque os juízes, embora tenham capacidade para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, não necessariamente poderão deixar de decidí-la aos casos concretos que se lhes apresentarem. Ou seja, o judiciário possui uma palavra em matéria de controle de constitucionalidade, mas não necessariamente a última.

Essa participação moderada dos juízes, ou seja, a possibilidade que eles atuem ativamente na proteção a direitos fundamentais, mas sem ofender a supremacia reconhecida ao legislador eleito democraticamente, chega a ser visto por alguns estudiosos como uma proposta capaz de conciliar o melhor dos dois mundos (constitucionalismo político e jurídico; democracia e constitucionalismo).³²²

Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship” e HOGG, P. et al. “A Reply on ‘Charter Dialogue Revisited’”. Ver, ainda, ROACH, K. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*; BATEUP, C. “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”; e, em perspectiva crítica, TREMBLAY, L. “The Legitimacy of Judicial Review”, LECLAIR, J. “Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien” e PETTER, A. *The Politics of the Charter*. Em português, ver VALLE, V. R. L. et al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*; MENDES, C. H. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* e BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*.

³¹⁹ GARDBAUM, S. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism” e, mais recentemente, defendendo sua proposta anterior, GARBAUM, S. “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”.

³²⁰ HIEBERT, J. “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”.

³²¹ Como a ênfase desta tese é colocada sobre os sistemas de controle de constitucionalidade, optou-se por essa denominação, que também é adotada em TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*.

³²² A expressão “melhor de dois mundos” é usada, por exemplo, por Jeremy Waldron e Michael J. Perry para referir-se ao sistema canadense de proteção a direitos fundamentais. Conferir TRIBE, L. H. et al. “On Judicial Review”, e PERRY, M. J. “Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?”. Em português, sobre o tema, consultar BERMAN, J. G. “Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade” e BRANCO, P. G. G.

O capítulo pretende analisar como surgiu este modelo, por quais países ele se difundiu, quais as principais características adotadas em cada um deles e os principais argumentos favoráveis e contrários à sua utilização. Para tanto, a primeira seção será dedicada à análise da aprovação da Carta de Direitos e Liberdades canadense (parte integrante do *Constitution Act*, 1982), em 1982, sob a ótica da recepção de direitos. Em seguida, serão examinadas outras tentativas de implementação de um controle fraco de constitucionalidade, a saber: Reino Unido, Nova Zelândia e Israel.

5.1

Origem do constitucionalismo dialógico: a experiência canadense

O marco inicial do desenvolvimento do controle fraco de constitucionalidade é a aprovação do *Constitution Act*, em 1982, que veio acompanhado da Carta de Direitos e Liberdades (Carta), no Canadá.

A adoção da Carta não foi um processo simples.³²³ Na verdade, tratou-se de uma controversa tentativa de recepção de direitos naquele país, consistente na adoção de uma declaração de direitos rígida e suprema, característica do constitucionalismo jurídico, mas absolutamente estranha à tradição jurídica daquele país. Para que se aceitasse tal *déia*, o transplante não foi completado senão com profundas modificações em relação ao padrão “tradicional” de aplicação dos direitos fundamentais, de forma a adaptar o novo modelo às tradições de uma nação historicamente ligada à *déia* de supremacia do legislador, pedra de toque do constitucionalismo político.

Abra-se um parênteses para esclarecer que a “recepção de direitos” é aqui compreendida nos termos propostos por A. Papachristos, que a define como “*a introdução de um sistema jurídico estrangeiro em um meio social*”.³²⁴ Em outras palavras, o que se pretende é analisar como um instituto jurídico alienígena (no caso, uma declaração de direitos rígida e suprema) foi inserido em um sistema

“Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937”.

³²³ Para uma descrição acurada do processo político de aprovação da Carta, consultar RUSSEL, P. H. *Constitutional Odyssey*.

³²⁴ PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, p. XIX, tradução livre.

jurídico nacional em determinado momento (Canadá, 1982). Neste sentido, serão examinadas as razões favoráveis e contrárias ao transplante realizado, bem como as adaptações promovidas pelo constituinte canadense para uma melhor adaptação do instituto recepcionado.

O estudo da recepção aqui proposto justifica-se por diversas razões. A principal delas é que o caso canadense retrata a transição de um modelo constitucional político, derivado da experiência britânica, fortemente amparada na supremacia do Parlamento, para um sistema de constitucionalismo jurídico, baseado na supremacia da constituição, no qual a vontade da maioria, expressada através de seus representantes democraticamente eleitos, é limitada por uma declaração jurídica de direitos dotada de supremacia e rigidez. Este contraste realça a contradição fundamental do constitucionalismo democrático³²⁵ e permite examinar como uma sociedade altamente desenvolvida procurou déia f-la de forma criativa, sem se ater aos arranjos até então existentes no mundo.

Isto ocorre porque o Canadá, até 1982, quando foi finalmente editada a Carta de Direitos e Liberdades, não possuía qualquer declaração de direitos dotada de supremacia e rigidez em relação à atividade parlamentar. As declarações que existiam possuíam o valor de leis ordinárias, passíveis de alteração ou revogação por maiorias parlamentares simples, o que, diga-se, estava em absoluta conformidade com o princípio da supremacia do Parlamento e com o constitucionalismo político, herdados da colonização britânica.

Dada essa colonização, o Canadá herdou diversas características do direito constitucional inglês. Dentre elas, o reconhecimento de que suas fontes não se resumem a documentos jurídicos. Muito embora haja, atualmente, duas normas reconhecidamente constitucionais (o *British North American Act*, de 1867 – depois renomeado para *Constitution Act*, 1867 – e o *Constitution Act*, 1982), há diversas disposições contidas na *common law*, em leis ordinárias e em convenções constitucionais que são aceitas *de facto* como parte do direito constitucional canadense.³²⁶

³²⁵ Sobre a contradição entre democracia e constitucionalismo, consultar ZURN, C. “The Logic of Legitimacy: Bootstrapping Paradoxes of Constitutional Democracies” e COMELLA, V. F. *Justicia constitucional y democracia*.

³²⁶ BAKAN, J. et al. *Canadian Constitutional Law*, p. 4-5. Sobre as convenções constitucionais, sua importância e distinção do direito constitucional, ver WALUCHOW, W. J. *A Common Law Theory of Judicial Review*, p. 28-30.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pela constituição canadense decorre do fato de que muitas de suas disposições foram elaboradas por fontes britânicas, o que comprometia enormemente sua aceitação. Por esta razão, lutou-se durante muito tempo pela nacionalização da constituição canadense, mas apenas em 1982 é que a autoridade legislativa britânica sobre os canadenses deixou de ser reconhecida, ocorrendo, assim, o que ficou conhecido como “patriação” da constituição.³²⁷

Neste mesmo momento, apareceram outras características próprias do constitucionalismo jurídico: a supremacia e, especialmente, a rigidez constitucionais, elementos centrais para o reconhecimento aos juízes do poder de invalidar leis contrárias ao texto constitucional. Houve, ainda, a incorporação de uma declaração de direitos, batizada de Carta Canadense de Direitos e Liberdades, ou simplesmente “Carta”.

Outra característica do constitucionalismo político que sempre esteve presente no direito constitucional canadense é a supremacia parlamentar, ou seja, a ideia de que uma lei aprovada pelo Parlamento é soberana, não podendo ser suplantada pela monarquia (poder executivo) ou pelos tribunais (poder judiciário), vista em detalhes no capítulo anterior. Assim, mesmo os atos de natureza reconhecidamente constitucional não eram dotados de rigidez, podendo sofrer alterações por maioria parlamentar ordinária. Este quadro, no entanto, irá mudar em 1982, com a aprovação da Carta, que prevê expressamente a possibilidade de o poder judiciário invalidar atos legislativos contrários aos direitos ali protegidos e estabelece um procedimento mais exigente para sua alteração.³²⁸

O *judicial review*, na verdade, já era admitido por tribunais canadenses desde a década de 1870, mas limitava-se a um exame formal baseado na repartição de competências estabelecida pelo federalismo canadense ou na compatibilidade de atos do governo central e provinciais com a legislação imperial.³²⁹ Além de não haver um escrutínio material das normas elaboradas pelo

³²⁷ BAKAN, J. et al. *Canadian Constitutional Law*, p. 6-8. Apesar de, curiosamente, o Constitution Act, 1982, ter sido aprovado pelo parlamento britânico, a requerimento do governo canadense (como se fazia necessário desde o fim do período colonial), há consenso no sentido de que este fato não compromete a nacionalização da constituição canadense. Ver, a respeito, HOGG, P. W. “Patriation of the Canadian Constitution: Has It Been Achieved?”, p. 123-130.

³²⁸ BAKAN, J. et al. op. cit., p. 5.

³²⁹ Ibid., p. 29-30.

legislativo, não havia previsão expressa do *judicial review*, o que só aparece efetivamente em 1982. Este poder está contido nos artigos 24(1) e 52(1) da Carta, que asseguram, respectivamente, (a) ao titular de um direito por ela garantido que possa recorrer ao judiciário e dele obter um provimento adequado, em caso de violação;³³⁰ e (b) a supremacia da constituição, de maneira que qualquer norma contrária a ela será considerada inválida.³³¹

Especificamente em relação aos direitos fundamentais, já havia diversas cartas dotadas de um valor *quasi* constitucional, destacando-se, no plano federal, a Declaração de Direitos de 1960. Apesar de tais cartas prevalecerem sobre o direito federal ou provincial, conforme o caso, elas podiam ser modificadas por maioria simples, faltando-lhes, assim, a característica que as diferenciam da Carta de 1982: a rigidez constitucional, caracterizada pela existência de um procedimento qualificado para sua modificação.³³² Portanto, apenas com a aprovação da Carta é que o Canadá integrou-se ao modelo constitucionalista pós-Guerra de proteção a direitos fundamentais, dominado pelo constitucionalismo jurídico e pelos seus conceitos elementares.³³³

Mas não se pode dizer que a transição tenha sido simples, e nem que o Canadá simplesmente tenha aderido ao constitucionalismo jurídico ao decidir entrincheirar direitos fundamentais em uma declaração garantida pela atuação de juízes. As adaptações feitas pelo constituinte canadense – que originaram o modelo fraco de fiscalização de constitucionalidade – comprovam a complexidade que envolve a matéria e que, para ser compreendida, demanda uma análise das causas favoráveis e contrárias à recepção (com ajustes) do modelo de proteção a direitos fundamentais próprio do constitucionalismo jurídico por um país de tradição ligada ao constitucionalismo político.

Alguns autores destacam as razões político-econômicas como sendo as principais para a adoção da Carta em 1982. É o caso de Ran Hirschl, para quem a adesão ao modelo do constitucionalismo jurídico, amparado em uma constituição

³³⁰ Art. 24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

³³¹ Art. 52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

³³² BEAUDOIN, G. A. *Les droits et libertés au Canada*, p. 17.

³³³ Sobre este modelo, consultar WEINRIB, L. E. “Canada *Charter of Rights*: Paradigm Lost?”.

liberal suprema e dotada de mecanismos judiciais de proteção, é decorrência de uma tentativa de perpetuar o modelo neoliberal, protegendo-o contra ameaças de diversos tipos.³³⁴

Nesta mesma linha, pode-se destacar a obra de três participantes diretos do processo de aprovação da Carta (Roy Romanow, John Whyte e Howard Leeson).³³⁵ Os autores afirmam que sua adoção foi resultado de uma estratégia adotada para aliviar uma intensa disputa entre o governo federal canadense e algumas de suas províncias. As principais dificuldades eram enfrentadas entre o governo central e duas províncias: Québec e Alberta. A primeira porque, com a ascensão do *Parti Québécois* ao poder, manifestava forte intenção de tornar independente do Canadá; e a segunda, porque, juntamente com outras províncias do Oeste canadense, possuía a maior parte das reservas petrolíferas canadenses e, com a Crise do Petróleo, no final dos anos 1970, e a déia fica alta dos preços, sua autonomia passou a ser vista como uma ameaça à economia do Canadá central (notadamente déia f), dado o aumento dos custos da energia necessária para suportar as indústrias locais.³³⁶

A disputa entre o governo federal e as províncias chegou a ameaçar seriamente a aprovação da Carta. Uma primeira versão, apresentada em outubro de 1980, depois de debatida e modificada, foi submetida a referendo nas províncias, tendo sido aprovada apenas por duas das dez integrantes da federação canadense. A Suprema Corte, consultada sobre a necessidade de aprovação pelos governos locais, afirmou que ela não era obrigatória, mas que deveria haver um grau substancial de consentimento, que não havia sido alcançado. Depois de novas modificações (inclusão de direitos dos nativos e de igualdade sexual), apenas Québec permaneceu opondo-se à adoção da Carta, posição que não mudou sequer com a introdução de cláusulas protegendo a educação e a cultura e a limitação de direitos educacionais das minorias déia fica a naquela província.³³⁷

³³⁴ HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, p. 75-82.

³³⁵ ROMANOW, R. et al. *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution 1976-1982*.

³³⁶ *Ibid.*, p. xvii-xviii.

³³⁷ HOGG, P. W. *Canada Act 1982 Annotated*, p. 1-3.

Certamente os fatores econômicos e políticos ajudam a explicar a adoção da Carta. Mas não se pode deixar de reconhecer outra causa extremamente relevante, especialmente sob o prisma jurídico-político: a intenção de reforçar a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, considerada frágil sob o sistema das declarações *quasi* constitucionais. A importância desta tarefa fica bastante clara na seguinte passagem:

A reforma constitucional tem sido vista principalmente como uma espécie de resolução da disputa de poder federal-provincial. Esta característica tem mudado lentamente. No último quarto de século tem havido movimentos na direção de examinar a posição dos indivíduos no estado. A proteção aos direitos individuais, incluindo direitos de língua e de cultura, começou a substituir o argumento sobre a respectiva responsabilidade política por questões legislativas a respeito de direitos e linguagem. O interesse nas desigualdades regionais evoluiu para considerações sobre a proteção de direitos econômicos e de mobilidade.³³⁸

Com efeito, a influência dos desenvolvimentos alcançados após a 2ª Guerra Mundial no campo do direito internacional dos direitos humanos pode ser apontada como um dos motores propulsores da Carta.³³⁹ Pierre Trudeau, que viria a ser Primeiro Ministro e o principal responsável pela adoção da Carta, já em 1968, quando ocupava o cargo de Ministro da Justiça, defendia sua adoção, mencionando os esforços das Nações Unidas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e dos diversos tratados que se seguiram à sua promulgação.³⁴⁰

Lorraine Weinrib, igualmente, assinala que a aprovação da Carta significou a adesão do Canadá ao modelo desenvolvido no pós-guerra para a proteção a direitos, contido em diversos documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta das Nações Unidas e as Convenções sobre Direitos Humanos. Este modelo incorpora três características principais: a proteção dos direitos humanos em face do Estado, a possibilidade de limitação desses direitos em razão da dignidade humana ou da proteção a outros direitos,

³³⁸ ROMANOW, R. et al. *Canada... Notwithstanding. The Making of the Constitution 1976-1982*, p. xvi-xvii, tradução livre. No original: “*Constitutional reform has been viewed predominantly as a sorting out of federal-provincial power relationships. This pattern has slowly changed. In the last quarter century there has been a movement towards examining the position of individuals in the state. Protection of individual rights, including language rights, has begun to replace argument over respective political responsibility for legislative matters bearing on rights and language. The interest in regional disparities has evolved into concern over protecting economic and mobility rights.*”

³³⁹ Ver WEINRIB, L. E. “Canada *Charter of Rights: Paradigm Lost?*”.

³⁴⁰ Citado em BAKAN, J. et al. *Canadian Constitutional Law*, op. cit., p. 683-686.

admitida apenas quando o Estado conseguir demonstrar sua compatibilidade com os princípios democráticos, e, finalmente, a passagem da supremacia parlamentar para a supremacia da constituição.³⁴¹ Com isso, faz-se necessário buscar um novo equilíbrio na separação de poderes, já que, neste quadro, o fórum para discussão da admissibilidade de condutas estatais limitadoras de direitos deixa de ser a arena política e se transfere para os tribunais.³⁴²

Mas, ao lado das causas favoráveis à adoção da Carta e da migração para o constitucionalismo jurídico, havia outros fatores que pressionavam em sentido contrário. Como já afirmado acima, a introdução de uma declaração de direitos no Canadá foi resultado de uma longa disputa política, iniciada em 1968, e que só chegaria ao fim (ainda assim, parcialmente) em 1982, ou seja, 14 anos depois. Os fatores desfavoráveis à recepção, portanto, merecem ser explicitados, até mesmo para que se possa compreender o processo de aclimação sofrido pelo instituto transplantado.

A principal causa contrária à adoção da Carta foi, certamente, a oposição inicial das províncias que a viam como obstáculo a seus interesses econômicos (no caso das províncias do Oeste) ou políticos (no caso de Québec). Como já assinalado, a Carta acabou sendo adotada sem a ratificação da província de Québec, e a Suprema Corte teve de se pronunciar a respeito da sua validade diante daquela ausência de consentimento (tendo respondido que ele não se fazia necessário).³⁴³

³⁴¹ WEINRIB, L. E. “Canada *Charter of Rights*: Paradigm Lost?”, item II. Sobre a influência da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos sobre a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, embora ressaltando que esta não se tratou apenas de reproduzir os direitos previstos naquela, consultar TARNOPOLSKY, W. S. “A Comparison Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights.”, p. 211-231.

³⁴² WEINRIB, L. E. op. cit., p. 131, de onde se destaca: “*The forum for justification, as others sections of the Charter make clear, is a court, which adjudicates infringements on a case-by-case basis, invalidating measures that do not conform to the requirements of section 1.*” A mesma autora observa que, apesar de o entrenchamento de direitos fundamentais em documentos constitucionais ter levado, na Europa pós-2ª Guerra, à criação de cortes constitucionais especializadas, o Canadá optou por seguir o modelo estadunidense, investindo o poder de *judicial review of legislation* nos juízes e tribunais já existentes (p. 121). Ressalte-se aqui a posição de James Kelly, para quem a Carta fortaleceu especialmente o poder executivo, e não o legislativo ou o judiciário. Conferir, a respeito, KELLY, J. B. “Governing with the Charter of Rights and Freedoms”, p. 299-337.

³⁴³ BAKAN, J. et al. *Canadian Constitutional Law*, p. 451, onde há referência para as duas decisões que afirmaram esta possibilidade: *Patriation Reference (Re Resolution to Amend the Constitution of Canada)*, [1981] 1 SCR 753 e *Re Objection by Québec to Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2SCR 793. Na primeira decisão, a Suprema Corte afirmou que o

Posteriormente, foram realizadas duas tentativas – ambas malsucedidas – de se aprovarem emendas à constituição que viabilizassem a ratificação por Québec. As negociações ficaram conhecidas como o “Acordo de Lake Meech” e o “Acordo de Charlottetown”. A primeira tentativa não logrou obter a aprovação unânime das províncias dentro do prazo estabelecido (três anos) e a segunda, apesar de apoiada por todos os governadores de províncias e pelo governo federal, foi rejeitada pela maioria da população em um referendo realizado em 1992. Assim, a Carta até hoje permanece em vigor sem a ratificação de Québec, o que, não obstante, não compromete sua validade e eficácia.³⁴⁴

W. A. Bogart, ao analisar argumentos jurídico-políticos contrários à adoção da Carta, com a déia fica diminuição do poder do parlamento, os resume em três pontos, sobre os quais havia algum consenso entre os canadenses: (i) o acesso a membros eleitos do governo e seus respectivos órgãos é, de diversas maneiras, um veículo mais efetivo para melhorar a vida dos canadenses; (ii) uma democracia vigorosa, responsável e respeitada é melhor garantida por representantes eleitos; e (iii) os custos de acesso às cortes privilegiariam grupos organizados e poderosos, que poderiam se utilizar do *judicial review* para proteger seus próprios interesses.³⁴⁵

Ainda, não se pode deixar de assinalar a tradição canadense, herdada dos colonizadores britânicos, de respeito ao princípio da supremacia parlamentar. Peter Hogg explica que este princípio, no Canadá, sempre teve feições distintas da matriz britânica em função do modelo federal adotado em 1867. Enquanto o Reino Unido, por ser um estado unitário, reconhece no parlamento de Westminster a única instituição soberana no país, sendo vedado aos juízes e tribunais deixar de aplicar uma lei ali aprovada, no Canadá a repartição de competências feita pela constituição entre o governo central e as províncias permite que o judiciário declare nulo um ato que tenha desrespeitado tais limites (este ato será considerado como um ato *ultra vires*). Não obstante, o mérito dos atos elaborados pelos legisladores era considerado, até 1982, como não sendo

consentimento das províncias não era necessário, mas deveria haver um acordo substancial. Na segunda, diante da recusa apenas de Québec de ratificar a constituição, a Suprema Corte considerou que isso não afetaria sua validade e eficácia, mesmo naquela província.

³⁴⁴ DUPLÉ, N. *Droit Constitutionnel: principes fondamentaux*. 4^a Ed. Montréal: Wilson e Lafleur, 2009, p. 608-609.

