

1

As Formas Tradicionais de Pacificação Legislativa: Soberania Parlamentar e Jurisdição Constitucional

1.1

Apontamentos Iniciais

Como apontado na introdução, este capítulo visa apresentar, sob uma ótica predominantemente descritiva, o que são e quais os fundamentos teóricos dos institutos do *judicial review* e soberania parlamentar. São eles as primeiras e mais conhecidas formas de pacificação de controvérsias entre a Constituição e a Lei e não foram concebidos originalmente para guardar relação de complementariedade entre si.

O pleno conhecimento dos institutos é necessário para a compreensão de como esse perfil reciprocamente excludente dos dois sistemas começou a mudar em outras ordens constitucionais, ampliando-se o quadro de opções de pacificação legislativas existentes, acrescido de um modelo conciliatório e dialógico que atualmente consegue diminuir o grau de polarização entre as vertentes aqui apresentadas.

Por ser de utilização prática mais antiga, o estudo do instituto da soberania parlamentar virá em primeiro lugar, de onde destacar-se-á a subdivisão entre os modelos francês e britânico, consideravelmente distintos, e, como se verá, com propensões diferenciadas à aceitação de práticas dialógicas.

Já o estudo do *judicial review* é importante não só para demonstrar as suas bases teóricas, como também para tornar possível a verificação de que a busca por um modelo de efetiva proteção aos direitos não se esgotou com o estabelecimento da supremacia judicial. Ao revés, questiona-se, cada vez mais, sobre a necessidade de atuações colaborativas e em pé de igualdade de outros poderes nessa missão.

Em razão disso, chegou-se à classificação entre controle de constitucionalidade forte e controle de constitucionalidade fraco, sendo este último uma alternativa ao primeiro no sentido de desvincular a proteção dos direitos à necessidade de dotar um órgão estatal de superioridade jurídica em face

aos demais, o que abre caminho para uma atuação colaborativa entre as instituições na definição do conteúdo constitucional.

Nenhum dos dois institutos chegou ao século atual incólumes ao apontamento de falhas, seja em sede teórica ou prática. Adotar a soberania parlamentar, o *judicial review* ou mesmo um sistema híbrido é insuficiente para, por si só, garantir estabilidade democrática e respeito aos direitos. Se o *judicial review* impõe proteção jurídica a direitos fundamentais à custa de perda de força das instituições majoritárias e estas últimas saem fortalecidas em regimes de soberania parlamentar às custas da fixação constitucional de um catálogo de direitos, começou-se a questionar a utilidade desses dois regimes serem vistos como estanques e separados.

Assim, tão importante quanto conhecer bem ambas as criações iniciais de pacificação legal, será visualizar a realidade nova (talvez já de cunho irreversível), que vem florescendo, qual seja, a quebra de um antigo paradigma, que por muito tempo compreendia o *judicial review* e a soberania parlamentar como vertentes absolutamente incompatíveis.

Além disso, o estudo dos mesmos é imprescindível para se entender a atuação expansiva de cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal no Brasil e se alcançar os questionamentos e propostas necessários para fazer desta uma atividade mais concatenada com os anseios democráticos, o que parece vir faltando principalmente ao controle judicial de constitucionalidade¹⁸. Dessa forma, este capítulo apresentará a dicotomia entre soberania parlamentar e *judicial review*, bem como a proposta de um novo referencial, com as concepções de constitucionalismo forte e constitucionalismo fraco.

1.2.

Conceitos e Fundamentos Teóricos

1.2.1.

Soberania Parlamentar

¹⁸ O que é objeto de estudo no Cap. 3.

Observa-se que, em determinados sistemas políticos, existe superioridade da Lei em face da Constituição. Em tais situações, a Constituição é desprovida de mecanismos de sanção aos atos normativos de qualquer espécie que lhe são contrários. A existência de sistemas de controle de atuação legislativa tão díspares é inseparável da realidade de que as três grandes revoluções liberais, Inglesa (1688), Americana (1776) e Francesa (1789) abriram caminho para o constitucionalismo moderno com espreque em influências históricas, políticas e teóricas distintas, conforme será visto no momento apropriado.

Em países de soberania parlamentar, como a Grã-Bretanha (até 2009), França e Luxemburgo, as Leis do Parlamento são o supremo direito nacional, de modo que seus conteúdos são juridicamente ilimitados e não sujeitos a qualquer controle de juridicidade por órgãos distintos do próprio legislativo.