³⁴⁵ BOGART, W. A. *Courts and Country: The Limits of Litigation and the Social and Political Life of Canada*, p. 267.

passível de controle por parte do judiciário, e a supremacia parlamentar seguiu como um importante elemento da teoria constitucional canadense.³⁴⁶

Diante dessas causas contrárias à adoção da Carta, dificilmente se conseguiria implantar um modelo de proteção a direitos fundamentais que transferisse para o poder judiciário a absoluta supremacia na interpretação de suas disposições. Por esta razão, dois relevantes mecanismos foram acrescentados ao próprio texto constitucional, após intenso debate:³⁴⁷ (a) uma cláusula que autoriza restrições legais aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 1º) e (b) outra que atribui ao legislativo (federal ou provincial) o poder de determinar a aplicação de determinada lei, não obstante a existência de contradição entre ela e alguns dos direitos contidos na Carta (artigo 33).

Além destes mecanismos, intrínsecos à Carta de Direitos e Liberdades, ainda há três outros que, embora não tenham previsão constitucional, colaboram para que se fale em um modelo “dialógico” de constitucionalismo: obter o debate travado entre juízes e legisladores, no plano da legislação ordinária, inerente à *common law*, (d) a possibilidade de submissão de consultas à Suprema Corte, caso haja dúvidas do governo em relação à compatibilidade de determinada medida com a Carta, e (e) técnicas decisórias adotadas pelo tribunal de cúpula canadense que supostamente favoreceriam o diálogo entre os diferentes ramos do poder. Cada um desses mecanismos será examinado separadamente.

5.1.1

O artigo 1º da Carta de Direitos e Liberdades canadense

Um dos mecanismos introduzidos na Carta de Direitos e Liberdades a fim de atenuar a restrição à vontade dos legisladores provocada pela necessidade de se respeitar os direitos ali previstos ocasionaria – e que era percebida, por muitos, como contrária ao constitucionalismo político herdado dos ingleses – foi colocado logo no primeiro artigo da Carta, que possui a seguinte redação:

Direitos e liberdades no Canadá

Art. 1º A Carta Canadense de Direitos e Liberdades assegura que os direitos e liberdades nela estabelecidos estão sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos

³⁴⁶ HOGG, P., op. cit., p. 305-309.

³⁴⁷ WEINRIB, L. E. “Canada Charter of Rights: Paradigm Lost?”, p. 135-137.

pela lei e que possam ser demonstravelmente justificados em uma sociedade livre e democrática.”³⁴⁸

Esta disposição, ao deixar claro que os direitos e liberdades fundamentais não são absolutos, permite que eles sejam relativizados pela via legal, ou seja, permitem que o legislador tenha uma margem de intervenção legítima em direitos constitucionalmente protegidos. Apesar de ser evidente que será o judiciário, ao apreciar a constitucionalidade da lei restritiva, que irá determinar sua validade, os primeiros-ministros das províncias canadenses, durante o debate que precedeu a elaboração da Carta, argumentavam que esta cláusula permitiria ao legislativo de cada uma delas promover valores conflitantes, mediante a restrição de alguns direitos.³⁴⁹

Foi, portanto, na tentativa de tornar a Carta mais palatável, permitindo aos órgãos legislativos (provinciais e federal) alguma flexibilidade na aprovação de políticas que potencialmente entrassem em conflito com os direitos estabelecidos na Carta, que se incluiu a expressa previsão da possibilidade de restrição de direitos fundamentais por parte dos legisladores.

Mas a primeira redação apresentada para discussão na fase de elaboração da Carta foi considerada extremamente branda, pois permitia restrições sem fazer menção à necessidade de lei e citava apenas os *“limites razoáveis geralmente aceitos em uma sociedade livre e democrática com um sistema parlamentar de governo”*.³⁵⁰ Ora, na medida em que qualquer ato do parlamento é visto como expressão da vontade geral, seria muito difícil, conseqüentemente, que algum deles deixasse de ser considerado como um *“ato geralmente aceito”*. Desta maneira, a cláusula proposta, na opinião dos especialistas, não surtiria qualquer efeito positivo na proteção aos direitos e acabou sendo rejeitada.³⁵¹

O debate, então, ganhou força, inclusive entre o grande público, e a redação final apresentada pela comissão encarregada da sua redação acrescentou a necessidade de lei autorizando a restrição, assim como passou a exigir a que sua razoabilidade fosse *“justificada de forma demonstrável numa sociedade livre e*

³⁴⁸ Tradução livre. No original: *“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”*

³⁴⁹ Cf. HIEBERT, J. L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid., p. 137.

democrática”. Com isso, a medida restritiva deveria passar por dois testes, um de legalidade (é necessário que haja lei autorizando a restrição ao direito fundamental atingido) e outro de legitimidade (a razoabilidade da restrição deve ser demonstravelmente justificada no quadro de uma sociedade livre e democrática), incumbindo ao governo demonstrar que ambos foram satisfatoriamente cumpridos.³⁵²

Esta redação do artigo 1º, ao lado da inclusão do artigo 33 (que será analisada a seguir), foi capaz de produzir um acordo entre quase todas as províncias a respeito da redação que a *Carta* deveria possuir (Québec não a ratificou).³⁵³ No entanto, o texto constitucional não é suficiente claro para delimitar com precisão diversas questões envolvendo os direitos fundamentais e sua respectiva restrição. Por exemplo: apenas os direitos expressamente mencionados na *Carta* merecem proteção, ou há outros dignos de tutela? Qual o significado da razoabilidade da medida, como sua justificação poderá ser demonstrada e quem deverá decidí-la? Há limites para a intervenção judicial na ação do legislador quando ocorre uma violação a algum direito protegido pela *Carta*? Luc Tremblay e Grégoire Webber apontam, ainda, para a dificuldade de estabelecer o significado de expressões como “limites razoáveis” e “sociedades democráticas”.³⁵⁴

Na medida em que cabe ao Judiciário o papel de árbitro, responsável pela verificação da compatibilidade jurídica entre as normas editadas e os direitos estabelecidos na Carta, e que as respostas às questões acima formuladas seriam dadas especialmente pela Suprema Corte canadense, as atenções se voltaram para os juízes. Evidentemente, a postura por eles adotada poderia implicar uma intervenção mais ou menos rigorosa sobre os poderes políticos. Iniciou-se, assim, uma intensa disputa entre a forma como deveria ele se comportar: enquanto

³⁵² HIEBERT, J. L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, p. 137-146.

³⁵³ Como assinala Janet Hiebert, em tradução livre: “(...) a questão dos limites explícitos aos direitos permaneceu como parte importante do debate. De fato, era tão central que as províncias provavelmente não concordariam com o entrenchamento se a Carta não lidasse com algumas de suas preocupações sobre se e como os limites aos direitos enumerados poderiam ser impostos.” No original: “(...) the issue of explicit limits on rights remained an important part of the debate. In fact, it was so central that the provinces would probably not have agreed to entrenchment had the Charter not addressed some of their concerns about whether and how limits can be imposed on enumerated rights”. HIEBERT, Janet L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, p. 4.

³⁵⁴ TREMBLAY, L. B. e WEBBER, G. C. N. *Introduction: La Fin de Oakes?*, p. 1-2.

alguns defendiam que o judiciário evitasse ao máximo interferir em escolhas do legislador, mesmo que elas implicassem restrições a direitos protegidos pela Carta, outros defendem uma maior aproximação com o modelo estabelecido pelo constitucionalismo jurídico, no qual as cortes têm um papel mais acentuado na proteção aos direitos fundamentais e as restrições são vistas como excepcionais. Em outras palavras, abriu-se uma disputa intensa entre as posturas de autocontenção e de ativismo judicial.³⁵⁵

Neste debate, o artigo 1º da Carta é o ponto chave para se diferenciar o que pode ser classificada como uma postura de deferência da Corte Suprema de uma atitude classificada como ativista. A primeira indica uma menor intervenção do Judiciário nas decisões tomadas pelos representantes eleitos em nome da maioria, enquanto a segunda implica um papel mais ativo do Judiciário na aplicação dos direitos entrincheirados na Carta, mesmo que isto signifique o sacrifício da vontade da maioria em determinadas questões. Robin Elliot, ao destacar o papel central do artigo 1º, afirma que

[O artigo 1º] tornou-se, de fato, a principal disposição da Carta, e a maneira como a Corte tem lidado com ela nos diz muito a respeito não apenas do impacto que a Carta pode ter sobre os outros poderes, mas também sobre a própria Corte e como ela percebe seu papel sob a Carta.³⁵⁶

No desenvolvimento de sua abordagem do referido artigo, a Corte Suprema do Canadá não manteve um comportamento constante. Há, como salienta Janet Hiebert, três momentos bastante distintos na jurisprudência da Corte a respeito desta matéria, divididos da seguinte forma: (1) os primeiros anos de vigência da Carta; (2) a fase iniciada com o caso *R. v. Oakes*³⁵⁷; e (3) os desenvolvimentos mais recentes.

³⁵⁵ Sobre ativismo judicial, como referências básicas disponíveis entre extensa bibliografia, consultar TATE, C. N. e VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*; DICKSON, B (ed.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*; BERMAN, J. G. “Ativismo judicial, judicialização da política e democracia” e VALLE, V. R. L. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*.

³⁵⁶ ELLIOT, R. M. “The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front”, p. 279, tradução livre. No original: “*It has, in fact, become the pivotal provision in the Charter, and the manner in which it has been dealt with by the Court tells us a great deal not only about the impact the Charter is likely to have on the other branches of government but also about the Court itself and how it perceives its role under the Charter.*”

³⁵⁷ *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

5.1.1.1

Primeiros anos: ativismo sem aplicação da proporcionalidade

Nos primeiros anos de vigência da Carta, temia-se por uma postura bastante conservadora da Corte Suprema, tendo em vista sua timidez nos anos anteriores na proteção aos direitos fundamentais. No entanto, este temor não se confirmou. Rapidamente ela adotou uma abordagem abrangente na proteção aos direitos, afirmou explicitamente seu papel de guardião da Carta e rejeitou uma interpretação estrita dos direitos nela previstos, incumbindo-se de *déjà* fica-los amplamente a fim de assegurar seu pleno exercício, inclusive para as gerações futuras. Dois modos de interpretação ganharam destaque nesses primeiros anos de vigência da Carta: a Corte Suprema afirmou a necessidade de os direitos ali previstos serem interpretados de forma “generosa” (*generous interpretation*) e “finalística” (*purposive interpretation*).³⁵⁸

Como destaca um dos principais constitucionalistas canadenses, a interpretação generosa da constituição canadense ganhou outro significado, bem distinto daquele que possuía antes da edição da *Carta*. Isto porque, até 1982 o principal ato que compunha a Constituição do Canadá era o *British North Déjà f Act*, de 1867. Este foi o ato que implementou o modelo federativo e, até hoje, é a principal fonte da repartição de competências entre os níveis de governo (central e provinciais). A interpretação que se dizia generosa era aquela aplicável às competências constitucionalmente atribuídas aos entes federativos, compreendidas da forma mais ampla possível, provocando uma postura de autocontenção judicial, na medida em que a Corte Suprema raramente invalidava normas de um dos níveis de governo com base em argumentos relacionados à repartição constitucional de competências.³⁵⁹

No entanto, ao lidar com os direitos estabelecidos na *Carta* de 1982, o sentido da interpretação generosa teve de ser invertido. Isto porque, em vez de reconhecer amplo poder para os governos central e provinciais, o novo documento constitucional o limitava, levando o Judiciário, ao invés da postura deferencial

³⁵⁸ HIEBERT, J. L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, p. 55.

³⁵⁹ HOGG, P. “Canada: From Privy Council to Supreme Court”, p. 87-88. O caso citado pelo autor para ilustrar o uso desta forma de interpretação pela Corte Suprema é *Hunter v. Southam* [1984] 2 SCR, 156, cujos termos serão reproduzidos em diversos outros (nota de rodapé 134).

anteriormente predominante, a uma postura mais ativista, a fim de conceder máxima eficácia aos novos direitos fundamentais. Assim, o que deveria ser interpretado com generosidade não eram mais os poderes atribuídos aos entes da federação, mas sim os direitos fundamentais atribuídos aos seus cidadãos.³⁶⁰

Já a interpretação finalística (*purposive*), no contexto da Carta, determina que se deveria buscar o propósito de cada direito nela previsto, realizando-se a interpretação de forma a incluir esta finalidade no sentido da norma e afastando-se qualquer atividade que não a promovesse.³⁶¹ O propósito de cada direito deve ser inferido a partir da linguagem utilizada para exprimi-lo, das déia fica a decorrentes de seu texto, da história do direito antes da Carta e da sua própria história legislativa, além da jurisprudência porventura existente a seu respeito.³⁶²

Apesar da postura ativista nos primeiros anos de vigência da *Carta*, a Corte Suprema evitou enfrentar a análise da razoabilidade das medidas legislativas questionadas. Mesmo quando tais atos eram declarados inconstitucionais, a justificativa para sua invalidação geralmente não reconhecia qualquer caráter político no exercício do controle jurisdicional. Para evitar esta delicada questão, a Corte optava por estratégias como afirmar que, na hipótese de o propósito legislativo ir diretamente de encontro a um direito fundamental, não haveria que se falar em “restrição”, mas sim em “negação” a este direito, dizendo que o que a legislatura pretendia era reformar indiretamente a Carta, e não simplesmente restringir um dos direitos nela previstos.³⁶³

O exemplo utilizado por Hiebert para ilustrar esta técnica é o caso *A.G. Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*.³⁶⁴ Nele discutia-se a constitucionalidade de uma lei da província de Quebec que visava a restringir o acesso das crianças a escolas públicas anglófonas, que seria permitido apenas em três casos: crianças cujos pais (ou ao menos um deles) tivessem estudado em escolas fundamentais anglófonas na província; filhos de imigrantes que já vivessem na província quando a lei foi aprovada e que tivessem recebido a

³⁶⁰ HOGG, P. “Canada: From Privy Council to Supreme Court”, p. 88.

³⁶¹ Ibid., onde o autor mais uma vez cita o caso *Hunter v. Southam* [1984] 2 SCR, 156, como fonte (nota de rodapé 138).

³⁶² Ibid., p. 89.

³⁶³ Ibid., p. 56-7. No mesmo sentido, ver HOGG, P. “Section 1 Revisited”, p. 8-9.

³⁶⁴ A.G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards, [1984] 2 S.C.R. 66.

educação em inglês fora dali; ou aqueles que tivessem um irmão ou irmã já matriculado em uma escola anglófona.

A Corte declarou a inconstitucionalidade da lei por violação ao art. 23 da Carta, que assegura a educação pública em inglês ou francês aos filhos de cidadãos cuja primeira língua, ou cuja educação primária tenha sido uma língua minoritária naquele local. Apesar do argumento levantado pela província de que este seria um limite razoável ao direito fundamental de natureza *deíca* *fica*, a Corte optou por dizer que o efeito da legislação não era restringir, mas alterar o direito estabelecido pela Carta, o que só seria possível por meio de emenda, como demonstra a seguinte passagem da decisão:

Mesmo que editado após a Carta, o art. 73 redefine, para o Quebec, as classes de pessoas que estão autorizadas a receber instrução no idioma minoritário, e tem o efeito de criar uma exceção ao art. 23 e de emendar a Carta. Qualquer que seja o escopo, os limites que o art. 1º autoriza não podem ser equiparados a exceções aos direitos e liberdades assegurados pela Carta e não podem ser tratados como emendas à Carta. Como a cláusula de exceção contida no art. 33 da Carta não abrange o art. 23, somente seguindo o procedimento estabelecido para emendar a Constituição é possível redefinir validamente as classes de pessoas protegidas pelo art. 23. Uma lei ordinária não é suficiente.³⁶⁵

5.1.1.2

Teste de Oakes e o princípio da proporcionalidade

Passados poucos anos, a Corte percebeu que teria de enfrentar o mérito de políticas governamentais que se chocassem com direitos assegurados pela Carta. Com isso, teve início a segunda fase da jurisprudência constitucional canadense sobre o tema, na qual seria necessário avaliar se estes direitos poderiam sofrer restrições em virtude de objetivos gerais ou coletivos de importância fundamental.³⁶⁶

Neste ponto, fez-se sentir a influência de um dos mais bem-sucedidos princípios desenvolvidos pelo constitucionalismo jurídico para a proteção judicial

³⁶⁵ Tradução livre. No original: “*Even if enacted after the Charter, the s. 73 limits could not be legitimized by s. 1 of the Charter. Section 73 redefines for Quebec the classes of persons who are entitled to instruction in the minority language, and has the effect of creating an exception to s. 23 and of amending the Charter. Whatever their scope, the limits which s. 1 allows cannot be equated with exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the Charter and may not be treated as amendments to the Charter. As the exception clause contained in s. 33 of the Charter does not cover s. 23, it is only by following the procedure laid down for amending the Constitution that it is possible to validly redefine the classes of persons protected by s. 23. An ordinary statute will not suffice.*”

³⁶⁶ HOGG, P. “Canada: From Privy Council to Supreme Court”, p. 61.

a direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade, desenvolvido inicialmente pela jurisprudência alemã e, em seguida, exportado com sucesso para diversas partes do mundo.³⁶⁷ Como afirma Dieter Grimm, ao tratar da influência exercida pelo princípio da proporcionalidade nos casos de conflitos entre direitos decididos pela Corte Suprema canadense;

Contudo, uma jurisdição poderia ter servido como modelo, notadamente a alemã. Aqui, o teste da proporcionalidade tem sido aplicado desde o final dos anos 1950, sempre que o Tribunal Constitucional tem que apreciar leis que limitam direitos fundamentais ou decisões judiciais e administrativas que apliquem tais leis. Da Alemanha o princípio da proporcionalidade se expandiu para a maioria dos países da Europa com um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade e para uma série de jurisdições fora da Europa. Da mesma forma, ele é usado pela Corte de Direitos Humanos e pela Corte de Justiça.³⁶⁸

Reforçando a dimensão quase universal atingida por este princípio na últimas décadas, vejamos as palavras de Alec Stone Sweet e Jud Mathews:

Ao longo dos últimos anos, o princípio da proporcionalidade se difundiu amplamente. Ele consiste hoje em um princípio global da jurisdição constitucional, o procedimento preferencial para resolver disputas envolvendo conflitos entre dois direitos ou entre uma norma definidora de direitos e o interesse legítimo do Estado ou do público.³⁶⁹

Em apertada síntese, tomando por base a formulação de Robert Alexy, um dos principais defensores da utilização da proporcionalidade, esta seria subdividida em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁷⁰ Na primeira, verifica-se se o meio escolhido, responsável pela restrição ao direito fundamental em questão, é apto a alcançar a finalidade definida pelo legislador. Não se questiona, no entanto, a legitimidade dos fins

³⁶⁷ HIEBERT, J. *Limiting Rights*, p. 61; HOGG, P. "Section 1 Revisited", p 1-24.

³⁶⁸ GRIMM, D. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", in *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, 2007, p. 384, tradução livre. No original: "There is, however, one jurisdiction that could have served as a model, namely Germany." Here the proportionality test has been applied since the late 1950s, whenever the Constitutional Court has had to review laws limiting fundamental rights, or administrative and judicial decisions applying such laws. From Germany the principle of proportionality spread to most other European countries with a system of judicial review, and to a number of jurisdictions outside Europe. Likewise, it is in use in the European Court of Human Rights and in the European Court of Justice."

³⁶⁹ SWEET, A. S. e MATHEWS, J. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", p. 74, tradução livre. No original: "Over the past fifty years, proportionality analysis (PA) has widely diffused. It is today an overarching principle of constitutional adjudication, the preferred procedure for managing disputes involving an alleged conflict between two rights claims, or between a rights provision and a legitimate state or public interest". Em sentido semelhante, consultar ALEINIKOFF, T. Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing", in *Yale Law Journal*, vol. 96, n. 5, abril de 1987.

³⁷⁰ Cf. ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais* e, na doutrina canadense; BEATTY, D. *The Ultimate Rule of Law*

buscados. A segunda etapa consiste na “vedação de excesso”, ou seja, na verificação sobre a existência de outro meio, menos restritivo aos direitos em questão, que seja igualmente apto a alcançar aquela mesma finalidade. E, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito consiste na verificação da relação custo-benefício, onde se empreende a atividade conhecida como ponderação, na qual se afere se os benefícios da medida compensam seus custos associados ao sacrifício de um ou mais direitos.³⁷¹

No âmbito da Suprema Corte canadense, a recepção do princípio da proporcionalidade pode ser imputada à interpretação dada pela Suprema Corte ao artigo 1º da Carta no julgamento do caso *R. v. Oakes*, ocorrido em 1986.³⁷² O caso discutia o alegado conflito entre o artigo 8º do *Narcotic Control Act*, que estabelecia que, quando o acusado fosse condenado pela posse de narcóticos, seria dele o ônus de provar que não se tratava de posse destinada a tráfico. O Sr. Oakes, ao ser julgado, alegou que o referido artigo era inconstitucional, por violação ao princípio da presunção de inocência, garantido pelo artigo 11, alínea ‘d’ da Carta.³⁷³

A promotoria, por sua vez, alegou que o artigo 8º do *Narcotic Control Act* consistia em um limite razoável à presunção de inocência, tal como autorizado pelo artigo 1º da Carta, haja vista a gravidade da ofensa em questão (tráfico de drogas). Mas o tribunal de *déia f* que decidiu o caso, baseando-se no fato de que a lei não distinguia a respeito da quantidade de droga encontrada com o acusado, considerou que a violação não seria razoável.