Em tais sistemas, a modificação da ordem jurídica é implementada unicamente pelo próprio parlamento, que pode emendar, revogar ou criar qualquer legislação por maioria simples. Neles, o Poder Legislativo é dotado de uma certa prerrogativa jurídica em face do Executivo e Judiciário, que devem acatar, por seu caráter final, a decisão dada pelo primeiro, limitando-se a aplicá-la. John Ferejohn e Pasquale Pasquino¹⁹ explicam as características do modelo da soberania parlamentar:

Regimes de supremacia parlamentar compreendem o poder executivo e os tribunais como subordinados ao poder legislativo, entendendo que o seu papel é implementar e executar os comandos do legislador. A noção de *judicial review* é, por este motivo, completamente estranha a tais regimes jurídicos, logo, a forma como as instituições jurídicas agem para efetuar a revisão normativa acaba sendo configurada de modo institucional nestes regimes.

Como se pode perceber, esses regimes que adotam a supremacia parlamentar formulam o controle de constitucionalidade na esfera do poder legislativo, daí a prerrogativa de soberania parlamentar. Como consequência, os supracitados autores apontam que, em tais regimes parlamentares, o controle de constitucionalidade ocorre somente a priori – antes do projeto de lei se tornar lei –

¹⁹ FERREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pgs. 50/51.

e de forma abstrata, no sentido de que envolverá apenas a comparação do texto constitucional com o legal.²⁰

O processo histórico revela a existência de pelo menos dois modelos de soberania parlamentar, o inglês, que desapareceu no ano de 2009, e o francês, que existiu em sua plenitude até a reforma constitucional de 2008, restando presente na atualidade com significativos temperamentos.

Em ambos, o princípio da supremacia da lei é o norte maior da atuação política dos órgãos estatais. Todavia, os respectivos regimes distinguem-se relevantemente quanto ao aspecto da atuação do Poder Judiciário e quanto às causas legitimadoras da força da lei.

No modelo britânico a supremacia legal é decorrência de fatores históricos consagradores da supremacia parlamentar, notadamente a já citada Revolução Liberal de 1688 e a consequente aprovação do *Bill of Rights* de 1689, a partir da qual instaurou-se definitivamente a monarquia constitucional na Inglaterra e, com ela, o estabelecimento do princípio político-constitucional da separação de poderes. Nesse cenário, o Parlamento conquistou papel de irreversível importância e tradição nas funções legiferante e de supervisão política do Executivo.

Além disso, em que pese a vedação de sindicabilidade da lei, a atitude do Poder Judiciário face a tais atos normativos é inegavelmente ativa quando o que está em jogo é a necessidade de se limitar o Poder Monárquico e a necessidade de se fixar interpretações bem delineadas à lei escrita.

Dessa forma, em consonância com a tradicional preocupação de limitação da atuação da monarquia, fixada como premissa maior desde a promulgação da Carta Magna de 1215, na Inglaterra sobressai a função dos tribunais de, lado a lado com o Parlamento, zelar pela correta limitação do poder real, o qual também deve estar submetido ao “*Rule of Law*”.

Já no que diz respeito ao âmbito da atividade interpretativa da lei escrita, de rigor a observância dos ensinamentos do jurista Orlando Bitar no corpo de obra publicada pela primeira vez no início da década de 50 e que analisa, com profundidade, ambos os modelos de soberania parlamentar em evidência.

De fato, o autor destaca ser a lei o instrumento de vida do Parlamento, pelo qual este demonstra e exerce sua supremacia face aos demais poderes. Contudo,

²⁰ FERREJOHN e PASQUINO. Op.Cit., p. 51.

em que pese isso, a imposição legal aos demais órgãos estatais não se dá de modo automático e inquestionável, mas sim provoca um necessário juízo de correta cognição e compreensão de seu texto. Eis as palavras do autor:²¹

8. (...) Releva, para evitar dúvidas, distinguir claramente: os tribunais ingleses têm ampla liberdade de interpretação dos “*statutes*”, que, como ensina a doutrina, são meras exceções à *commom Law* e como tais construídos restritivamente; ainda mais, o direito inglês, que assenta na teoria do precedente, é reconhecido como um “*judge made law*” e as Cortes de Justiça gozam de grande desenvoltura na declaração da *rule of law*, expressão celebrizada por Dicey e sob cuja égide se resguardam os direitos postergados por infrações ao princípio da legalidade (*lato sensu*). Isso implica em que a lei não é soberana? Falso. Tanto no sistema constitucional inglês, é realidade aquela soberania, que duas observações aqui são obrigatórias e convincentes: a) os tribunais ingleses não usufruem daquela prerrogativa excelsa dos tribunais norte-americanos de controlar, pelo exercício do *judicial review*, toda a vida social, política e econômica da Nação e, correlatamente: b) o Parlamento, a qualquer momento, poderá promulgar um ato que venha revogar um determinado precedente, por mais respeitável e vestuto (...)

Logo, o Poder Judiciário britânico possui ampla margem de liberdade hermenêutica em face das leis promulgadas pelo Parlamento, de modo que determinada interpretação pode, sem dificuldades, prevalecer ainda que imprima ao texto normativo um direcionamento nele não visualizável de forma expressa.