A Suprema Corte, ao decidir a questão, concordou com a justiça da província de *déia f*. Mas, ao tratar da forma correta de interpretar o princípio da presunção de inocência, o Presidente da Corte, Dickson, afastou a aplicação do teste de razoabilidade (*rational connection*) em favor de uma abordagem mais

³⁷¹ Para uma descrição do princípio da proporcionalidade no direito alemão, ver GUERRA FILHO, W. S. “Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal”, in SILVA, V. A. (org.) *Interpretação Constitucional*.

³⁷² *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103

³⁷³ Em tradução livre:

Art. 11. Qualquer pessoa acusada de crime tem o direito (...)

(d) a ser presumido como inocente, até prova em contrário legalmente produzida em um julgamento justo e público, por um tribunal independente e imparcial.

No original:

11. Any person charged with an offence has the right (...)

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

rigorosa das restrições que se pretendia impor ao direito em questão. Esta abordagem é descrita na seguinte passagem da decisão:

Dois critérios centrais devem ser satisfeitos a fim de demonstrar que determinado limite é razoável e demonstravelmente justificado no âmbito de uma sociedade livre e democrática. Primeiro, o objetivo buscado pela medida restritiva de um direito previsto na Carta deve ser suficientemente importante, a ponto de autorizar a superação da liberdade constitucionalmente protegida. O padrão deve ser rigoroso, para assegurar que objetivos triviais ou discordantes dos princípios de uma sociedade livre e democrática não recebam proteção. No mínimo, o objetivo deve se relacionar com preocupações sociais que sejam urgentes e relevantes em uma sociedade livre e democrática para que possa ser caracterizado como suficientemente importante. Segundo, a parte que invoca o artigo 1º deve demonstrar que os meios são razoáveis e demonstravelmente justificados. Isso envolve uma espécie de teste de proporcionalidade que abrange três importantes componentes. Para começar, as medidas devem ser justas e não arbitrárias, cuidadosamente destinadas a atingir o objetivo em questão e racionalmente conectadas a esse objetivo. Além disso, o meio deve restringir o direito em questão o mínimo possível. Finalmente, deve haver proporcionalidade entre os efeitos da medida restritiva e o objetivo – quanto mais deletérios os efeitos da medida, mais importante deve ser o objetivo.

Como se nota, em linhas gerais, o “teste de Oakes” é quase equivalente ao princípio da proporcionalidade³⁷⁴. Há, no entanto, algumas particularidades que diferenciam a aplicação canadense deste princípio daquela feita, por exemplo, em seu local de origem: a Alemanha.

Detalhando o julgamento da Suprema Corte, Luc Tremblay e Grégoire Webber resumem o “teste” que irá aferir a legitimidade de uma norma restritiva com base nas seguintes proposições: (1) o ônus da prova da razoabilidade da restrição incumbe à parte que a alega; (2) a admissibilidade da medida deve ser provada de acordo com o que se exige nos processos cíveis (deve haver um alto grau de probabilidade, mas não se exige um juízo de certeza); e (3) a restrição deve atender aos seguintes critérios de justificação: (a) o objetivo buscado deve decorrer de preocupações urgentes e reais, sendo relevante e compatível com os princípios que constituem a essência de uma sociedade livre e democrática; (b) os meios escolhidos devem ter ligação com o objetivo buscado; (c) os meios escolhidos devem ser necessários, causando o menor dano possível ao direito ou liberdade em questão; e (d) os efeitos prejudiciais produzidos devem ser proporcionais ao objetivo reconhecido como suficientemente importante.³⁷⁵

³⁷⁴ TREMBLAY, L. B. e WEBBER, G. C. N. *Introduction: La Fin de Oakes?*, p. 1-2.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 2-3.

Como se nota, os dois primeiros passos acima explicitados não compõem, em geral, o arcabouço do princípio da proporcionalidade de origem germânica. São ambas preocupações com o ônus da prova (a quem incumbe e qual o grau de exigência que se deve ter a respeito dessa prova), o que pode ser explicado pela tradição da *common law*, de examinar casos concretos, contraposta à fiscalização abstrata que os tribunais constitucionais europeus costumam fazer.

Já a partir do terceiro passo, há quase que uma coincidência entre o teste aplicado no Canadá e o teste padrão da proporcionalidade. A principal diferença é que, enquanto o teste original (germânico) possui apenas três fases (adequação, necessidade e proporcionalidade), há, no Canadá, um primeiro passo, no qual a Corte Suprema avalia se o objetivo buscado pelo legislador é importante a ponto de justificar a restrição a um direito fundamental. Esta é uma etapa que não costuma ser descrita como inerente ao princípio da proporcionalidade.

Esta primeira etapa, que exige a demonstração da necessidade de se restringir determinado direito em nome de um interesse social relevante, atribui ao Estado o ônus de provar a existência de tal interesse, já que o respeito aos direitos é a regra e a sua restrição, exceção.³⁷⁶ Assim, o objetivo buscado pelo legislador deve ser de alta relevância, a ponto de justificar a limitação a um direito fundamental.³⁷⁷

Deve-se salientar, como destaca Peter Hogg, que a determinação do objetivo buscado pelo legislador é uma tarefa difícil e que pode ter sérias implicações relevantes no exame da constitucionalidade da medida. Não apenas as leis muitas vezes não deixam claro qual o seu objetivo, como este pode ser determinado com maior ou menor grau de generalidade, o que irá influenciar diretamente o exame das medidas adotadas pelo legislador na tentativa de defini-lo. Se o objetivo for determinado de forma bastante específica (com baixo grau de generalidade), será mais difícil comprovar a sua relevância social.

Hogg utiliza como exemplo uma lei que exigia a cidadania canadense para o exercício da advocacia na Columbia Britânica. Se o objetivo estabelecido fosse garantir a qualidade dos advogados, ele claramente deverá ser reconhecido como

³⁷⁶ TREMBLAY, L. B. e WEBBER, G. C. N. *Introduction: La Fin de Oakes?*, p. 153.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 155.

relevante. Já se o propósito buscado pela legislação fosse a proibição do exercício da advocacia por não-cidadãos, seria bastante discutível a sua relevância social.³⁷⁸

Por outro lado, a adequação e a necessidade de certa medida serão muito mais facilmente demonstráveis caso o objetivo seja determinado de forma mais específica. Usando o mesmo exemplo, a lei claramente atenderia ao objetivo de restringir a prática da advocacia aos cidadãos canadenses (e seria o único meio apto a cumprir esta meta), enquanto que, se analisado pelo sentido mais genérico (busca de qualidade na advocacia), seria fácil imaginar diversas outras medidas que não afetassem de maneira tão grave o direito à igualdade.³⁷⁹

Outra dificuldade é estabelecer quando um objetivo será considerado como suficientemente importante a ponto de justificar a restrição a um dos direitos previstos na *Carta*. Na decisão do caso *Oakes*, a Corte indicou que entraria em um exame rigoroso da relevância da finalidade buscada, estabelecendo que ela deveria ser compatível com os valores de uma sociedade livre e democrática, que deveria estar relacionado a preocupações urgentes e relevantes (*pressing and substantial*) e que deveria se dirigir à realização de objetivos coletivos de importância fundamental.³⁸⁰

Na aplicação da segunda fase do teste estabelecido em *Oakes*, aquela que mais se assemelha ao conhecido princípio da proporcionalidade, a Corte Suprema canadense diferencia-se do Tribunal Constitucional alemão por atribuir maior ênfase ao segundo dos testes (necessidade), em vez do terceiro (proporcionalidade).³⁸¹ Esta distinção pode ser explicada pela análise mais rigorosa que os canadenses fazem na primeira parte do teste: dificilmente um objetivo será considerado suficiente para justificar uma restrição a direitos fundamentais se o benefício da medida não superar os seus custos. Como na

³⁷⁸ HOGG, Peter. "Section 1 Revisited", p. 4-5.

³⁷⁹ HOGG, Peter. "Section 1 Revisited", p. 4-5.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 7.

³⁸¹ GRIMM, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", p. 389. Destaca-se, em tradução livre: "(...) é interessante observar que no Canadá a maioria das leis declaradas inconstitucionais falham neste passo [necessidade]. Na Alemanha, a proporção de leis falhando no segundo passo é consideravelmente maior o número de leis falhando no primeiro, mas bem menor do que no Canadá. A ampla maioria das leis que falham no teste da proporcionalidade na Alemanha não passam no terceiro passo." No original: "(...) it is interesting to observe that in Canada most laws that are found to be unconstitutional fail at this step [necessidade]. In Germany, the proportion of laws failing at the second step is considerably larger than the number of laws failing at the first step, but far smaller than in Canada. The vast majority of laws that failed to pass the proportionality test in Germany do so at the third step."

Alemanha verifica-se, num primeiro passo, apenas se a medida é apta a fomentar o objetivo buscado, esta análise custo-benefício será feita apenas no terceiro passo.

Por esta razão, Peter Hogg chegou a classificar a proporcionalidade em sentido estrito como redundante, podendo ser ignorada sem prejuízo para a aplicação da Carta.³⁸² Mas, não apenas o autor mais tarde reviu seu posicionamento,³⁸³ como a Corte Suprema, em recente decisão, deixou clara a independência e a relevância do terceiro teste, ao afirmar que

Uma lei que tenha ultrapassado os três primeiros estágios da análise de proporcionalidade – objetivo relevante, adequação e necessidade – pode, ainda assim, falhar no exame final da proporcionalidade dos efeitos. Os primeiros três estágios do teste são feitos a partir do propósito da lei. Apenas o quarto teste leva em conta integralmente os efeitos deletérios da medida sobre indivíduos ou grupos quando a medida possui um objetivo relevante e não existe alternativa realmente capaz de déia fic-lo. A verdadeira questão é saber se o impacto da restrição a direitos é desproporcional ao provável benefício da lei discutida.³⁸⁴

A aplicação rigorosa da metodologia desenvolvida em *Oakes* levanta, no entanto, diversos problemas. O principal deles é, certamente, delimitar qual o campo devido de atuação dos juízes na proteção aos direitos fundamentais e qual a margem de apreciação reservada ao legislador para fazer as escolhas políticas para as quais foram democraticamente escolhidos.³⁸⁵ Não por acaso, a aplicação

³⁸² HOGG, Peter. “Section 1 Revisited”, p. 23-24.

³⁸³ HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Thomson-Carswell, 2006, p. 867-8, nota de rodapé 190. Aqui o autor observa que é possível que o *Chief Justice* Dickson, em *Oakes*, tenha tido a intenção de estabelecer, no 1º passo, apenas um limite mínimo a ser testado.

³⁸⁴ *Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta* (2009), 310 D.L.R. (4th) 193, 81 M.V.R. (5th) 1, 2009 SCC 37, tradução livre. No original: “A law that passed the first three stages of the proportionality analysis – pressing goal, rational connection and minimal impairment – may nonetheless fail at the final inquiry of proportionality of effects. The first three stages of test proceed from an assessment of the law’s purpose. Only the fourth branch takes full account of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups when a measure has a pressing objective and no alternative means are reasonably capable of satisfying it. The real issue is whether the impact of the rights infringement is disproportionate to the likely benefits of the impugned law”. No caso em tela, a Corte Suprema entendeu que uma lei que obrigava todos os cidadãos da província de Alberta a possuírem uma carteira de motorista com foto não restringia de forma desproporcional a liberdade religiosa dos membros da Igreja Hutteriana, que acreditam que não podem ser fotografados em razão do segundo mandamento. A polêmica decisão, tomada por uma maioria de 4 votos a 3, fez um cuidadoso exame da proporcionalidade da medida adotada, demonstrando não apenas a atualidade do teste de *Oakes* mas, ao mesmo tempo, a dificuldade de sua aplicação.

³⁸⁵ Janet Hiebert nota, com razão, que estas questões seriam levantadas mesmo que não houvesse uma cláusula expressa autorizando a limitação aos direitos fundamentais. Ela apenas torna visível o conflito entre o entrincheiramento de direitos e a esfera legítima de atuação estatal, mas de forma alguma é responsável por sua criação. HIEBERT, J. L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, p. 153.

do teste de *Oakes*, por implicar ela um postura mais ativista, é enormemente discutida e a própria Corte Suprema não possui entendimento homogêneo a este respeito.³⁸⁶ E, mais recentemente, na terceira fase da sua jurisprudência sobre o artigo 1º, pareceu retornar à política de autocontenção que marcou os tempos pré-Carta.

5.1.1.3

Desenvolvimentos recentes: a caminho da autocontenção

Nos últimos anos, a jurisprudência da Suprema Corte canadense tem caminhado, aparentemente, na direção de uma postura de autocontenção em relação às restrições criadas pelo legislador aos direitos fundamentais previstos na Carta.³⁸⁷ Parece haver uma percepção de que o teste de *Oakes*, tal como formulado pelo juiz Dickson, teria deixado uma margem muito pequena de liberdade de ação para os legisladores e, conseqüentemente, ampliado em demasia a interferência dos juízes sobre questões geralmente afetas aos poderes políticos. Em outras palavras, considerou-se que tal teste seria a mola propulsora de um ativismo judicial indevido por parte da Corte Suprema canadense, com o *déjà* fica enfraquecimento das instituições democráticas.

Com a percepção de que definir a importância dos objetivos coletivos buscados pelo legislador envolveria um julgamento normativo, baseado em preferências político-ideológicas por parte dos juízes, as decisões *déjà* fica a *Oakes* logo modificaram as exigências do teste, abrandando a exigência de demonstrar a justificativa dos limites impostos pelo governo. Tem lugar, assim, a terceira fase da jurisprudência constitucional canadense sobre o artigo 1º, que sinaliza uma postura mais deferencial por parte do judiciário.³⁸⁸

Lorraine Weinrib critica fortemente esta postura. A seu ver, a inadequação da autocontenção judicial decorre de sua incompatibilidade com a gênese da Carta, na qual estaria patente, a seu ver, o desejo de se estabelecer um novo

³⁸⁶ TREMBLAY, L. B. e WEBBER, G. C. N. "Introduction: La Fin de *Oakes*", in TREMBLAY, L. B. e WEBBER, G. C. N. (dir.) *La limitation des droits de la Charte: essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*.

³⁸⁷ Sobre ativismo e autocontenção há, atualmente, enorme bibliografia. Permitimo-nos remeter para BERMAN, J. G. "Ativismo judicial, judicialização da política e democracia" e VALLE, V. R. L. (Org.) e VIEIRA, J. R. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*.

³⁸⁸ HIEBERT, J. L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, p. 62

equilíbrio entre os poderes em questões de direitos. A Carta, para ela, significaria um afastamento da supremacia legislativa e, conseqüentemente, da jurisprudência pré-Carta, na qual o judiciário adotava uma postura bastante contida, em nome do respeito à soberania do legislador. Esse distanciamento (que equivale a uma aproximação do constitucionalismo jurídico) restaria comprometido pela excessiva reticência do judiciário em declarar determinados atos inconstitucionais.³⁸⁹

Para ela, a tradição de deferência estabelecida antes da edição da Carta não pode servir como justificativa para a postura de autocontenção recentemente adotada pela Suprema Corte. Ao contrário, a insatisfação com o sistema anterior, em que a declaração canadense de direitos possuía valor equivalente às leis ordinárias, foi exatamente um dos principais fatores que levaram ao entrenchamento de direitos em uma declaração suprema e rígida, de forma que significaria um retrocesso a postura mais contida dos juízes e tribunais. Nas palavras da autora:

Talvez a interpretação do *Canadian Bill of Rights* tenha nos levado a pensar que a Corte não iria, ou mesmo não poderia, ir além. A intransigência judicial com aquele instrumento ordinário, no propósito de servir à supremacia legislativa, pavimentou o caminho para o entrenchamento constitucional de direitos. Seria uma distorção irônica do passado se nosso descontentamento com a inefetividade da proteção legal de direitos agora nos cegasse para os novos caminhos do pensamento constitucional que marcaram os primeiros julgamentos da Corte sob a égide da Carta. A ironia seria ainda mais profunda se a indiferença em relação à criação da nova forma de proteção aos direitos resultar em um retorno à deferência judicial às preferências legislativas que marcou o fracasso da jurisprudência do *Bill of Rights*.³⁹⁰

Para Weinrib, o artigo 1º da *Carta* representa a adesão do Canadá ao que ela chama de “modelo pós-guerra” de constitucionalismo. Este modelo de constitucionalismo jurídico, baseado fortemente na proteção a direitos, tem como

³⁸⁹ WEINRIB, L. E. “Canada Charter of Rights: Paradigm Lost?”, p. 166-167.

³⁹⁰ WEINRIB, L. E. “The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter”, p. 471, tradução livre. No original: “*Perhaps the Supreme Court's interpretation of the Canadian Bill of Rights has lulled us into thinking that the Court would not, or indeed could not, move forward. Judicial intransigence to that statutory instrument, in the purported service of legislative sovereignty, paved the way for the constitutional entrenchment of rights. It would be an ironic twist in the path of our constitutional history if our disappointment with the ultimate ineffectiveness of statutory protection of rights now blind us to the new patterns of constitutional thought that have marked the Court's early Charter judgments. The irony would be far deeper still if indifference to the creation of a new mode of rights protection results in a return to the judicial deference to legislative preferences that marked the failure of the Bill of Rights jurisprudence.*”

característica central justamente a garantia de certos direitos e liberdades contra o Estado, por serem considerados essenciais ao exercício igualitário da dignidade humana.³⁹¹

Embora tais direitos não sejam absolutos, eles não podem jamais serem abolidos, e mesmo a sua restrição deve ser tida por excepcional. Por isso, o governo deverá estar preparado para justificar de forma consistente tal limitação perante um tribunal, e não apenas “explicar ou fornecer desculpas”³⁹² para a sua adoção. É este controle judicial que irá preservar a primazia normativa de tais direitos.³⁹³

A ascendência do Judiciário no modelo desenvolvido na segunda metade do século XX não é negada pela autora, pelo contrário. Ao destacar que este arranjo desenha mecanismos institucionais que “transformam um sistema de supremacia legislativa em um sistema de supremacia constitucional”³⁹⁴, ela reconhece que o princípio da legalidade já não é mais suficiente, e que as cortes deverão “examinar substantivamente a legitimidade constitucional” da medida adotada.³⁹⁵ E mais, afirma ela que esta interpretação não apenas está de acordo com o novo modelo, desenvolvido na esfera internacional, como foi adotado por opção do próprio constituinte canadense.

A despeito das críticas, é inegável que a Suprema Corte decidiu atenuar sua conduta na fiscalização da constitucionalidade de medidas restritivas de direitos, mostrando, nos últimos anos, maior preocupação em levar em consideração as razões invocadas pelo legislador para restringir direitos previstos na Carta. O caso em que esta postura ficou mais explícita foi *R. v. Mills*,³⁹⁶ julgado em 1999, no qual estava em questão a utilização de informações médicas pessoais relativas à vítima como forma de defesa por acusados de crimes sexuais.

Quatro anos antes, em *R. v. O'Connor*,³⁹⁷ a Suprema Corte, em decisão dividida, afirmara que o acusado poderia obter acesso às informações médicas da vítima, desde que atendidas a duas circunstâncias: que se comprovasse a relevância de tais informações para o caso e após a análise de um juiz, que faria a

³⁹¹ WEINRIB, L. E. “Canada Charter of Rights: Paradigm Lost?”, p. 126.

³⁹² Ibid., p. 127.

³⁹³ Id., ibid.

³⁹⁴ Ibid., p. 131.

³⁹⁵ Id., ibid.

³⁹⁶ *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

³⁹⁷ [1995] 4 S.C.R. 411.

ponderação entre o direito à ampla defesa e o direito à privacidade. A fim de resguardar a privacidade das vítimas de crimes sexuais (mulheres, em sua maioria), e em resposta à referida decisão, o legislador fez passar uma lei, em 1997, que adotava inteiramente a fundamentação contida nos votos vencidos naquela oportunidade, estabelecendo um procedimento bem mais rigoroso para que os acusados tivessem acesso às informações médicas das vítimas.

Em *Mills*, era exatamente a constitucionalidade desta nova norma que estava em questão. Apesar de apenas quatro anos antes a própria Suprema Corte ter considerado que restrições como as estabelecidas naquela lei não seriam um limite justificável ao direito à ampla defesa, e sem que houvesse qualquer fato novo a influenciar sua opinião, nesta segunda oportunidade o resultado do julgamento foi invertido. A decisão não poderia ser mais explícita quanto à deferência feita em favor dos legisladores:

Embora o procedimento que rege a divulgação de registros médico de vítimas de crimes sexuais estabelecido na Lei C-46 divirja significativamente daquele estabelecido no caso *O'Connor*, disso não decorre que a Lei C-46 seja inconstitucional. O Parlamento pode construir sobre a decisão da Corte e desenvolver um esquema diferente, desde que respeite os parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Uma postura de respeito em relação ao Parlamento tem sido adotada pelas cortes. O relacionamento entre cortes e legislatura deve ser de diálogo. As cortes não possuem o monopólio da proteção e promoção dos direitos e liberdades. O Parlamento também desempenha um papel a esse respeito e frequentemente está apto a agir como um aliado significativo de grupos vulneráveis, especialmente no contexto da violência sexual.³⁹⁸

(...)

Insistir em uma conformidade servil [à decisão proferida em *O'Connor*] iria de encontro ao respeito mútuo que sustenta as relações entre os tribunais e os legisladores e que tão essencial é à nossa democracia constitucional.³⁹⁹

Uma decisão como essa, independentemente de se concordar ou não com o seu mérito, é difícil de ser justificada, senão pelo fato de que os tribunais se viram

³⁹⁸ R. v. Mills, [1999] 3 S.C.R. 668, tradução livre. No original: “*Although the procedure governing the production of private records of complainants in sexual assault proceedings set out in Bill C-46 differs significantly from the O’Connor regime, it does not follow that Bill C-46 is unconstitutional. Parliament may build on the Court’s decision, and develop a different scheme as long as it meets the required constitutional standards. A posture of respect towards Parliament has been adopted by the courts. The relationship between the courts and the legislature should be one of dialogue. The courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms. Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups, especially in the context of sexual violence.*”

³⁹⁹ R. v. Mills, [1999] 3 S.C.R. 668, par. 55, tradução livre. No original: “[i]nsister sur une conformité servile [à la solution proposée dans *O’Connor*] irait à l’encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle.”

impressionados com o poder que, de uma hora para outra, passaram a ter. Talvez isso ocorra porque no Canadá a adoção de uma declaração de direitos não foi fruto de uma revolta contra um regime opressor, de uma revolução ou algo do gênero, diferentemente de outros países que optaram por entrincheirar direitos após a 2ª Guerra ou durante a transição de regimes autoritários para regimes democráticos.⁴⁰⁰

Ainda assim, causa, no mínimo, certa estranheza esse passo atrás dado pelo judiciário canadense. O fato de a Suprema Corte ter-se curvado à ponderação feita pelo legislador não parece compatível com a função constitucionalmente atribuída àquele poder – dizer, à luz dos casos levados diante de si, se as normas ordinárias estão ou não em conformidade com a Carta. A estranheza é ainda maior quando se sabe que o legislativo dispõe de um mecanismo que o permite ultrapassar decisões judiciais com as quais não concorde, desde que atendidas a certas exigências, previsto no artigo 33 da Carta, que se passa a analisar.

5.1.2

Artigo 33: A cláusula não obstante

A inclusão do artigo 1º na Carta de Direitos e Liberdades canadense, autorizando expressamente ao legislador estabelecer limites justificáveis aos direitos nela prevista, não foi o único mecanismo utilizado para convencer o legislador canadense a aprovar um instrumento que, inegavelmente, reforçava o poder do judiciário em detrimento do seu próprio. Um segundo dispositivo foi apresentado como capaz de salvaguardar a supremacia do legislador na definição e aplicação dos direitos fundamentais: trata-se do artigo 33 da Carta, que prevê o que ficou conhecido como “cláusula não obstante” e que possui a seguinte redação:

Exceção quando houver declaração expressa

33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província podem expressamente declarar em uma lei federal ou provincial, conforme o caso, que a referida lei será aplicável não obstante disposição contida na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.

Aplicabilidade da exceção

⁴⁰⁰ Neste sentido, WEINRIB, Lorraine. “‘This New Democracy...’ Justice Iacobucci and Canada's Rights Revolution”, p. 412-414.

(2) Uma lei federal ou ato normativo a respeito do qual tenha sido editada uma declaração de que ele é aplicável, na forma prevista nesta seção, deve ser aplicado como se não existisse a disposição da Carta referida na declaração.

Limitação de cinco anos

(3) Uma declaração feita na forma da subseção (1) perderá seus efeitos cinco anos após a sua entrada em vigor ou em outra data anterior fixada na declaração.

Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura provincial podem reeditar a declaração prevista na subseção (1).

Limitação de cinco anos

(5) A Subseção (3) é aplicável à reedição prevista na subseção (4).

Como se nota, a cláusula não obstante permite que o legislador, seja ele federal ou provincial, possa determinar a aplicação de uma lei, mesmo que ela contrarie alguns dos direitos previstos na Carta. Para tanto, a lei deve conter uma declaração de que ela é aplicável, não obstante tal contrariedade, permanecendo esta declaração válida por, no máximo, cinco anos. Expirado este prazo, o legislador pode -lo, seguindo o mesmo procedimento a cada reedição.

Tal dispositivo foi imaginado como um artefato que deveria ser invocado apenas de forma excepcional, dada a primazia que os direitos fundamentais supostamente deveriam ter no novo sistema constitucional. Mas não foi o que ocorreu nos primeiros anos de vigência da Carta.

A província de Québec, que, lembre-se, recusara-se a ratificar a Carta, ainda em 1982 fez passar uma lei, intitulada *An Act Respecting Constitution Act*, por meio da qual declarava-se que todas as leis quebequenses seriam aplicáveis, não obstante eventual contrariedade entre elas e a Carta. Além disso, foi estabelecido efeito retroativo para esta disposição legal, de forma a ser aplicada desde a entrada em vigor da Carta (17 de abril de 1982). Ficava clara, assim, a recusa de Québec em se submeter aos ditames de uma declaração de direitos que não havia ratificado.⁴⁰¹

Colocaram-se, então, as primeiras grandes questões que deveriam ser enfrentadas pela Suprema Corte acerca da interpretação correta do artigo 33: deveria ele ser lido de forma mais restritiva, autorizando apenas restrições a normas específicas e que indicassem precisamente qual o dispositivo da Carta que

⁴⁰¹ Sobre o assunto, ver GRESCHNER, D. e NORMAN, K. “The Courts and Section 33”, p. 161-162.

se considerava afastado (como o próprio texto do artigo 33 parece sugerir) ou de forma ampliativa, concedendo ao legislador um poder genérico de afastar a aplicação da Carta? É possível sua utilização de forma preventiva, ou seja, antes que a norma em questão seja declarada inconstitucional, ou deve se esperar a manifestação jurisdicional? É possível que a cláusula não obstante seja invocada de forma retroativa? Tais indagações não demoraram a ser levantadas perante o judiciário.⁴⁰²

Nos tribunais quebequenses, as questões tiveram resultados distintos: enquanto o *Québec Superior Court* entendeu que a utilização de forma genérica do artigo 33 era admissível, a *Québec Court of Appeal* reformou tal decisão, entendendo que os requisitos colocados pelo artigo 33 não tinham sido atendidos.⁴⁰³ Antes que a constitucionalidade da lei fosse apreciada pela Suprema Corte canadense, o prazo de vigência de 5 anos da cláusula não obstante expirou, o que fez com que o principal tribunal do país só se manifestasse a respeito dessas importantes questões alguns anos depois, em 1988, no julgamento do caso *Ford v. Québec*⁴⁰⁴, que será analisado adiante.

A segunda província a fazer uso da cláusula não obstante foi Saskatchewan, em 1984.⁴⁰⁵ Na ocasião, o legislador da província editou uma lei que determinava o retorno ao trabalho de empregados do setor de laticínios que se encontravam em greve, fazendo nela incluir a cláusula não obstante. Apesar de não haver previsão do direito de greve na Carta, havia o temor de que a Corte Suprema entendesse que seu exercício estaria implicitamente assegurado por força da liberdade de associação, esta sim expressamente protegida pela Carta.

Segundo os sindicatos, o direito de livre associação não incluiria apenas o direito de se associar, mas também de praticar qualquer conduta essencial para se alcançar os objetivos da associação em questão. Este argumento, que fora refutado na primeira instância (*Court of Queen's Bench*), teve sucesso na segunda (*Court*

⁴⁰² EARLE, C. S. "The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal", p. 1368, nota de rodapé 47.

⁴⁰³ O caso em questão era *Alliance des Professeurs de Montreal v. Attorney-General of Que.*, 21 D.L.R. 4th. 354 (Que. C.A. 1985)

⁴⁰⁴ EARLE, C. S., op. cit., p. 1368.

⁴⁰⁵ Na verdade, uma lei denominada *Land Planning and Development Act*, da província de Yukon, chegou a ser editada, ainda em 1982, com a cláusula não obstante inserida. Esta lei, no entanto, jamais entrou em vigor, razão pela qual não chega a configurar a primeira invocação do dispositivo fora de Québec. Ver, a respeito, JOHANSEN, D. e ROSEN, P. "The notwithstanding clause of the Charter".

of Appeal) e, temendo novo insucesso perante a Suprema Corte, levou o legislador a incluir o dispositivo “não obstante” de forma preventiva.⁴⁰⁶ Apesar de ter sido invocado, o artigo 33 acabou mostrando-se desnecessário, uma vez que a Suprema Corte terminou por entender compatível com a Carta a legislação que determinava a volta ao trabalho.⁴⁰⁷

Ainda em 1984, a província de Québec novamente fez uso da cláusula não obstante, desta feita para se proteger contra eventuais questionamentos dirigidos a dispositivo contido na Lei 101, que determinava a utilização exclusiva do idioma francês em anúncios publicitários. A constitucionalidade do uso do artigo 33 feito por Québec foi discutida por diversas partes, e os recursos que tratavam do tema foram reunidos na Suprema Corte no julgamento do caso *Ford v. Québec*, em 1988.

O principal argumento consistia na não indicação expressa dos dispositivos da Carta que seriam afastados na aplicação da Lei 101, o que comprovaria, ao menos, que o legislador os teria levado em consideração ao editar a norma impugnada. Mas a Suprema Corte rejeitou o argumento, entendendo que os requisitos para utilização do artigo 33 são meramente formais e teriam sido atendidos pelo legislador quebequense (com exceção da utilização retroativa do artigo 33, que foi rejeitada).⁴⁰⁸

A admissão da utilização do artigo 33 sem que se especificassem os dispositivos da Carta que teriam sido violados, no entanto, não foi suficiente para salvar a Lei 101 da declaração de invalidade: embora ela tivesse sido colocada a salvo de questionamentos baseados na Carta federal, a Suprema Corte reconheceu que ela era também incompatível com a Carta de Direitos e Liberdades do Québec, que não tivera sua aplicação afastada. Esta decisão fez com que a província editasse uma nova lei, em 1989 (Lei 178), que previa a obrigatoriedade dos anúncios externos serem redigidos em francês, mas admitia que aqueles afixados dentro dos estabelecimentos comerciais estivessem em inglês. Esta lei também foi acompanhada da cláusula não obstante, já que, reconhecidamente, não atendia a todas as exigências colocadas pela Suprema Corte para que se limitasse o

⁴⁰⁶ JOHANSEN, D. e ROSEN, P. “The notwithstanding clause of the Charter”, p. 156-157.

⁴⁰⁷ RWDSU v. Saskatchewan, [1987], 1 S.C.R. 460.

⁴⁰⁸ EARLE, C. S. “The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal”, p. 1371.

direito à liberdade de expressão em nome da proteção ao idioma francês de forma legítima.

Em 1993, após expirar o prazo de vigência da cláusula não obstante inserida na Lei 178, o legislador preferiu não déia -la e, em vez disso, editou um novo ato normativo, a Lei 86. Esta lei significou uma aproximação entre o legislador provincial e a Suprema Corte federal, pois determinava que os anúncios poderiam ser redigidos nas duas línguas, exigindo, apenas, que o francês fosse predominante. Esta havia sido uma sugestão feita pela própria Suprema Corte no julgamento anterior, ao discorrer sobre a possibilidade de se restringir a liberdade de expressão em nome da proteção ao idioma francês. Com isso, finalmente, tornou-se desnecessária a utilização da cláusula não obstante. Além disso, a resposta dada pelo legislador passou a ser vista como um exemplo de diálogo institucional e da forma como legisladores e juízes poderiam atuar em conjunto na proteção a direitos fundamentais.⁴⁰⁹

A última tentativa de utilização da cláusula não obstante por uma província canadense aconteceu em 2000, quando estava em discussão o reconhecimento de casamentos por casais homossexuais no Canadá. A província de Alberta, ao aprovar a Lei 202, que estabelecia uma definição de casamento como sendo união exclusivamente entre pessoas do sexo oposto, invocou o artigo 33 a fim de déia f-la contra questionamentos baseados no direito à igualdade previsto na Carta. No entanto, em 2004 a Suprema Corte analisou a questão por meio de uma consulta formulada pelo governo federal, tendo decidido que a competência para legislar sobre casamento é federal. Desta forma, a utilização do artigo 33 foi inócua, haja vista a incompetência do legislador provincial para tratar daquela matéria.⁴¹⁰

Em resumo, a experiência canadense com a cláusula não obstante desde a sua instituição, em 1982, foi bastante reduzida. Das cinco ocasiões em que ela foi invocada, em três oportunidades não produziu qualquer efeito: pelas províncias de Yukon, porque a lei na qual a disposição foi inserida não chegou a ser aplicada, pela de Saskatchewan, porque a lei depois foi declarada constitucional, e pela de

⁴⁰⁹ HOGG, P. e BUSHELL, A. “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn’t Such A Bad Thing After All)”.

⁴¹⁰ *Reference re Same-Sex Marriage* 3 S.C.R (2004). Ver também SNOW, D. “Notwithstanding The Override: Path Dependence, Section 33, And The Charter”, p. 5 e nota de rodapé 31.

Alberta, porque a lei foi declarada inconstitucional não por violar a Carta, mas sim a repartição de competências estabelecida no *Constitution Act, 1867*. E, nas duas vezes em que a cláusula teve aplicação, ambas pela província de Québec, a reação política foi bastante vigorosa e, esgotado o período de vigência do artigo 33, o legislador optou por não dá-lo.

5.1.3

Diálogo entre legisladores e juízes por meio da *common law*

Os artigos 1º e 33 da Carta são os dois dispositivos que, no contexto político de convencimento das províncias para que elas aceitassem a edição da nova norma constitucional, foram inseridos textualmente como uma tentativa de atribuir ao judiciário um papel relevante na aplicação dos direitos fundamentais, sem que isso implicasse a ruptura com a tradição de supremacia parlamentar herdada dos ingleses. Há, no entanto, três outras formas de interação entre legisladores e juízes sobre o significado dos direitos fundamentais que levam a se falar em um “constitucionalismo dialógico”. O primeiro deles é inerente à estrutura do sistema de fontes do direito na *common law*, que leva naturalmente a um debate entre juízes e legisladores na elaboração e aperfeiçoamento das regras jurídicas.⁴¹¹

Isso ocorre porque a *common law* possui um sistema de fontes diferente daquele utilizado no sistema romano-germânico, em que a lei ocupa o espaço de indiscutível primazia dentre as fontes do direito. Nela, a jurisprudência (que é a *common law* propriamente dita) é a forma mais comum de produção das regras jurídicas, restando às leis (*statutes* ou *Acts of Parliament*) um papel complementar, muitas vezes utilizado para corrigir ou alterar a *common law*, quando entender o legislador ser necessário dá-lo. Como destaca René David,

(...) O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes dá-las-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admita e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada a interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta interpretação e esta aplicação. Na Inglaterra citar-

⁴¹¹ Sobre o tema, consultar ROACH, K. “Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures”, in *The Canadian Bar Review/La Revue du Barreau Canadien*, vol. LXXX, 2001.

se-ão, logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial.⁴¹²

Isso significa que a jurisprudência, de fato, é a principal fonte do direito nos sistemas de *common law*. Mas as últimas décadas demonstram uma verdadeira inflação legislativa, com a elaboração de *statutes* sobre temas antes regidos pela *common law*. Além disso, o princípio da supremacia do legislador faz com que sempre que houver uma norma editada pelo Parlamento, esta deverá prevalecer sobre as regras criadas pelos juízes e tribunais. Com isso, é bastante comum haver normas editadas com o propósito específico de alterar um entendimento afirmado pela *common law*, o que pode ser classificado como uma espécie de diálogo institucional, ainda que não elevado ao patamar constitucional.⁴¹³

Ao mesmo tempo que os legisladores de sistema jurídicos da *common law* podem reagir aos precedentes judiciais por meio da edição de uma lei, os juízes irão interpretar as leis a partir de algumas presunções que servirão como guias para uma conversa sobre a importância de valores fundamentais dos quais o legislador possa ter-se afastado.⁴¹⁴

No entanto, Kent Roach assinala que a experiência dialógica teve início bem antes, por meio de outra forma de interação entre juízes e legisladores que, embora não tivesse como pano de fundo um ato normativo dotado de supremacia e rigidez (como a Carta), já trazia em si a essência, para ele inerente à *common law*, do modelo conversacional.⁴¹⁵

Segundo o professor da Universidade de Toronto, os tribunais, através da interpretação de atos legislativos, demonstravam, de longa data, preocupação em afirmar seu papel na proteção a direitos que, ainda que não entrincheirados em um documento normativo de valor superior, eram reconhecidos como fundamentais e, portanto, merecedores de especial atenção por parte de juízes e legisladores. A

⁴¹² DAVID, R. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 434.

⁴¹³ ROACH, K. "Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures".

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 508.

⁴¹⁵ *Id.*, *ibid.*

principal ferramenta para tal desenvolvimento consiste em determinadas presunções aplicáveis ao ato de interpretação da lei.⁴¹⁶

Tais presunções foram sistematizadas por um artigo seminal no direito constitucional canadense, publicado em 1938, de autoria de John Willis.⁴¹⁷ Segundo o autor, a interpretação dos atos legislativos pelos juízes canadenses não é feita exclusivamente através do recurso às tradicionais regras de interpretação desenvolvidas por juristas de *common law*.⁴¹⁸ Já no início do século XX, observava-se um crescimento da atividade legislativa em países ligados àquele sistema jurídico, além de uma mudança na forma como as leis costumavam ser redigidas (passando a conter mais enunciados gerais e abstratos). Para lidar com esse tipo de ato normativo, os juízes desenvolveram uma série de presunções interpretativas.⁴¹⁹

Ao surgirem, tais presunções eram uma forma de os juízes buscarem se aproximar da intenção do legislador, em respeito à doutrina da supremacia do Parlamento. No entanto, quando a atividade legislativa começou a invadir áreas em que até então o Estado mantinha-se afastado, interferindo com determinados valores considerados fundamentais pelos tribunais, a finalidade de sua aplicação mudou e as presunções começaram a servir como obstáculos às intenções do Parlamento. Willis chega a afirmar que tais presunções configurariam uma espécie de “Declaração de Direitos” ou de “constituição ideal” para ingleses e canadenses.⁴²⁰

O texto de 1938 identifica três áreas em que houvera expansão da atividade legislativa e, conseqüentemente, desenvolvimento das referidas presunções como freio judicial à vontade do Parlamento: leis de reforma social, direito

⁴¹⁶ Ibid., p. 508, de onde se destaca, em tradução livre; “*As cortes usam presunções para iniciar um debate sobre a importância de valores fundamentais e para requerer pronunciamentos claros e deliberação democrática sempre que o legislador se afastar dos valores que os tribunais consideram fundamentais*”. No original: “*The courts use presumptions to start a conversation about the importance of fundamental values and to require clear statements and democratic debates when the legislature departs from the values that the court deems fundamental*”.

⁴¹⁷ WILLIS, J. “Statute interpretation in a Nutshell”.

⁴¹⁸ Ibid., p. 9-16. As três principais regras são (i) *plain (literal) meaning*, que leva em consideração o significado literal das palavras empregadas pelo legislador, (ii) *golden rule*, que busca afastar resultados absurdos obtidos a partir da interpretação literal, e (iii) *mischief rule*, que tem por objetivo identificar qual o defeito da *common law* que o legislador quis corrigir com a edição daquela norma.

⁴¹⁹ Ibid., *passim*.

⁴²⁰ Ibid., p. 17.

sancionatório e leis tributárias. Em cada uma delas, determinadas presunções (como a que milita contra a retirada de um direito assegurado pela *common law*, a que proíbe a expropriação sem a devida compensação, a que impede que o acesso aos tribunais seja obstaculizado, etc.) impedem que o legislador atinja o objetivo por ele desejado.⁴²¹

Apesar do tom crítico que o texto de Willis possui em relação às presunções, Kent Roach destaca que, com o passar dos anos, elas se atualizaram e passaram a desempenhar uma nova e importante função no direito canadense. Nas palavras do autor:

As presunções de interpretação legislativa que Willis identificou em 1938 foram modernizadas para levar em conta o papel do estado positivo e a preocupação pós-Guerra sobre direitos humanos. As presunções modernas assumem que as leis devem, na ausência de pronunciamentos claros em sentido contrário, ser interpretadas de uma forma consistente com a Carta, o direito internacional, os direitos dos indígenas, os códigos de direitos humanos e outros valores constitucionais que vão além dos princípios do *laissez-faire* que Willis identificara nas antigas presunções. Como será visto adiante, a Carta continua com essa tradição e constitui a presunção definitiva de que as legislaturas respeitarão tais direitos, a menos que elas claramente articulem e justifiquem restrições e limites a eles impostos.⁴²²

5.1.4

Consultas à Suprema Corte

Diferente do que ocorre nos Estados Unidos, onde a doutrina do *case or controversy*, derivada do artigo 3º da Constituição, impede que a Suprema Corte analise questões abstratas, o sistema jurídico canadense permite que o Executivo formule consultas (*references*) sobre questões constitucionais diretamente à Suprema Corte. Ela funciona, assim, como um órgão opinativo, cuja decisão,

⁴²¹ Ibid., p. 20-27.

⁴²² ROACH, K. “Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures”, p. 507-508, tradução livre. No original: “*The presumptions of statutory interpretation that Willis identified in 1938 have been modernized to take into account the role of the positive state and the post War concern about human rights. Modern presumptions suggest that statutes should, in the absence of clear statements to the contrary, be interpreted in a manner consistent with the Charter, international law, Aboriginal and treaty rights, human rights codes, the rule of law and other constitutional values more than the laissez faire values that Willis identified with the ancient presumptions. As will be argued in the next section, the Charter continues this tradition and constitutes the ultimate presumption that legislatures will respect rights unless they clearly articulate and justify departures and limitations on them.*”

tomada por meio desta via, não possui caráter vinculante. Este procedimento teve origem na lei que criou a Suprema Corte canadense, ainda no século XIX.⁴²³

No Canadá, o funcionamento da Suprema Corte como um órgão consultivo não é visto como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, mas sim como uma oportunidade para se incrementar o debate sobre questões importantes, muitas vezes ligadas ao princípio federativo ou à proteção aos direitos e liberdades garantidos pela Carta. Como assinalam James Huffman e Mardilyn Saathof,

A experiência canadense ao longo do último século sugere que opiniões consultivas podem ser benéficas. De fato, sobre questões fundamentais de organização constitucional e do poder do governo, o caráter abstrato dos procedimentos consultivos oferece vantagens sobre a solução por meio do procedimento adversarial tradicional de resolução de casos concretos.⁴²⁴

Desde o primeiro caso, julgado em 1874, a Suprema Corte canadense já analisou mais de uma centena de consultas formuladas pelo Gabinete federal. Algumas das mais recentes merecem referência, por fomentarem a metáfora do diálogo institucional no âmbito do direito constitucional canadense e pela relevância jurídico-política que tiveram naquela sociedade.

A primeira consulta que merece destaque é *Reference re a Resolution to amend the Constitution*,⁴²⁵ também conhecida como *Patriation Reference*, tanto pela importância da matéria colocada diante da Suprema Corte como pela abordagem marcante das convenções constitucionais, que seguiu de perto a definição de Dicey sobre o tema.⁴²⁶ A consulta em questão foi formulada em 1981, durante os intensos debates que precederam a aprovação do *Constitution Act, 1982*. Na verdade, o governo federal concordou em formular diversas questões à Suprema Corte que haviam sido levantadas por províncias que, até então, eram contrárias à aprovação do novo texto constitucional.

⁴²³ Supreme and Exchequer Court Act, 1875, citado por MCEVOY, J. "Separation of Powers and the Reference Power: Is there a right to refuse?", p. 431.

⁴²⁴ HUFFMAN, J. L. e SAATHOFF, M. "Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction", p. 1251, tradução livre. No original: "The Canadian experience over the last century suggests that advisory opinions can prove beneficial. Indeed, on fundamental questions of constitutional organization and governmental power, the abstract character of advisory proceedings offers advantages over the concrete setting of traditional adversary proceedings."

⁴²⁵ [1981] 1 S.C.R. 753

⁴²⁶ Ver 4.2.3, supra.

As principais questões levantadas foram as seguintes: (i) se existe alguma convenção constitucional que exija o consentimento das províncias para a aprovação de uma emenda que interfira nos seus respectivos direitos e poderes constitucionalmente atribuídos; e (ii) se é constitucionalmente exigido o consentimento das províncias para a aprovação de uma emenda à constituição que modifique a relação entre o governo federal e as províncias, além dos direitos e poderes a elas conferidos pelo texto original.

A Suprema Corte respondeu, por maioria, afirmando que não existe nenhuma regra no direito constitucional canadense que determine a necessidade de consentimento das províncias para a aprovação da referida emenda à constituição. No entanto, o princípio democrático, aceito no Canadá como uma convenção constitucional (embora não como uma regra integrante do direito constitucional), sugeriria ser necessário um apoio substancial (a Corte não se pronunciou a respeito de quantas das dez províncias deveriam apoiar a emenda) para que tal modificação fosse implementada, embora esta norma não possa ser judicialmente imposta, como deixa clara a seguinte passagem do acórdão:

O principal propósito das convenções constitucionais é assegurar que o arcabouço jurídico da constituição será operado de acordo com os princípios e valores prevalentes na época. Por exemplo, o valor constitucional que é o pivô das convenções mencionadas acima e que se relaciona com o governo responsável é o princípio democrático: os poderes do estado devem ser exercidos de acordo com os desejos do eleitorado, e o princípio ou valor constitucional que embasa as convenções que regem o relacionamento entre os membros da *Commonwealth* é o da independência das antigas colônias britânicas.

Baseando-se nos costumes e precedentes, convenções constitucionais são geralmente regras não escritas. Algumas delas, contudo, podem ser redigidas por escrito e expressadas em procedimentos e documentos de conferências imperiais, ou no preâmbulo de leis como o *Statute of Westminster, 1931*, ou nos procedimentos e documentos de conferências federal-provinciais. Elas são geralmente referidas e reconhecidas por declarações feitas por membros de governos.

As regras convencionais da constituição apresentam uma peculiaridade marcante. Diferentemente do direito constitucional, elas não são aplicáveis pelos tribunais. Uma razão para isso é que, diferente das regras da *common law*, as convenções não são criadas por juízes. Elas não se baseiam em precedentes judiciais, mas em precedentes estabelecidos pelas instituições do próprio governo. Nem elas possuem a natureza de regras legais, que os tribunais têm por função e dever fazer aplicar. Além disso, déia -las judicialmente significaria impor alguma sanção formal em caso de descumprimento. Mas o sistema jurídico do qual elas fazem parte não contempla sanções formais em caso de violação.⁴²⁷

⁴²⁷ [1981] 1 S.C.R. 753, p. 880, tradução livre. No original: “The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period. For example,

Apesar de a conclusão da Suprema Corte negar a possibilidade de anulação da emenda por não existir o apoio substancial exigido pelo princípio democrático (apenas as províncias de Ontário e Nova Brunswick, à época, apoiavam a emenda), o alerta de que haveria uma violação a uma norma convencional foi suficiente para que a decisão fosse fortemente criticada, sob o argumento de que a Corte teria invadido a esfera da política.⁴²⁸

E, a despeito da inexistência de um remédio jurisdicional efetivo contra a aprovação da emenda, fato é que as negociações com as demais províncias foram retomadas após a resposta da Suprema Corte. Abandonou-se, assim, a tentativa de impor a nova norma constitucional pelo governo central, mesmo sem o consentimento dos entes federativos. Mas, ainda com novas rodadas de negociação, a unanimidade não foi alcançada, já que Québec permaneceu recusando-se a ratificar a emenda.

Uma vez conquistado o apoio das nove demais províncias, Québec propôs uma nova consulta, agora a respeito da existência de um suposto poder de veto daquela província para a aprovação de tal emenda à constituição canadense. A consulta foi formulada perante a Corte de Apelação do Québec, haja vista tratar-se de questionamento formulado pela província. Em abril de 1982, foi dada resposta negativa ao questionamento formulado. A Suprema Corte, em dezembro de 1982,

the constitutional value which is the pivot of the conventions stated above and relating to responsible government is the democratic principle: the powers of the state must be exercised in accordance with the wishes of the electorate; and the constitutional value or principle which anchors the conventions regulating the relationship between the members of the Commonwealth is the independence of the former British colonies.

Being based on custom and precedent, constitutional conventions are usually unwritten rules. Some of them, however, may be reduced to writing and expressed in the proceedings and documents of imperial conferences, or in the preamble of statutes such as the Statute of Westminster, 1931, or in the proceedings and documents of federal-provincial conferences. They are often referred to and recognized in statements made by members of governments.

The conventional rules of the constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the constitution, they are not enforced by the courts. One reason for this situation is that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach.”

⁴²⁸ Para um sumário das críticas feitas à época, ver DODEK, A. M. “Courting Constitutional Danger: Constitutional Conventions and the Legacy of the Patriation Reference”, p. 118 e segs.

quando o *Constitution Act, 1982* já se encontrava em vigor, decidiu a questão de forma definitiva, ratificando a opinião do tribunal quebequense.⁴²⁹

Com isso, Peter Russell parece ter razão ao afirmar que “*é difícil encontrar outra democracia constitucional cuja corte suprema tenha sido chamada a decidir uma questão tão crucial em meio a uma mega batalha constitucional sobre o futuro do país*”.⁴³⁰ E essa não foi a única vez em que o principal tribunal canadense opinou sobre uma questão fundamental para a permanência da federação com seu desenho constitucional: logo ele seria provocado a se manifestar, também pelo procedimento de *reference*, sobre o desejo de secessão de Québec.

Assim que o *Parti Québécois* venceu as eleições parlamentares, em 1976, a bandeira da independência daquela província passou a ser defendida com força. Em 1980 foi realizado um plebiscito a esse respeito, no qual 59,56% da população votaram pela permanência na federação canadense. Um segundo referendo teve lugar em 1995, e mais uma vez, agora por uma margem ainda mais apertada de votos (50,58%), prevaleceu a vontade da maioria do povo quebequense de permanecer fazendo parte do Canadá.

A fim de frear o movimento de secessão, o primeiro-ministro Jean Chrétien decidiu formular as seguintes questões para a Suprema Corte responder, em caráter opinativo: (i) a Constituição canadense permite que o governo de Québec efetue a secessão unilateralmente?; (ii) o direito internacional (sob o argumento da autodeterminação) permite ao governo quebequense a secessão unilateral?; e (iii) em caso de conflito entre o direito constitucional e o direito internacional a esse respeito, qual terá prevalência?

Mais uma vez, a Suprema Corte recorreu às convenções constitucionais para elaborar sua resposta. Tratando do direito constitucional canadense, a Corte, em decisão unânime, asseverou que

A Constituição é mais do que um texto escrito. Ela abrange todo o sistema de regras e princípios que regem o exercício da autoridade constitucional. Uma leitura superficial de determinadas normas da constituição escrita, sem mais, pode criar

⁴²⁹ [1982] 2 S.C.R. 793

⁴³⁰ RUSSEL, P. H. “The Patriation and Quebec Veto References: The Supreme Court Wrestles with the Political Part of the Constitution”, p. 69, tradução livre. No original: “*Indeed, it is difficult to find any other constitutional democracy whose highest court has been called upon to render such a crucial decision in the midst of a mega constitutional struggle over the future of the country.*”

confusão. É necessário investigar de forma mais profunda os princípios subjacentes à toda a Constituição, incluindo os princípios do federalismo, da democracia, do constitucionalismo e do estado de direito [*rule of law*] e o respeito pelas minorias.(...)

(...) Argumentos em apoio desse direito [de secessão unilateral] são principalmente baseados no princípio democrático. Mas a democracia, contudo, significa mais do que a simples regra da maioria. (...) A Constituição favorece a ordem e a estabilidade, e, da mesma forma, a secessão de uma província não pode ser conquistada unilateralmente, ou seja, sem uma negociação fundamentada com os outros participantes da Confederação no atual panorama constitucional.

Nossas instituições democráticas necessariamente acomodam um processo contínuo de discussão e evolução, que se reflete no direito constitucional de cada participante da federação de deflagrar a mudança constitucional. Este direito implica um dever recíproco dos demais participantes de se engajarem em discussões para decidir sobre qualquer iniciativa legítima para mudar a ordem constitucional. Uma votação claramente majoritária do povo quebequense a favor da secessão conferiria legitimidade democrática para tal iniciativa, que teria de ser reconhecida por todos os demais participantes da Confederação.⁴³¹

A respeito do questionamento baseado no direito internacional, a Suprema Corte afirmou que não haveria um direito à secessão unilateral, mas que a separação *de facto* poderia vir a ser reconhecida pela comunidade internacional. E, por entender que não haveria conflito entre o regramento internacional e o doméstico, deixou de responder à terceira questão proposta.

⁴³¹ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, tradução livre. No original (sem supressões): “*The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event that a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.*”

The Court in this Reference is required to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Arguments in support of the existence of such a right were primarily based on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values. Since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economic, social, political and cultural) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession of a province "under the Constitution" could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.”

Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

Nesta decisão, diferente do que ocorrera nas consultas a respeito da ratificação da constituição, a Suprema Corte procurou não oferecer uma resposta conclusiva a partir das convenções constitucionais envolvidas na questão. Tendo afirmado que não existiria um direito à secessão unilateral, mas que o apoio maciço da população quebequense conferiria legitimidade a uma negociação de tal processo, a decisão agradou tanto ao primeiro-ministro federal (Jean Chrétien), contrário à secessão, como ao primeiro-ministro de Québec (Lucien Bouchard), favorável a ela.

No plano acadêmico, há quem entenda que a Suprema Corte foi mais hábil ao lidar com a secessão de Québec do que com a questão do consentimento daquela província para a aprovação de emenda constitucional. Neste sentido, Nathalie Dé Rosiers afirma que a Corte teria agido como um fórum de debate público, e não como responsável por ditar as regras aplicáveis à disputa entre o governo federal e a província.⁴³² Há, no entanto, quem entenda que a Corte, por razões ideológicas, teria dado prevalência aos princípios da democracia e da proteção às minorias, em detrimento do federalismo e do constitucionalismo e estado de direito.⁴³³

Não é apenas em questões federativas que a Suprema Corte teve a oportunidade de opinar a respeito de importantes questões constitucionais. Também em relação a direitos e liberdades assegurados pela Carta sua atuação foi provocada pelo processo de consultas em algumas oportunidades. A mais importante delas, provavelmente, deu-se na discussão acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A primeira vez que a Suprema Corte decidiu a respeito de tal questão foi em 1999, por ocasião do julgamento do caso *M. v. H.*,⁴³⁴ em que não se discutia o casamento, mas apenas as uniões estáveis homoafetivas. Na oportunidade, entendeu-se que não estender a casais homoafetivos a mesma proteção conferida pela *common law* às uniões entre homem e mulher seria inconsistente com o princípio da igualdade, protegido pelo artigo 15 da Carta. A possibilidade de se

⁴³² DES ROSIERS, N. “From Quebec Veto to Quebec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Quebec-Canada Disputes”.

⁴³³ Neste sentido, ver BEHIELS, M. D. “Canada’s Supreme Court, Constitutional Principles, and the 1998 Quebec Secession Reference Case: New Wine in a Very Old Bottle”, p. 2.

⁴³⁴ [1999] 2 S.C.R. 3 (Can.).

reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, no entanto, não foi discutida, por não ter sido colocada em disputa.⁴³⁵

A respeito do casamento propriamente dito, sua definição estava contida apenas na *common law*, ou seja, não existia um conceito legal de casamento. Tal definição fora afirmada em um julgado de 1866, que falava em “*união vitalícia voluntária entre um homem e uma mulher*”.⁴³⁶ Em diversos casos, no entanto, essa definição fora questionada, sob o argumento de que, por não incluir os casais formados por pessoas do mesmo sexo, ela estaria em desacordo com o direito à igualdade, assegurado pela Carta. Embora já houvesse decisões proferidas por judiciários provinciais reconhecendo o direito ao casamento homoafetivo,⁴³⁷ continuava inexistindo tratamento da matéria pelo Parlamento federal.

A fim de evitar os inevitáveis questionamentos sobre a constitucionalidade de norma que autorizasse o casamento homoafetivo, o governo federal optou por formular uma consulta à Suprema Corte antes que o projeto de lei sobre tal assunto fosse votado. Foram elaborados quatro questionamentos: (i) o projeto de lei está incluído na competência do Parlamento?; (ii) a extensão da capacidade para se casar a pessoas do mesmo sexo é consistente com a Carta?; (iii) a Carta protege padres, pastores, rabinos e outros religiosos contra a obrigação de serem obrigados a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo?; e (iv) a exigência de sexos opostos para o casamento, contida na *common law* e no direito civil quebequense, é compatível com a Carta?⁴³⁸

A Suprema Corte respondeu afirmativamente à primeira pergunta, já que a competência para legislar sobre casamento e divórcio é expressamente atribuída ao Parlamento federal pelo *Constitution Act, 1867*. Mas o tribunal foi além desse aspecto formal e acrescentou, em resposta a grupos religiosos que sustentavam que a constituição teria incorporado o conceito de casamento previsto na *common law*, que tal conceito não seria estático, e que a constituição deve ser vista como uma árvore viva, capaz de crescer e se transformar junto com a sociedade.⁴³⁹

⁴³⁵ Cf. ELLIOTT, R. D. “The Canadian Earthquake: Same-sex Marriage in Canada”.

⁴³⁶ Hyde v. Hyde (1866), L.R. 1 P. & D. 130, tradução livre. No original: “*the voluntary union for life of one man and one woman.*”

⁴³⁷ Ver, especialmente, a decisão da Corte de Apelação de Ontário no caso *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2003), 65 O.R. (3d) 161 (C.A.).

⁴³⁸ *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] SCC 79.

⁴³⁹ *Ibid.*, destacando-se: “O raciocínio de ‘conceitos congelados’ é contrário a um dos princípios mais fundamentais da interpretação constitucional canadense: que nossa constituição é uma

À segunda questão, sobre a consistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo com a Carta, a Corte respondeu afirmativamente. Além de destacar sua compatibilidade com o artigo 15, que assegura o direito à igualdade, o tribunal refutou o argumento, levantado por grupos religiosos, de que o reconhecimento de tais uniões entraria em conflito com a liberdade de religião, também protegida pela Carta (artigo 2, 'a'). Embora tenha reconhecido a existência de potencial conflito entre os dois valores, salientou-se que esse conflito deveria ser resolvido por meio de um sopesamento interno, e não da negação de um dos dois direitos envolvidos.

A liberdade de religião (artigo 2, 'a'), por sua vez, foi reconhecida como apta a assegurar aos religiosos o direito de não se verem obrigados a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Por esta razão, também a questão 3 formulada foi respondida afirmativamente.

A Suprema Corte, em relação à questão 4, preferiu exercer a prerrogativa de não responder ao que lhe fora indagado.⁴⁴⁰ Para tanto, apresentou três justificativas: primeiramente, porque diversas decisões dos tribunais das províncias reconheciam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e porque o governo já havia sinalizado que iria adiante com o projeto de lei, independentemente da resposta à consulta. Assim, a opinião da Suprema Corte não teria qualquer propósito jurídico. Em segundo lugar, porque as decisões que haviam reconhecido tal direito criaram expectativa para os casais homoafetivos por elas beneficiados, de forma que a interferência da Suprema Corte nesses casos poderia gerar insegurança jurídica. E, finalmente, porque a resposta poderia comprometer os esforços do governo federal de conferir um tratamento uniforme à questão em todo o país.

A Suprema Corte canadense teve, portanto, papel importante no reconhecimento dos direitos dos homossexuais naquele país. Apesar de

árvore viva que, por meio da interpretação progressiva, acomoda e se aplica às realidades da vida moderna”, tradução livre. No original: “*The “frozen concepts” reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life.*” Sobre a visão da Constituição como uma árvore viva, ver PEACH, I. et al. (eds.). *A Living Tree: The Legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*.

⁴⁴⁰ Sobre a existência do direito a recusar-se a responder às consultas formuladas pelo Executivo, ver McEVOY, J. “Separation of Powers and the Reference Power: Is there a right to refuse?”.

importante, seu papel não foi desempenhado de forma exclusiva, pois o governo federal já deflagrara o processo de reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo e utilizou o processo de consultas apenas como uma forma de solidificar seu entendimento – favorável a tais uniões – e de evitar questionamentos judiciais posteriores. E a Corte, ao formular suas respostas, preocupou-se em manter a atmosfera dialógica na interpretação dos direitos e liberdades assegurados pela Carta.

5.1.5

Técnicas decisórias

Uma das dificuldades com a ideia de diálogo institucional é saber se ela deve levar o judiciário a uma postura de autocontenção, demonstrando maior respeito ao legislativo, ou se, ao contrário, ele deve adotar uma postura ativista, considerando haver a possibilidade de reação por parte do legislador, caso este discorde de seu posicionamento.⁴⁴¹ O emprego alternado de duas técnicas decisórias pela Suprema Corte canadense ilustra bem o desafio: ora o tribunal emprega uma interpretação aditiva (*reading in*), com forte conotação ativista, ora emite declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*delayed* ou *suspended declarations of unconstitutionality*), vistas como um exercício de autocontenção.

Na primeira vez em que empregou a metáfora do diálogo para justificar o exercício do *judicial review*, a Suprema Corte do Canadá encontrava-se diante do seguinte caso: a lei denominada *Individual Rights Protection Act* (IRPA), da província de Alberta, trazia uma série de motivos pelos quais não se admitiria discriminação contra cidadãos. A lista constante da norma incluía raça, crença religiosa, cor da pele, sexo, estado civil, idade, ascendência ou local de nascimento. Não incluía, no entanto, a orientação sexual.

Um professor universitário (Delwin Vriend) fora demitido de seu cargo por ter revelado ser homossexual. Alegando que o IRPA violaria o artigo 15 da Carta, que protege o direito à igualdade, Vriend buscou anular o ato de demissão,

⁴⁴¹ Para uma exposição dessa dubiedade e uma crítica à conduta de autocontenção, ver LECLAIR, J. “Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien”.

primeiramente, perante o Conselho de Direitos Humanos de Alberta. Este Conselho, alegando que a orientação sexual não era uma das causas ilícitas de discriminação previstas no IRPA, negou o pedido de Vriend. Ele, então, recorreu à *Court of Queen's Bench* de Alberta, onde conseguiu a anulação da demissão em decorrência da violação da Carta. Este tribunal empregou uma técnica decisória conhecida no Canadá como *reading in* (interpretação aditiva),⁴⁴² por meio da qual afirmou-se que, embora não estivesse textualmente inserida no IRPA, este ato normativo deveria ser lido como se tal critério ali estivesse presente, por força do direito à igualdade assegurado pela Carta.

Evidentemente, o argumento democrático pode ser invocado para se criticar a decisão, pois, supostamente, não caberia aos juízes inserir a discriminação por orientação sexual no texto aprovado pelo legislador – inclusive porque a inclusão da orientação sexual fora discutida durante os debates parlamentares. A *Alberta Court of Appeal*, no entanto, apegou-se a um argumento ainda mais formalista para derrubar a decisão da *Court of Queen's Bench*: na medida em que o IRPA seria uma norma neutra, não se dirigindo especificamente a heterossexuais ou homossexuais, teria assegurado igual tratamento a todos os cidadãos de Alberta e, portanto, seria compatível com a Carta.⁴⁴³

O caso, então, foi levado à Suprema Corte, onde a incompatibilidade entre o IRPA e a Carta foi reconhecida por todos os seus integrantes. O emprego do *reading in*, que havia sido determinado pela *Court of Queen's Bench*, também foi aceito pelo principal tribunal canadense, que o justificou utilizando a metáfora do diálogo.⁴⁴⁴ O ministro Iacobucci defendeu, ao tratar do remédio adequado ao caso concreto, que a palavra da Suprema Corte não seria definitiva, pois a Carta, por meio do artigo 33, permitiria que o legislador de Alberta superasse a decisão

⁴⁴² A expressão original em francês é *interprétation élargie*. A tradução literal seria “ampliada” ou “alargada”, mas optou-se pela expressão aditiva por conta do significado jurídico pretendido. Ao mencionar a *interprétation élargie*, o que se quer descrever é uma técnica de decisão empregada pela Corte Suprema canadense que possibilita o acréscimo judicial à legislação elaborada pelo parlamento. Na jurisprudência do STF, esta técnica é geralmente empregada com o nome de “sentença aditiva”. A fim de preservar o significado original, optou-se pela expressão “interpretação aditiva”, que pode ser utilizada para designar a técnica decisória de forma mais ampla.

⁴⁴³ *Vriend et al. v. Alberta*, 132 D.L.R. (4th) 595, [1996]

⁴⁴⁴ *Vriend v Alberta*, 156 D.L.R. (4th) 385, [1999]. Ver, especialmente, os parágrafos 134 a 139 da decisão.

daquele tribunal e excluísse, em caráter definitivo, a orientação sexual dos critérios ilícitos de discriminação previstos no IRPA:

138. Da forma como eu vejo a questão, a Carta originou uma interação mais dinâmica entre os poderes do governo. Esta interação tem sido corretamente descrita como um “diálogo” por alguns (ver, e.g., HOGG e BUSHELL, *supra*). Ao rever atos do legislativo e do executivo, a fim de assegurar sua constitucionalidade, as cortes falam para os poderes legislativo e executivo. Como tem sido apontado, a maior parte da legislação declarada inconstitucional tem sido substituída por novas leis, elaboradas para atingir finalidades semelhantes (veja-se HOGG e BUSHELL, *supra*, p. 82). Ao fazer isso, a legislatura responde aos tribunais, daí o diálogo entre os poderes.

139. Para mim, um grande valor do *judicial review* e desse diálogo entre os poderes é que cada poder é controlado, de alguma forma, pelo outro. O trabalho da legislatura é revisado pelos tribunais, e o legislador pode reagir às decisões proferidas pelos tribunais aprovando novas leis (ou mesmo sobrepujar leis com o emprego do artigo 33 da Carta). Este diálogo e responsividade de cada um dos poderes tem por efeito o aperfeiçoamento do processo democrático, e não sua negação.⁴⁴⁵

Visto sob essa perspectiva, o diálogo institucional originado pelo artigo 33 da Carta justificaria o emprego do *reading in*, ou seja, de uma postura mais ativista pela Suprema Corte. Em outras oportunidades, no entanto, a mesma idéia de diálogo foi empregada para justificar uma postura de autocontenção, que pode ser exemplificada pela utilização de uma técnica decisória inversa à interpretação aditiva: a declaração suspensa de inconstitucionalidade, por meio da qual a Suprema Corte pronuncia a inconstitucionalidade da norma, mas permite que ela continue produzindo efeitos por um determinado período de tempo.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ *Vriend v Alberta*, 156 D.L.R. (4th) 385, [1999], tradução livre. No original: “138. As I view the matter, the Charter has given rise to a more dynamic interaction among the branches of governance. This interaction has been aptly described as a “dialogue” by some (see e.g. Hogg and Bushell, *supra*). In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.

139. In my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the Charter). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.”

⁴⁴⁶ Algumas técnicas decisórias empregadas pelo STF podem ser comparadas à declaração suspensa de constitucionalidade: quando se emprega a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou quando se utiliza a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Sobre tais técnicas, ver LEAL, S. T. *Controle de Constitucionalidade Moderno*, cap. 24.

A primeira e uma das mais interessantes oportunidades em que essa técnica foi empregada deu-se por ocasião do caso *Reference re: Manitoba Language Rights*,⁴⁴⁷ julgado em 1985. O que se discutia naquela oportunidade não era a inconstitucionalidade de uma norma específica, mas sim de todas as leis editadas pela província de Manitoba a partir de 1890, haja vista terem sido redigidas exclusivamente em inglês, contrariando, assim, o *Manitoba Act*, de 1870, que previa que todas as leis editadas pela província fossem redigidas tanto em inglês como em francês.⁴⁴⁸

Uma questão preliminar importante é que o *Manitoba Act* foi incorporado ao *Constitution Act, 1867*, em 1871. Ele possui, portanto, a supremacia que caracteriza as normas constitucionais. Com isso, havia um mandamento constitucional de que as normas legislativas daquele ente federativo fossem dadas em francês. No entanto, a partir da adoção da língua inglesa como oficial, que se deu por meio do *Official Language Act, 1890*, a legislação local passou a ser redigida exclusivamente em inglês. Ou seja, havia conflito entre uma lei ordinária (*Official Language Act, 1890*) e uma norma constitucional (*Constitution Act, 1867*).

O problema é que o princípio da supremacia constitucional, neste caso particular, entrava em conflito com a *Rule of Law*.⁴⁴⁹ Isso porque a invalidação repentina de todos os atos legislativos editado ao longo de praticamente um século provocaria, indubitavelmente, o caos jurídico. Como assinala a opinião da Corte,

A dificuldade com o fato de que as leis redigidas apenas em um idioma pelo legislativo do Manitoba devam ser declaradas inválidas e, portanto, ineficazes, é que, sem ir muito longe, seria criado um vácuo legislativo, com o que se dá o caos jurídico na Província de Manitoba.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ [1985] 1 SCR 721.

⁴⁴⁸ Como a questão foi colocada perante a Suprema Corte sob a forma de uma consulta, a resposta não poderia, por si só, invalidar as normas editadas exclusivamente em inglês pela província de Manitoba. No entanto, duas das questões colocadas indagavam expressamente se as leis editadas naquelas condições seriam inválidas e, neste caso, não seriam aplicáveis. Além disso, o precedente poderia ser invocado para embasar repetidas arguições de inconstitucionalidade. Portanto, a Suprema Corte teve de lidar expressamente com a questão dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁴⁹ Entre nós, provavelmente seria invocado o princípio da segurança jurídica para justificar a violação a valor constitucional. Este conceito, no entanto, é compreendido entre os canadenses como implícito na *rule of law*.

⁴⁵⁰ *Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, parágrafo 55, tradução livre. No original: “The difficulty with the fact that the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba must be declared invalid and of no force or effect is that, without going further, a legal vacuum will be created with consequent legal chaos in the Province of Manitoba. The Manitoba Legislature has, since 1890, enacted nearly all of its laws in English only”.

A saída encontrada para conciliar os princípios em colisão foi declarar a inconstitucionalidade das leis redigidas exclusivamente em inglês (por força da supremacia da constituição) mas, ao mesmo tempo, suspender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isso pelo prazo mínimo necessário para que o legislador de Manitoba procedesse aos ajustes necessários na legislação, editando versões francófonas de todos aqueles atos (o que salvaguardaria o princípio da *Rule of Law*).⁴⁵¹

Um segundo bom exemplo de utilização da suspensão da declaração de inconstitucionalidade ocorreu no caso *Corbiere*.⁴⁵² Na oportunidade, estava em discussão a constitucionalidade de um dispositivo do *Indian Act*, uma lei federal que reconhecia o direito de voto nas eleições tribais apenas aos moradores das comunidades indígenas (art. 77, (1)). John Corbiere, integrante da tribo Batchewana, mas não residente na comunidade, decidiu questionar a compatibilidade desta regra como artigo 15 da Carta, que assegura o direito à igualdade.

Também nesta decisão a metáfora do diálogo foi invocada de forma a justificar a resposta dada pela Suprema Corte. Ao afirmar existirem diversas formas de alteração do regime por meio das quais os direitos dos integrantes das tribos poderiam ser reconhecidos, o tribunal optou por provocar o Parlamento a consultar as tribos afetadas e, a partir daí, alterar a legislação de forma a atender aos ditames da Carta. Segundo a decisão,

O princípio da democracia subjaz a Constituição e a Carta, e é um dos fatores importantes para guiar o exercício da discricionariedade judicial acerca dos remédios adequados ao caso. Este princípio favorece remédios que permitam a ocorrência de um processo democrático de consulta e diálogo. No artigo de P. W. Hogg e A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997), 35 Osgoode Hall L.J. 75, os autores caracterizam o *judicial review* sob a Carta como um “diálogo” entre cortes e legisladores. Os remédios conferidos pela Carta devem, nos casos apropriados, encorajar e facilitar a inclusão desse diálogo entre grupos particularmente afetados pela legislação. Ao determinar o remédio apropriado, a corte deve considerar o seu efeito sobre o processo democrático, compreendido de forma ampla, e encorajar este processo.⁴⁵³

⁴⁵¹ A decisão guarda semelhança com a saída encontrada pelo STF no julgamento das ADIs 2240/BA, 3216/MT, 3489/SC e 3689/PA.

⁴⁵² *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203

⁴⁵³ *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, par. 116, tradução livre. No original: “The principle of democracy underlies the Constitution and the Charter, and is one of the important factors guiding the exercise of a court’s remedial discretion. It encourages

E, com base no princípio democrático, a Suprema Corte entendeu que o trecho do *Indian Act* que restringia o direito de voto nas eleições tribais aos integrantes residentes na comunidade deveria ser declarado inválido, mas que esta declaração deveria permanecer suspensa por 18 (dezoito) meses. Este foi o período que a Corte entendeu necessário para que o Parlamento promovesse o processo de consulta às tribos acima mencionado e, então, modificasse a legislação pertinente.⁴⁵⁴ E, embora reconheça que manter a validade de uma norma inconstitucional seja algo grave, a saída é vista como a melhor forma de “corporificar os princípios do respeito aos direitos da Carta e do respeito à democracia, que devem guiar as considerações sobre o remédio aplicável”.⁴⁵⁵

É interessante notar que, mesmo com o prazo de 18 meses fixado pela Suprema Corte, o *Indian Act* até hoje não foi modificado. No entanto, desde então as tribos que não possuem processos costumeiros de eleição têm permitido a participação de não residentes nas suas eleições.⁴⁵⁶

Como se pode notar, e da mesma forma que ocorre com o uso do artigo 1º da Carta, a Suprema Corte emprega técnicas que levam a resultados opostos (*reading in* ou suspensão; ativismo ou autocontenção) procurando justificar sua atuação, em ambos os casos, com recurso à ideia de diálogo. E, assim como Lorraine Weinrib e Jean Leclair parecem ter razão ao pontar a impropriedade de se utilizar o artigo 1º como justificativa para a autocontenção (ver 5.1.1, supra), Kent Roach e Sujit Choudhry corretamente assinalam que a utilização indiscriminada das declarações de inconstitucionalidade suspensas ameaça colocar em riscos direitos individuais – ainda mais quando se lembra que o Canadá, seguindo a tradição da *common law*, exerce o *judicial review* majoritariamente de forma concreta (excetuado o procedimento de consultas, já analisado). Nas palavras dos autores,

remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur. In P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997), 35 Osgoode Hall L.J. 75, the authors characterize judicial review under the Charter as a “dialogue” between courts and legislatures. The remedies granted under the Charter should, in appropriate cases, encourage and facilitate the inclusion in that dialogue of groups particularly affected by legislation. In determining the appropriate remedy, a court should consider the effect of its order on the democratic process, understood in a broad way, and encourage that process.”

⁴⁵⁴ *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, par. 118.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, par. 119.

⁴⁵⁶ YOUNG, J. “*Corbiere v. Canada (1999)*”.

(...) tem havido alguns casos em que litigantes bem sucedidos em casos envolvendo a aplicação da Carta não receberam remédios tangíveis porque as cortes utilizaram os novos mecanismos de suspender as declarações de invalidade e por causa das regras prospectivas que devolvem aos legisladores questões complexas ligadas a remédios.⁴⁵⁷

O temor dos autores é que a prática de autocontenção, em nome da deferência ao legislador, impeça detentores de direitos protegidos pela Carta de dá-los de forma adequada. Neste ponto, a comparação com a postura do judiciário brasileiro no que tange ao controle de constitucionalidade das omissões legislativas, notadamente pela via do mandado de injunção, parece bastante pertinente.

5.2

Expansão do controle fraco para outros países da *Commonwealth*

O Canadá foi o primeiro país da *Commonwealth* a adotar um mecanismo de controle fraco de constitucionalidade. No entanto, não foi o único. Ao contrário, depois da experiência canadense, os principais países ligados à *common law* que seguiram a tradição inglesa de supremacia parlamentar (e não a estadunidense, baseada no modelo federativo e na supremacia da constituição) debruçaram-se diante daquele novo modelo, mais brando, de controle jurisdicional de constitucionalidade e, ao discutirem a aprovação de declarações de direitos fundamentais, decidiram utilizar ferramentas semelhantes. Foi este o caso das três nações a seguir analisadas.

5.2.1

Reino Unido – o *Human Rights Act, 1998*

Já se viu no capítulo 4 que, diferentemente dos Estados Unidos, a partir da elaboração da Constituição de 1787, e da Europa continental, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, o Reino Unido jamais optou pelo entrincheiramento de

⁴⁵⁷ ROACH, K.; CHOUDHRY, S. “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies”, p. 252, tradução livre. No original: “*there have been some cases in which successful Charter litigants have not received tangible remedies because the courts have used the new devices of suspended declarations of invalidity and prospective rulings to remand complex remedial issues to the legislatures.*”

direitos tidos por fundamentais em textos legais dotados de supremacia e rigidez. Ali os direitos continuaram sendo reconhecidos como um produto da *common law* e do legislador soberano, e, por isso mesmo, sempre estiveram ao alcance de ambos para possíveis alterações em seu conteúdo.

Como salienta Bogdanor, as declarações de direitos inglesas procuravam proteger o Parlamento (soberano) contra a interferência real, enquanto a constituição norte-americana teria por objetivo proteger os cidadãos contra seus próprios compatriotas. O que se buscava impedir, nos EUA, era a tirania da maioria sobre as minorias, daí a escolha pelo entrincheiramento de direitos em um documento resguardado contra a simples vontade política majoritária em determinado momento. Até 1998, não havia nada semelhante no Reino Unido.⁴⁵⁸

Mas a concepção de que o Parlamento e os juízes resguardariam adequadamente os direitos individuais contra a atuação dos agentes estatais começou a entrar em declínio ao longo da segunda metade do século XX. Com o incremento dos índices educacionais e a transformação do Reino Unido de uma sociedade razoavelmente homogênea para um território multicultural, a consciência da importância (ou mesmo necessidade) de se protegerem direitos de minorias de forma mais rígida fez com que aumentasse o apoio à elaboração de uma declaração de direitos nos moldes do constitucionalismo jurídico.⁴⁵⁹

Duas razões podem ser apontadas para esta transformação no pensamento britânico. Além da consolidação do modelo jurídico de proteção a direitos como hegemônico e da déia fic percepção de que ele ofereceria garantias mais firmes do que o indefinido conceito de “direitos da *common law*”,⁴⁶⁰ a ratificação da Convenção déia fi de Direitos Humanos (“CEDH”), com a déia fica submissão daquele país à jurisdição da Corte déia fi de Direitos Humanos (“CtEDH”), sediada em Estrasburgo, também contribuiu de forma decisiva.

Sobre este segundo ponto, vale notar que o Reino Unido ratificou, em 1951, a CEDH. Esta Convenção prevê, em seu artigo 19, a jurisdição da CtEDH para

⁴⁵⁸ ROACH, K.; CHOUDHRY, S. “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies”, p. 53-54.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 54-56.

⁴⁶⁰ CLAYTON, R. e TOMLINSON, H. *The Law of Human Rights*, vol. I, p. 41 e segs., onde há um extenso inventário da defesa, especialmente pelo Lorde Scarman, da adoção do HRA.

fiscalizar seu cumprimento pelos estados signatários. Isso significa que, no plano internacional, o Reino Unido havia se comprometido a respeitar os direitos fundamentais previstos na Convenção, inclusive sob pena de sanções, aplicáveis pela CtEDH.⁴⁶¹ Como de fato, um cidadão britânico que tivesse um direito seu previsto na CEDH violado poderia recorrer à Corte de Estrasburgo, mas não a um tribunal de seu próprio país.⁴⁶²

Isso porque a CEDH não foi elaborada no âmbito da Comunidade de fato (hoje União de fato), e sim no Conselho da Europa. Por isso, suas normas não possuíam, ao contrário das normas provenientes do direito comunitário, supremacia em relação ao direito interno e aplicabilidade direta. Assim, os juízes permaneciam obrigados a aplicar as leis elaboradas pelo Parlamento inglês, mesmo quando conflitantes com normas da CEDH, haja vista a doutrina da soberania do legislador e a falta de incorporação formal da Convenção pelo direito inglês.⁴⁶³ Mas, a partir do momento em que se permitiu que violações a direitos previstos naquela Convenção levadas à CtEDH (o direito de petição individual foi reconhecido pelo Reino Unido em 1961), o crescente número de condenações impostas ao país o pressionou a finalmente incorporar a Convenção ao seu direito interno.⁴⁶⁴

Foi, portanto, como uma tentativa de resolver a contradição acima mencionada e de, ao mesmo tempo, reduzir o número de condenações sofridas pela Grã-Bretanha na CtEDH que a CEDH finalmente passou a ser reconhecida como parte do direito inglês, por meio da aprovação do HRA⁴⁶⁵. Mas a internalização de uma declaração de direitos fundamentais não seguiu o modelo tradicional, em que se reconhece ao Judiciário o papel de fiscalizar, em caráter definitivo, se os atos legislativos estariam de acordo com tais direitos.

⁴⁶¹ Vale notar que até 1965 o Reino Unido não reconhecia o direito de petição à Corte Europeia aos seus cidadãos. Cf. CLAYTON, R. e TOMLINSON, H. *The Law of Human Rights*, p. 42.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 58.

⁴⁶³ BOGDANOR, Vernon, *The New British Constitution*, p. 57 e segs.

⁴⁶⁴ Em CLAYTON, R. e TOMLINSON, H. *The Law of Human Rights*, vol. II, p. xix-xxxiv, há uma lista com as condenações sofridas pelo Reino Unido até o ano 2000.

⁴⁶⁵ Como destacado no preâmbulo do próprio HRA, trata-se de “*Uma lei para conferir eficácia aos direitos e liberdades garantidas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos*” (tradução livre). No original: “*An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights*”.

Ao contrário, foi rejeitada a idéia de implementar um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, por fic-lo incoerente com os fundamentos históricos do direito insular.⁴⁶⁶ Em resumo, a simples incorporação do HRA, com *status* de lei ordinária, não seria suficiente para assegurar a posição de supremacia que se desejava conferir aos direitos ali protegidos, mas, por outro lado, a adoção do controle forte de constitucionalidade parecia incompatível com a tradição constitucional inglesa. Como destacam Clayton e Tomlinson,

Sempre que a questão sobre a elaboração de uma declaração de direitos no direito inglês era discutida, seus proponentes enfrentavam a dificuldade imposta pela doutrina da soberania parlamentar, que permite ao Parlamento revogar os direitos humanos pela via legislativa.⁴⁶⁷

Na tentativa de conciliar os dois princípios (proteção aos direitos fundamentais e supremacia parlamentar), o HRA criou mecanismos que permitem falar em uma forma de controle fraco de constitucionalidade, em que a responsabilidade é compartilhada por legisladores e juízes, sem que estes tenham a última palavra. Como salienta Dominic McGoldrick, “*o resultado foi uma solução sofisticada, por meio da qual o Parlamento permanece fazendo as leis e os juízes as interpretando, mas agora ambos devendo fazer isso de acordo com o HRA*”.⁴⁶⁸

Foram três os mecanismos desenvolvidos pelo HRA como tentativa de conciliar a proteção a direitos fundamentais com a supremacia parlamentar própria do direito inglês: (i) exigência de um exame prévio, exercido pelo governo, da compatibilidade de qualquer proposta de lei com o HRA; (ii) uma obrigação interpretativa (*interpretive obligation*), de forma que qualquer lei – anterior ou posterior ao HRA – seja interpretada de forma a tentar fi-la

⁴⁶⁶ Em BELLAMY, R. *Political constitutionalism and the Human Rights Act* pode ser encontrada uma interessante defesa da manutenção do princípio da supremacia do Parlamento mesmo após a aprovação do HRA. Em resposta ao texto de Bellamy, ver CRAIG, P. *Political constitutionalism and the judicial role: a response*.

⁴⁶⁷ CLAYTON, R. e TOMLINSON, H. *The Law of Human Rights*, vol. I, p. 51, tradução livre. No original: “*Whenever the question of enacting a bill of rights into English law was discussed, its proponents faced the difficulty that the doctrine of parliamentary sovereignty enabled Parliament to legislate human rights out of existence.*”

⁴⁶⁸ MCGOLDRICK, D. “*The United Kingdom Human Rights Act 1998 in Theory and in Practice*”, p. 906, tradução livre. No original: “*The result was a sophisticated solution under which Parliament still formally makes the law and the judges interpret it, but now they must do so in accordance with the HRA*”.

com os direitos ali garantidos; e (iii) a possibilidade de emissão de declarações de incompatibilidade (*declarations of incompatibility*) por parte de tribunais britânicos, ainda que estas não prejudiquem a validade das leis declaradas incompatíveis com o HRA.

5.2.1.1

Afirmação de compatibilidade

O primeiro mecanismo a ser analisado não consiste propriamente em uma forma de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis britânicas. Trata-se, mais precisamente, de uma forma de fiscalização política e preventiva de compatibilidade das leis com o HRA. No entanto, dada a sua importância no desenho geral das ferramentas que pretendem atribuir ao HRA supremacia em relação à legislação ordinária, é oportuno escrever algumas linhas sobre ele.

O dispositivo está previsto no artigo 19 do HRA, que possui a seguinte redação:

Art. 19. Afirmação de compatibilidade

(1) Um Ministro da Coroa encarregado de um Projeto de Lei em qualquer das casas do Parlamento deve, antes de se proceder à segunda leitura do Projeto:

(a) afirmar que, sob o seu ponto de vista, as provisões do Projeto são compatíveis com os direitos da Convenção (uma “afirmação de compatibilidade”); ou

(b) afirmar que, embora ele não possa pronunciar a incompatibilidade, o governo ainda assim deseja que a Casa prossiga com a votação.

(2) A afirmação deve ser feita por escrito e publicada na forma que o Ministro considerar apropriada.

A afirmação de compatibilidade não pode ser objeto de fiscalização, tratando-se de ato puramente político.⁴⁶⁹ Apesar de ser feita pelo Ministro responsável pelo projeto de lei, foi instituída, em 2001, uma comissão mista sobre direitos humanos (*Joint Committee on Human Rights* ou “JCHR”) com a tarefa de deá f-lo na análise da compatibilidade entre os projetos de leis submetidos ao Parlamento e o HRA.

⁴⁶⁹ CLAYTON, R. e TOMLINSON, H. *The Law of Human Rights*, p. 174.

David Feldman, que integrou a primeira Comissão formada no Reino Unido, afirma que seu objetivo é favorecer a discussão sobre o respeito aos direitos humanos na esfera parlamentar. Para ele, a obrigação de se emitir uma afirmação de compatibilidade da legislação ordinária com o HRA permite não apenas uma maior e melhor reflexão sobre esses temas, mas também a participação sistêmica de especialistas em direitos humanos, ONGs e da sociedade em geral. Isso faz parte de um processo necessário – tendo em vista a inexistência de mecanismos mais efetivos de controle – de introdução dos direitos humanos no processo político, no qual o JCHR exerce importante papel.⁴⁷⁰

5.2.1.2

Obrigação interpretativa

O segundo mecanismo por meio do qual o HRA busca impor o respeito aos direitos humanos pelos tribunais britânicos está previsto no seu artigo 3º e consiste em uma obrigação interpretativa, dirigida aos juízes, para que busquem sempre atribuir às normas ordinárias um significado que as compatibilize com os direitos e garantias protegidos pelo HRA.⁴⁷¹ A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 3º Interpretação da legislação

(1) Na medida do possível, a legislação primária e a secundária devem ser interpretadas e aplicadas de forma compatível com os direitos da Convenção.

(2) Este artigo

(a) aplica-se à legislação primária e à legislação subordinada,⁴⁷² qualquer que tenha sido o momento de sua elaboração;

(b) não afeta a validade, eficácia ou aplicabilidade de qualquer legislação primária incompatível;

obter não afeta a validade, eficácia ou aplicabilidade de qualquer legislação subordinada (a despeito da possibilidade de revogação) se a legislação primária impedir a remoção da incompatibilidade.⁴⁷³

⁴⁷⁰ FELDMAN, D. “The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process”, p. 114.

⁴⁷¹ Sobre o art. 3º do HRA, consultar ALLAN, T. R. S. “Parliament’s Will and the Justice of the Common Law: The Human Rights Act in Constitutional Perspective”.

⁴⁷² O artigo 21 do HRA diferencia entre legislação primária, que vem a ser aquela proveniente do Parlamento de Westminster, e a legislação subordinada, que é aquela proveniente do Parlamento da Escócia, da Assembleia do País de Gales ou da Assembleia da Irlanda do Norte ou os atos de natureza regulamentar.

⁴⁷³ Tradução livre. No original:

A obrigação interpretativa, portanto, não atribui às cortes britânicas o poder de invalidar a legislação incompatível com o HRA. Logo, não há que se falar em implantação do controle forte de constitucionalidade,⁴⁷⁴ ao menos com base no artigo 3º daquele diploma. Caso uma norma não possa ser interpretada de maneira compatível com o que determina a CEDH, isto não prejudicará a sua aplicabilidade no direito interno.

Assim, muito embora os tribunais tenham o dever de interpretar a legislação britânica de maneira que a compatibilize com os direitos humanos assegurados, há limites a esta tarefa, como deixa claro a expressão “na medida do possível”. De acordo com McGoldrick, o efeito do artigo é criar uma presunção relativa em favor de uma interpretação consistente com os direitos da CEDH, mas sem que isso permita aos juízes realizar interpretações impossíveis. Os limites colocados aos aplicadores revelam uma grande preocupação com a possibilidade de invasão da competência do legislador, o que não deve ocorrer. Assim, nos casos em que não houver uma interpretação que possa compatibilizar a norma britânica com a CEDH, a Seção 3 não poderá ser utilizada.⁴⁷⁵

Aileen Kavanagh destaca que um dos primeiros princípios a serem afirmados na aplicação do artigo 3º pelas cortes britânicas é que se trata de um princípio interpretativo, e não legislativo. Portanto, os juízes devem se limitar a atribuir significado às normas legislativas, mas não inovar no direito, sob pena de

3 Interpretation of legislation.

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section—

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and

(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.

⁴⁷⁴ Cumpre destacar que, em geral, ao adotar o controle de constitucionalidade, o que se permite às cortes é exercer um exame de compatibilidade entre o direito infraconstitucional e o direito constitucional, em decorrência do princípio da supremacia da constituição. No caso britânico, o controle jurisdicional não seria propriamente de constitucionalidade, já que o que se examina é a compatibilidade das normas ordinárias com o *Human Rights Act* (e, indiretamente, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos), sendo certo que tal documento possui, assim, alguma superioridade em relação aos demais atos normativos, sem que se caracterize como norma constitucional. Mas o parâmetro de aferição de compatibilidade é distinto do que comumente ocorre.

⁴⁷⁵ MCGOLDRICK, D., “The United Kingdom Human Rights Act 1998 in Theory and in Practice”, p. 915-916.

agir de forma ilegítima. Apesar de questionar se o limite entre uma tarefa e outra possa ser facilmente encontrado, a autora destaca que tal distinção tornou-se bastante popular nos primeiros anos de vigência do HRA.⁴⁷⁶

A tarefa interpretativa determinada pelo artigo 3º do HRA pode ser dividida em duas etapas. A primeira delas consiste em uma interpretação natural, evidente, destinada a aferir se a legislação em questão é compatível, *prima facie*, com o HRA. Se a resposta for afirmativa, não haverá necessidade de utilização de qualquer ferramenta especial prevista pelo próprio HRA.⁴⁷⁷

Já se houver uma incompatibilidade aparente, o artigo 3º impõe um dever aos juízes encarregados de interpretar as leis de buscar atribuir-lhes um significado que permita a elas ficarem compatíveis com o HRA. Kavanagh chama esta forma de interpretação de “transformadora”. Há aí uma tarefa positiva para os juízes, de buscar meios para remover a infração ao HRA da norma impugnada por meio da interpretação.⁴⁷⁸

É possível, no entanto, que não seja possível compatibilizar a legislação elaborada pelo Parlamento com o HRA. Quando nem mesmo formas criativas de interpretação forem capazes de cumprir tal tarefa, não restará alternativa a não ser reconhecer a incompatibilidade. Mas, distanciando-se do modelo forte de fiscalização de constitucionalidade das leis, tal reconhecimento por órgãos jurisdicionais britânicos não lhes autoriza a pronunciar a invalidade da lei, sequer a deixar de aplicá-la no caso concreto. O que eles poderão fazer é empregar o artigo 4º do HRA.

5.2.1.3

Declarações de incompatibilidade

Quando a obrigação interpretativa não for suficiente para resolver a incompatibilidade entre uma lei ou ato regulamentar e o HRA, alguns tribunais

⁴⁷⁶ KAVANAGH, A. “The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998”. Cabe destacar que a autora ressalta tratar-se de uma distinção difícil especialmente no campo da *common law*, no qual os juízes e tribunais estão acostumados a criar, modificar e mesmo revogar regras jurídicas (p. 266)

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 275.

⁴⁷⁸ KAVANAGH, A. “The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998”.

(os de maior hierarquia no direito britânico) poderão fazer uso da prerrogativa estabelecida no artigo 4º do HRA, editando, assim, uma “declaração de incompatibilidade”. O referido dispositivo tem a seguinte redação:

4 Declaração de incompatibilidade

(1) o artigo 2º aplica-se a todos os procedimentos nos quais a corte determine se provisão contida na legislação primária é compatível com algum direito previsto na Convenção.

(2) Se a corte estiver convencida de que a provisão é incompatível com um direito previsto na Convenção, ela poderá editar uma declaração de incompatibilidade.

(3) O artigo 4º aplica-se a qualquer procedimento no qual uma corte determine que uma provisão contida na legislação subordinada, elaborada de acordo com poder conferido pela legislação primária, é compatível com um direito previsto na Convenção.

(4) Se a corte estiver convencida

(a) de que a provisão é incompatível com um direito previsto na Convenção, e

(b) que (a despeito da possibilidade de revogação) a legislação primária em questão impedir a remoção da incompatibilidade, ela poderá editar uma declaração de incompatibilidade.

(5) Neste artigo, “corte” significa:

(a) A *Supreme Court*;

(b) O *Judicial Committee of the Privy Council*;

© A *Court Martial Appeal Court*;

(d) na Escócia, a *High Court of Justiciary*, quando não atuar como instância originária, ou a *Court of Session*;

(e) na Inglaterra, País de Gales ou Irlanda do Norte, a *High Court* ou a *Court of Appeal*.

(f) a *Court of Protection*, em qualquer questão tratada pelo Presidente da *Family Division*, o *Vice-Chancellor* ou um juiz inferior da *High Court*.⁴⁷⁹

(6) Uma declaração nos termos deste artigo (“declaração de incompatibilidade”):

(a) não afeta a validade, eficácia e aplicabilidade da norma a respeito da qual ela é emitida; e

(b) não é vinculante para as partes na ação em que ela é emitida.

A edição desta declaração é um ato discricionário das cortes especificadas e não possui efeitos obrigatórios em relação ao legislativo. Ou seja, ela não tem o poder de invalidar a legislação incompatível com a CEDH⁴⁸⁰ e não é vinculante sequer para as partes envolvidas no litígio no qual ela foi proferida⁴⁸¹. Há, no entanto, dois efeitos importantes produzidos por tal declaração.

⁴⁷⁹ Aqui optou-se por manter os nomes dos órgãos jurisdicionais em sua redação original.

⁴⁸⁰ HRA, art. 4 (6)(a)

⁴⁸¹ HRA, art. 4 (6)(b)

O primeiro é que, muito embora não exista a possibilidade de um tribunal britânico deixar de aplicar a legislação incompatível com o HRA, no plano internacional é possível que a parte prejudicada recorra à Corte de Direitos Humanos, situada em Estrasburgo, a fim de fazer valer o direito violado. E, neste caso, a existência de tal declaração tornará bastante forte o argumento diante daquela corte internacional.⁴⁸²

Além disso, o artigo 10 do HRA permite que o Ministro da Coroa, caso concorde com a declaração, corrija o ato legislativo, de forma a torná-lo compatível com o HRA. Este “atalho” para corrigir a legislação, no entanto, será adotado de acordo com o juízo discricionário do governo, não havendo que se falar em uma obrigação neste sentido. Mas, como destaca Francesca Klug, em todas as 16 oportunidades (até 2007) em que uma declaração de incompatibilidade foi emitida em caráter definitivo pelos tribunais britânicos houve reação do governo alterando, ou se comprometendo a alterar, a norma ou prática considerada contrária ao HRA.⁴⁸³

Desta forma, muito embora a proposta de se criar um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte, nos moldes dos existentes na Alemanha e nos Estados Unidos, tenha sido expressamente rejeitada, não parece exagerado afirmar que o Reino Unido adotou alguma forma de *judicial review*, ao reconhecer aos juízes (ainda que parte deles) um papel central na fiscalização de compatibilidade entre as leis ordinárias e os direitos humanos assegurados no HRA e na CEDH.⁴⁸⁴ Pode-se afirmar, assim, que a Grã Bretanha, a exemplo do Canadá, adotou uma forma fraca de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*).

⁴⁸² Cf. MCGOLDRICK, D. “The United Kingdom Human Rights Act 1998 in Theory and in Practice”, p. 923 e segs. e CLAYTON, R. e TOMLINSON, H. *The Law of Human Rights*, p. 176.

⁴⁸³ KLUG, F. “A Bill of Rights: do we need one or do we already have one?”. Uma consequência possível dessa subserviência do legislativo em relação ao judiciário é explorada por Mark Tushnet, que sugere ser possível que os modelos fracos de controle de constitucionalidade tendam a se degenerar em modelos fortes. Ver, a respeito, TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*.

⁴⁸⁴ KLUG, F. op. cit., p. 924.

5.2.2

Nova Zelândia

Até o início dos anos 1980, havia pouco ou nenhum apoio político para a aprovação de uma declaração de direitos na Nova Zelândia. O panorama começa a mudar apenas com a ratificação da Convenção sobre Direitos Civis e Políticos, em 1978. Os esforços de toda uma década, especialmente do então Ministro da Justiça, Geoffrey Palmer, resultaram na aprovação do *New Zealand Bill of Rights Act* (“NZBORA”), em 1990.⁴⁸⁵

Mas a forte oposição a uma declaração de direitos dotada de supremacia, ou seja, contrária à doutrina da soberania parlamentar, fez com que o modelo adotado pelo NZBORA fosse significativamente mais fraco do que os similares canadense e britânico.⁴⁸⁶ De fato, a declaração neozelandesa sequer é dotada de supremacia em relação aos demais estatutos legais, o que impossibilita a invalidação de normas que contrariem um daqueles direitos fundamentais nela contidos. As disposições-chave para que se entenda o modelo adotado pelo NZBORA são aquelas contidas nos seus artigos 4º, 5º, 6º e 7º:

Art. 4º Não interferência em outros dispositivos

Nenhum tribunal deve, em relação a qualquer norma (tenha sido ela proposta ou aprovada antes ou depois do início da vigência desta Declaração),

- (a) Considerar qualquer provisão implicitamente afastada ou revogada, ou de qualquer forma inválida ou ineficaz,
- (b) Recusar-se a aplicar qualquer dispositivo dessa norma pela única razão de ser ela inconsistente com qualquer dispositivo desta Declaração de Direitos.

Art. 5º Limites justificados

Na forma do artigo 4º desta Declaração, os direitos e liberdades nela contidos podem se sujeitar apenas aos limites razoáveis prescritos pelo direito tal como possa ser demonstravelmente justificado em uma sociedade livre e democrática.

Art. 6º. Preferência da interpretação compatível com a Declaração de Direitos

Sempre que um dispositivo possa ser interpretado de uma forma que seja consistente com os direitos e liberdades reconhecidos por esta Declaração de Direitos, este significado deverá prevalecer sobre qualquer outro.

⁴⁸⁵ Para uma descrição mais detalhada do contexto envolvendo a aprovação do NZBORA, ver ERDOS, D. “Aversive constitutionalism in the Westminster world: The genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)”, p. 345-348 e BUTLER, A. S. “The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain”, p. 324-325.

⁴⁸⁶ Uma proposta de Declaração dotada de supremacia, apresentada pelo Partido Trabalhista, foi rejeitada antes da aprovação do NZBORA. Ver, a respeito, ALLAN, J. “The Rise of Judicial Activism in New Zealand”, p. 467.

Art. 7º. Notificação do Parlamento pelo Procurador Geral quando projetos de lei parecerem contrários à Declaração de Direitos

Quando algum projeto de lei for apresentado à Câmara dos Representantes, o Procurador Geral deverá:

- (a) no caso de um projeto do Governo, no momento de sua propositura; ou
- (b) em qualquer outro caso, assim que viável após a propositura,— chamar a atenção da Câmara dos Representantes sobre qualquer disposição na norma proposta que pareça inconsistente com qualquer dos direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos.⁴⁸⁷

Como se pode notar, a Nova Zelândia fez uma opção deliberada por não adotar uma declaração de direitos com valor hierarquicamente superior às leis ordinárias, fato criticado, inclusive, pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.⁴⁸⁸ O artigo 4º do NZBORA é explícito a respeito da impossibilidade de se negar vigência a qualquer dispositivo normativo sob o argumento de ser ele incompatível com os direitos humanos ali estabelecidos.

Preventivamente, foi atribuído ao Procurador Geral o papel de notificar o Parlamento caso identifique alguma violação a direitos previstos no NZBORA (artigo 7º). Embora semelhante à disposição contida no HRA, há duas diferenças principais: primeiro, há, na Nova Zelândia, o dever de especificar a violação identificada no projeto; segundo, não se trata de uma fase obrigatória do processo legislativo, mas de uma tarefa que será exercida quando se acreditar haver conflito.

⁴⁸⁷ Tradução livre. No original:

“s. 4. - Other enactments not affected. No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),

(a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or

(b) Decline to apply any provision of this enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.

s. 5. Justified limitations. Subject to section 4 of this Bill of Rights, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

s. 6. Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred. Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.

s. 7 Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights. Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,—

(a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or

(b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,—

bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.”

⁴⁸⁸ Cf. BUTLER, P. “15 Years of the NZ Bill of Rights: Time to Celebrate, Time to Reflect, Time to Work Harder?”, p. 1.

O artigo 5º, por sua vez, foi praticamente copiado do artigo 1º da Carta de Direitos e Liberdades canadense de 1982.⁴⁸⁹ Como já visto, a possibilidade de serem estabelecidos limites aos direitos fundamentais foi incluída na Carta como uma forma de deferência ao legislador, e não como tentativa de ampliar a intervenção do judiciário em questões ligadas a tais direitos. À primeira vista, não haveria razões para acreditar que na Nova Zelândia seria diferente – especialmente porque, uma vez que ausente o poder de invalidar normas contrárias ao NZBORA (poder este que o judiciário canadense possui), a verificação dos limites impostos pelos legisladores não poderia ser feita pelos tribunais.

No entanto, em um importante caso julgado em 2007, a Suprema Corte neozelandesa sugeriu que poderia dar uma interpretação mais ampla para o artigo 5º do NZBORA.⁴⁹⁰ Afastando-se da leitura restrita que negava aos tribunais o poder de checar se os limites impostos pelo legislador a direitos fundamentais seriam razoáveis ou não, o juiz Tipping, com base na redação do NZBORA – que exige que a aceitabilidade das restrições seja *demonstrável* – afirma que “*a determinação dessa questão [demonstrabilidade] cabe necessariamente aos tribunais*”.⁴⁹¹

Claro que, dada a prevalência da soberania parlamentar, explícita no artigo 4º do NZBORA, o reconhecimento de tal papel aos tribunais não poderia levar à possibilidade de invalidação de normas incompatíveis com a declaração de direitos. A saída sugerida pelo juiz McGrath seria a emissão de uma “declaração de inconsistência”, similar à prevista no Reino Unido. Como afirmado na decisão,

Em tais casos, a responsabilidade constitucional da Corte é apontar em seu julgamento que ela, baseada no artigo 4º da Declaração de Direitos, aplicou um dispositivo contido em outra norma com ela inconsistente. Os outros poderes não têm obrigação de alterar o direito para corrigir tal inconsistência, mas é de se esperar uma reconsideração por parte deles acerca da legislação inconsistente.⁴⁹²

⁴⁸⁹ ERDOS, D. “Aversive constitutionalism in the Westminster world: The genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)”, p. 346.

⁴⁹⁰ *Hansen v. The Queen* [2007] NZSC 7.

⁴⁹¹ *Hansen v. The Queen* [2007] NZSC, par. 108, tradução livre. No original, sem supressões: “*Parliament has nevertheless given the New Zealand courts a significant review role. That role arises by virtue of s 5, which requires that a limit on a right or freedom be demonstrably justified. Determination of this question necessarily falls to the courts.*”

⁴⁹² *Hansen v. The Queen* [2007] NZSC, par. 108, tradução livre. No original: “*In such instances it is the constitutional responsibility of the court to indicate in its judgment that it has relied on s 4 of the Bill of Rights Act to uphold an inconsistent provision in another statute. Other branches of government are under no obligation to change the law to remedy the*”

Esta decisão não pode ser considerada como um ponto fora da curva, pois, na verdade, desde os anos 1990 já se notava o crescimento de um ativismo judicial favorável a direitos nos tribunais neozelandeses.⁴⁹³ James Allan destaca, com uma visão bastante crítica do fenômeno, que diversos juízes abandonaram a prática de autocontenção herdada dos britânicos, que impõe uma interpretação quase literal das normas jurídicas, em favor de considerações baseadas em justiça e equidade (com prejuízo, para ele, à segurança jurídica e à democracia).⁴⁹⁴

Há, no entanto, quem possua um olhar mais otimista em relação ao avanço do judiciário na proteção dos direitos humanos na Nova Zelândia. É o caso da professora Petra Butler, da Universidade de Wellington, que considera positiva a atuação delineada no caso *Hansen*, que sinalizaria uma possibilidade de instauração de diálogo entre cortes e Parlamento a respeito de tais direitos, com ativa contribuição dos juízes.⁴⁹⁵

Ainda é cedo para saber se o NZBORA será efetivamente capaz de fortalecer o controle jurisdicional de constitucionalidade na Nova Zelândia. O que se pode afirmar com segurança é que, dentre os países que adotaram mecanismos brandos de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade de leis, o arquipélago da Oceania escolheu o mais fraco de todos, pois não atribuiu ao judiciário o poder para anular as normas, como no Canadá, e nem mesmo o poder de emitir declarações de incompatibilidade, como no Reino Unido.

5.2.3

Israel

Ao lado de países integrantes da *Commonwealth*, o constitucionalismo israelense pode ser apontado, ainda quem em medida bastante reduzida, como exemplo de adoção de controle fraco de constitucionalidade. Chama a atenção a *déjà vu* que Israel é atualmente citado como fonte de desenvolvimentos

inconsistency, but it may be expected that there will be a reconsideration by them of the inconsistent legislation.”

⁴⁹³ Ver HARRIS, B. “Judicial Activism and New Zealand’s Appellate Courts”.

⁴⁹⁴ ALLAN, J. “The Rise of Judicial Activism in New Zealand”, p. 465-466.

⁴⁹⁵ BUTLER, P. “15 Years of the NZ Bill of Rights: Time to Celebrate, Time to Reflect, Time to Work Harder?”, p. 31.

acadêmicos e políticos relevantes.⁴⁹⁶ Este destaque surge como uma “revolução constitucional” desenvolvida a partir dos anos 1990, que despertou intenso debate acerca do papel adequado de cada um dos ramos do poder.

O Estado de Israel surgiu politicamente em 1948, como parte dos esforços das Nações Unidas para reorganizar o mundo após o término da 2ª Grande Guerra. Desde o seu surgimento, teve de lutar contra os estados árabes, que se recusaram a reconhecer a sua existência, a despeito de sua admissão na ONU já em 1949.

Politicamente, Israel adota a forma de uma democracia representativa, com um sistema parlamentarista de governo. Nele, o Presidente exerce o papel de Chefe de Estado, com atribuições na maior parte das vezes simbólicas, e o Primeiro Ministro ocupa as chefias de Governo e do Gabinete. O principal órgão representativo é o Parlamento, conhecido como *Knesset*, composto por 120 integrantes eleitos por sufrágio direto e universal.

O estado israelense até hoje não possui uma Constituição escrita. A partir de sua criação, o *Knesset* cuidou de estabelecer as normas de organização do poder em diversas leis, divididas por matéria, que possuem o *status* de normas constitucionais, e que deverão representar, cada uma delas, um dos capítulos da futura constituição israelense. Tais atos podem ser identificados pela expressão que os denomina: *Basic Laws*.⁴⁹⁷

A primeira *Basic Law* foi elaborada em 1958 e trata justamente do principal órgão político israelense: o Parlamento (“*Knesset*”). A partir de então, até o início dos anos 1990 foram aprovados apenas mais oito diplomas, todos eles destinados a cuidar principalmente de aspectos organizacionais do Estado de Israel.

Apesar da denominação de *Basic Laws* (que pode ser traduzida por algo como leis fundamentais), a hierarquia normativa desses atos sempre foi bastante controvertida. Não existe qualquer disposição que assegure sua supremacia em relação às leis ordinárias, embora este valor privilegiado tenha sido afirmado pela Suprema Corte israelense – a *High Court of Justice* (HCJ) – em 1969, na decisão

⁴⁹⁶ Por exemplo, ver HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*; LERNER, H. “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”; BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, post-scriptum*, p. 331

⁴⁹⁷ NAVOT, S. “Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model”.

que é considerada como o *Marbury v. Madison* israelense (inclusive por conta da polêmica que despertou).⁴⁹⁸

A dificuldade em se aprovar uma constituição escrita, e, mais especificamente, disposições relativas a direitos fundamentais, de acordo com Hanna Lerner, deve-se principalmente ao acentuado conflito entre uma visão liberal-secular e os defensores de uma sociedade religiosa, que lutam para encontrar o ponto de equilíbrio em uma sociedade que se define, ao mesmo tempo, como “democrática e judaica”⁴⁹⁹.

O conflito secular-religioso levou a arranjos de repartição de poder⁵⁰⁰ na sociedade israelense, a fim de alcançar uma estabilidade institucional que se amparava na inexistência de decisões definitivas acerca das questões mais controvertidas. Justamente por não haver consenso dentro da sociedade é que se optou por não consolidar escolhas polêmicas em um texto supremo e rígido, deixando para o debate parlamentar a função de definir, provisoriamente (a cada legislatura, pelo menos), as regras fundamentais da sociedade.⁵⁰¹

Por esta razão, o primeiro *Knesset* abriu mão de sua função de *déia* *fic* constituinte, aprovando uma resolução, conhecida como Compromisso Harari (em homenagem ao deputado Haim Harari, que a propôs), segundo a qual caberia ao Comitê Constitucional de Direito e Justiça elaborar separadamente os capítulos da futura Constituição israelense e *déi*-los à votação do *Knesset* à medida que estivessem prontos.

O Compromisso Harari, desta maneira, foi capaz de pacificar o conflito entre os partidos religiosos, que defendiam a supremacia da Halacha, a lei judaica, sobre qualquer sistema jurídico elaborado pelo Estado, e os partidos seculares, que defendiam a separação entre religião e Estado em Israel. A estabilidade foi conquistada por meio da não adoção de uma constituição escrita, reflexo da necessidade de se evitar decisões definitivas (ou, pelo menos, compromissos de

⁴⁹⁸ O caso é *Bergman v. Minister of Finance*, citado por WOODS, P. J. “Israel's Court-Driven Constitutional Revolution”.

⁴⁹⁹ LERNER, H., “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”, *passim*.

⁵⁰⁰ O modelo adotado é descrito por Hanna Lerner como uma forma de “*consociationalism*”, que vem a ser uma forma de governo em que o poder é repartido por diversos grupos, especialmente adequada para sociedade fortemente divididas.

⁵⁰¹ LERNER, H., “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”, p. 238.

longo prazo) a respeito de questões controvertidas sobre a própria natureza do Estado.⁵⁰²

Este arranjo, porém, não se mostrou duradouro. Com o passar dos anos, acentuou-se o conflito secular-religioso, que atingiu o ápice nos anos 1990. O Judiciário começou a adotar uma postura mais ativa, em defesa de uma visão liberal-secular, e encontrou um *Knesset* passivo, que não reagiu a decisões que interferiam no *status quo* até então estabelecido.⁵⁰³

Até que, em 1992, teve início a “revolução constitucional”, com a aprovação das duas primeiras *Basic Laws* destinadas a proteger direitos fundamentais: a *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e a *Basic Law: Freedom of Occupation*. Um dos fatores que contribuíram decisivamente para a aprovação destes atos foi o crescimento de partidos religiosos, que se fez acompanhar do sentimento, por parte da burguesia liberal-secular, de necessidade de consolidar direitos civis e humanos em documentos jurídicos.⁵⁰⁴

A cisão ideológica ainda existente impediu que as declarações de direitos israelenses fossem muito abrangentes, de maneira que ficaram de fora direitos como liberdade de expressão e igualdade. Mas a falta de previsão expressa não impediu que a Suprema Corte israelense, em uma série de julgamentos, afirmasse, ainda que como *obiter dicta*, a sua proteção através da previsão do direito à dignidade humana, no qual estariam implícitos outros direitos.⁵⁰⁵

É inegável que, a partir da aprovação dessas duas declarações de direitos, a Suprema Corte passou a exercer um papel muito mais ativo do que o usual. A supremacia das *Basic Laws* – não obstante terem sido aprovadas por maioria simples – foi reafirmada pela HCJ, por meio da decisão *Bank Hamizrahi v. Migdal Cooperative Village*.⁵⁰⁶ Alguns autores afirmam que teria ocorrido uma “revolução constitucional” no direito israelense a partir deste momento. O mais destacado defensor desta mudança de perspectiva é, certamente, Aharon Barak, professor convidado nas faculdades de Yale e Toronto, ex-integrante da Suprema

⁵⁰² Ibid., p. 239-241, de onde se destaca: “*The model of consociational democracy, developed by Arend Lijphart, is the key to explain the success of the Israeli political system in resolving most religious conflicts peaceably while preserving national unity and democratic stability*”.

⁵⁰³ Ibid., p. 243.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 244.

⁵⁰⁵ Cf. a respeito, SOMMER, H, "Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature?".

⁵⁰⁶ WOODS, P. J. "Israel's Court-Driven Constitutional Revolution", p. 5.

Corte e responsável direto por muitas das decisões que afirmaram o papel destacado dos juízes no funcionamento da democracia israelense.⁵⁰⁷

Mas o protagonismo dos juízes conquistado em Israel despertou diversas críticas.⁵⁰⁸ Veja-se, por exemplo, trecho de um discurso proferido por um integrante do *Knesset* em 1997, após uma decisão da Suprema Corte israelense que anulava parte de uma lei aprovada pelo Legislativo:

Até agora, há um *status quo* entre a Suprema Corte e o Knesset. Cada um dos poderes esforçou-se em não se imiscuir nos assuntos do outro. Eu considero que a Suprema Corte está decidindo uma questão muito séria... Talvez nesta ocasião um dispositivo insignificante esteja sob discussão, mas, daqui por diante, eles [os juízes] estarão aptos para invalidar leis significativas, e então uma nova realidade será criada... Essa decisão abre o caminho para a intervenção na atividade legislativa do Knesset. Essa intervenção não se justifica, e o Knesset tem que posicionar-se sobre a questão... O Knesset é soberano, não a Corte. A Corte pode recomendar que o Knesset altere a lei que a Corte sinta estar em contradição com as Leis Fundamentais, mas ela não pode revogar a lei por sua própria iniciativa.⁵⁰⁹

Na doutrina, também numa perspectiva de crítica ao ativismo judicial praticado em Israel, pode-se citar o juiz Richard Posner, que, ao fazer uma resenha de um dos livros de Barak, intitula o ex-juiz israelense de “déspota esclarecido”.⁵¹⁰

Hirschl é outro autor que apresenta uma perspectiva crítica em relação à postura do Judiciário israelense, afirmado que todas as questões relacionadas a políticas públicas foram transformadas em questões jurídicas depois da “revolução constitucional” como uma forma de colocar fora da disputa política os valores considerados fundamentais pelo pensamento neoliberal.⁵¹¹ Barak-Erez,

⁵⁰⁷ Para uma exposição de seu pensamento, consultar BARAK, A. “The Role of the Supreme Court in a Democracy”. Sobre a importância de Barak no desenvolvimento do ativismo marcante da Suprema Corte israelense, ver SALZBERGER, E. “Judicial Activism in Israel”.

⁵⁰⁸ SALZBERGER, E. *Judicial Activism in Israel*, p. 3-4.

⁵⁰⁹ Discurso proferido por Dan Tchon, *apud* DOR, G. “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, p. 4. Tradução livre. No original: “*Until now, there has been a status quo between the Supreme Court and the Knesset. Each of the branches tried hard not to intrude in the other's affairs. I consider the High Court of Justice ruling a very serious matter Perhaps on this occasion an insignificant section was under discussion, but henceforth they [the judges] will be able to annul significant laws, and so a new reality will be created [T]his decision sets the stage for the court's intervention in the legislative activity of the Knesset. Such intervention is unwarranted, and the Knesset needs to state its opinion on this matter ... The Knesset is sovereign, not the Court. The Court can recommend that the Knesset amend the law which the Court feels is a contradiction of the Basic Laws, but it can't revoke a law on its own say-so.*”

⁵¹⁰ POSNER, R. “Review: Enlightened Despot”

⁵¹¹ HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, p. 74, de onde se extrai, em tradução livre: “(...) a potencialização do judiciário e a judicialização da política em Israel podem ser melhor compreendidos como uma estratégia planejada por parte das elites governantes de Israel e sua constituinte

por sua vez, questiona a relevância do controle exercido pela HCJ, pois, segundo ela, as características sociopolíticas do país fazem com que as decisões mais controvertidas sejam aplicadas apenas em casos excepcionais, mas não na vida cotidiana da sociedade.⁵¹²

A despeito das críticas, o fato é que houve, em Israel, uma enorme expansão do poder dos juízes. A Suprema Corte daquele país é especialmente aberta a questionamentos sobre a constitucionalidade de leis ordinárias, permitindo que praticamente qualquer cidadão, sem interesse especial na causa, levante a discussão, em abstrato, sobre a aplicação ou não de uma determinada provisão legal, desde que estejam em jogo direitos humanos.⁵¹³

Diante da combinação entre um forte ativismo judicial, desenvolvido ao longo dos últimos anos, e uma tradição (ainda que recente) de respeito à supremacia parlamentar, compatível com o sistema parlamentarista de governo adotado em Israel, percebe-se que o terreno ali é especialmente fértil para o florescimento de teorias dialógicas. E foi o que se observou logo após um caso rumoroso, que levou o parlamento israelense decidiu adotar um dos mecanismos de diálogo previstos na constituição canadense, o *legislative override*, embora com uma abrangência bastante inferior àquela observada no Canadá.

Tudo começou com uma decisão da Suprema Corte israelense que invalidou um ato do governo que havia negado licença para uma empresa que visava à importação de carne congelada não-*kosher*. O tribunal entendeu que a medida feria a liberdade de profissão, assegurada pela *Basic Law: freedom of occupation*. Esta decisão desagradou partidos conservadores, que conseguiram aprovar, em 1994, uma modificação naquela própria norma. Por meio desta alteração, foi introduzido um artigo 8º, que permite ao *Knesset* aprovar uma norma mesmo que

burguesa – uma classe social relativamente coerente de neoliberais seculares de origem europeia, composta por políticos, homens de negócios e profissionais lutando para manter sua hegemonia política.”. No original: “(...) the judicial empowerment and judicialization of politics in Israel can best be understood as a planned strategy on the part of Israel's ruling elite and its bourgeois constituency – a relatively coherent social class of secular neoliberals of European origin, composed of politicians, businesspeople, and professionals striving to maintain their political hegemony”.

⁵¹² BARAK-EREZ, D. “Judicial Review of Politics: The Israeli Case”.

⁵¹³ Ibid. “The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue”, p. 613. Destaca-se: “(...) Israel's Supreme Court has a policy of hearing almost every petition that raises rule-of-law or human rights issues, with only minimal application of preliminary doctrines such as standing and non-justiciability”.

ela seja contrária àquela declaração de direitos, bastando para isso que haja manifestação de maioria absoluta de seus membros.⁵¹⁴

A inspiração foi justamente a cláusula não-obstante contida na constituição canadense, embora tenha sido ainda menos utilizada do que a disposição que lhe inspirou. Com efeito, quase vinte anos após a sua introdução no sistema constitucional israelense encontra-se registro de uma única utilização, não por acaso, justamente por ocasião da aprovação da lei que tratava do tema que levou à sua implantação – a proibição de importação de carne não-*kosher* – o que se deu logo após a alteração da *Basic Law*, ainda em 1994. Desde então não houve mais qualquer uso do mecanismo, que permanece existente apenas na teoria, muito embora isso seja suficiente para que se possa falar em aplicação de alguma forma de controle fraco de constitucionalidade em Israel.⁵¹⁵

Em que pese a pequena utilização do mecanismo de diálogo institucional concebido em 1994, deve-se atentar para o fato de que a inexistência de uma constituição escrita e rígida facilita a existência de um diálogo entre o legislativo e o judiciário. É que, concebido o diálogo como a capacidade do legislativo de dar uma resposta, em tempo rápido, a determinadas decisões do judiciário (notadamente aquelas que declaram inválidos atos parlamentares), a ausência de rigidez do texto constitucional israelenses permite que maiorias parlamentares simples façam prevalecer a vontade do *Knesset* sobre a da Suprema Corte.

Nas últimas décadas houve algumas questões envolvendo a Suprema Corte israelense e o *Knesset*, especialmente em matéria eleitoral, que comprovam a tese exposta acima. A lei fundamental que trata da estrutura do Parlamento (*Basic Law: The Knesset*), estabelece que seus membros serão eleitos por meio de eleições proporcionais “gerais, nacionais, diretas, iguais e secretas”, e que esta

⁵¹⁴ Em tradução livre: “Art. 8º. Um dispositivo legal que viole a liberdade de profissão produzirá efeitos, ainda que esteja em desacordo com o art. 4º, se nele for incluída, pela maioria dos membros do *Knesset*, uma declaração expressa de que a norma produzirá efeitos, não obstante as disposições desta Lei Fundamental; tal disposição expirará quatro anos depois do início de sua vigência, a menos que uma duração inferior seja estabelecida”. No original: “S. 8. A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the *Knesset*, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein.”

⁵¹⁵ Ver GARDBAUM, S. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism” e STEPHANOPOULOS, N. “The Case for the Legislative Override”.

mesma provisão só pode ser alterada por maioria dos membros do *Knesset* (ou seja, maioria absoluta dos parlamentares).

Com base neste dispositivo, a Suprema Corte israelense invalidou duas normas sobre eleições: uma de 1969, que tratava do financiamento público dos partidos políticos, e outra de 1981, sobre o tempo de televisão e rádio destinado às agremiações partidárias. Em ambos os casos, o fundamento jurídico das decisões foi, entre outras questões, a inexistência do *déia* qualificado previsto na *Basic Law*. E, em ambos os casos, a resposta do *Knesset* foi justamente a de reaprovar as normas invalidadas, observada a exigência de maioria absoluta na sua votação.⁵¹⁶

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

5.3

Quadro comparativo

Baseado nas informações acima relatadas sobre os países em que se adota o controle fraco de constitucionalidade, é possível *déia* fica-los tendo por base sua proximidade com o constitucionalismo político puro (no qual é ausente a *déia* de controle de constitucionalidade) ou com o constitucionalismo jurídico (no qual o judiciário tem o poder de invalidar, em caráter definitivo, atos emanados dos poderes democraticamente eleitos). O diagrama elaborado é o

⁵¹⁶ Conferir DOR, G., “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, p. 8-14, com a ressalva que a autora considera estes exemplos como um diálogo meramente formal entre Legislativo e Judiciário, já que não houve por parte do Parlamento vontade de discutir o mérito da decisão da Suprema Corte.

seguinte:

	NOVA ZELÂNDIA	REINO UNIDO	ISRAEL	CANADÁ
OBRIGAÇÃO INTERPRETATIVA	Sim	Sim	Sim	Sim
LIMITES A DIREITOS	Sim	Sim	Sim	Sim
ANULAÇÃO DE LEIS	Não	Não	Sim	Sim
DECLARAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE	Não*	Sim	Não	Não
OVERRIDING	Não	Não	Sim	Sim

<

>

+ Fraco

+ Forte

Supremacia do
ParlamentoSupremacia da
Constituição

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tabela 2

Todos os países analisados adotam uma declaração formal de direitos que condiciona a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico e que podem ser restringidos legitimamente pela ação do legislador. Apenas dois, no entanto, reconhecem ao judiciário o poder de invalidar tais normas quando houver incompatibilidade entre elas e os direitos fundamentais: Israel e Canadá. Por esta razão, estes são os dois sistemas mais próximos do controle forte de constitucionalidade.

Nos dois casos, o legislador pode responder à declaração de invalidade de uma norma por ele elaborada (*overriding*): no Canadá isso se dá através do artigo 33 da Carta, enquanto em Israel tal possibilidade está prevista no artigo 8º da *Basic Law: freedom of occupation*. O mecanismo é pouco utilizado nos dois países, mas o caso de Israel é ainda mais peculiar, visto que o dispositivo só foi usado uma vez, justamente para superar a decisão que motivou sua introdução.

O Reino Unido não admite a invalidação judicial de normas elaboradas pelo legislador, mas possui mecanismo que permite aos tribunais emitir uma declaração de incompatibilidade quando constatar tal vício. Embora tenha valor meramente político, manifestações nesse sentido têm sido acatadas pelos órgãos

do governo, que, uma vez alertados para a incompatibilidade entre a norma e a Declaração de Direitos, atuam para modificar rapidamente o dispositivo impugnado.

De todos os sistemas, o mais fraco encontra-se na Nova Zelândia, onde o juiz nada pode fazer senão aplicar uma lei, mesmo que entenda ser ela contrária à Declaração de Direitos nacional (NZBORA). Entretanto, parte da jurisprudência e da doutrina já defendem a possibilidade de emissão de declarações de incompatibilidade, seguindo o modelo britânico, apesar de não haver qualquer previsão normativa neste sentido.