Eventualmente, caso o Parlamento discorde da direção interpretativa dada pela magistratura, pode facilmente reverter esse cenário mudando a respectiva legislação. O que é impensável, na realidade de soberania parlamentar inglesa, é a palavra final sobre o significado da lei ficar a cargo do Poder Judiciário, de forma a sancioná-la com declaração de nulidade ou neutralização de efeitos.

Embora essas considerações despertem semelhanças para com o *judicial review*, dada a necessidade de alteração legislativa para a superação do entendimento jurisdicional, a equiparação entre os sistemas não tem razão de ser, a uma, pela absoluta impossibilidade, no sistema britânico ora em estudo, de imposição de limites ao Poder Legislativo na alteração da lei ou mesmo da Constituição. A duas, porque, em tal sistema, não há que se falar em supremacia das decisões judiciais.

Em razão disso, não é exagero dizer que três características são marcantes no hoje recém falecido²² sistema de soberania parlamentar inglês: a) não existem

²¹ BITAR, Orlando. Obras completas de Orlando Bitar. **Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 453.

leis imodificáveis pelo Parlamento; b) não existe classificação entre leis fundamentais e leis que lhe são subordinadas, de modo que todas possuem o mesmo valor jurídico; c) não existe autoridade em qualquer poder estatal que possa declarar nula uma lei do Parlamento.

Já a França apresenta realidade de soberania parlamentar diversa, embora essa orientação constitucional também seja adstrita a um processo histórico de transformações jurídicas-políticas e sociais, notadamente os resultados da Revolução de 1789 e seus consequentes dogmas da supremacia da Assembléia e da Lei.

Imperioso ao observador constatar que, paradoxalmente, a Revolução Francesa veio a consagrar, de um lado, de forma inovadora, direitos do Homem e do Cidadão, e, de outro lado, acabou por ratificar dogmas multisseculares vigentes pelo menos desde a Idade Média, notadamente regras tradicionais e fundamentais da Monarquia.²³

Nesse sentido, veja-se que os constituintes franceses apresentaram a concepção de lei como expressão da vontade geral no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o que expressou uma filosofia político-constitucional condizente com a progressiva imposição da supremacia parlamentar. Assim, ao mesmo tempo em que foram preservados elementos tradicionais da monarquia francesa, procedeu-se a um realinhamento nos conceitos de Nação e Soberania, transferidos da pessoa do Rei para o povo representado pela Assembléia. Com isso, em situação amparada pelo art. 3º da Declaração de Direitos, o Estado passa a se confundir com a coletividade nacional organizada politicamente.

Tal situação foi favorecida por uma releitura dos ensinamentos de Rosseau na seara da doutrina da representação política. Como se sabe, a veia democrática do filósofo de genebra apresenta uma concepção de lei que elimina a possibilidade da vontade geral de um povo ser objeto de qualquer espécie de representação. Não obstante, os revolucionários franceses, apoiados especialmente pelas conclusões de Sieyès e Montesquieu, desdenharam desse detalhe da teoria rousseauiana para

²² Explicações sobre a descaracterização progressiva do regime de soberania parlamentar britânico encontram-se no cap. 3, item 3.4, b

²³ Como, por exemplo, transmissão do poder por hereditariedade e manutenção do apoio de uma oligarquia possuidora de terras. Para um estudo mais detalhado: HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Parte 1, item 3.

fins de melhor adaptá-la aos interesses e concepções do movimento liberal que mudava a realidade política daquele país. Roberto Luis Blanco Valdés bem documenta esse fenômeno:²⁴

Não será, portanto, e como é fácil apreciar à vista das considerações de Rosseau que acabamos de apontar, a identificação “material” entre lei e a vontade geral o terreno onde acontecerá a antes mencionada releitura da contribuição do genebrês. O liberalismo revolucionário definirá a lei pela natureza geral da vontade da qual procede a própria lei: com isso, reunirá, sem variações essenciais, as reflexões a respeito de Jean-Jacques Rosseau. Contudo, esse mesmo liberalismo se separará claramente dos postulados do autor de O Contrato Social ao passar a determinar a “identidade” da vontade geral, ou, o que é o mesmo, a forma de determinação da vontade da maioria. E assim, enquanto para Rosseau o soberano não pode ser representado no exercício da própria soberania, ou seja, em seu papel de legislador, para o pensamento liberal hegemônico na constituinte do ano de 1789, a vontade geral se identificará, finalmente, com a vontade de seus representantes.

Agasalhadas as teorias da representação política e da delegação, a soberania passa a residir na Nação, cujos delegatários são seus representantes, através dos quais a própria Nação exerce seus poderes. Com isso, os membros da Assembléia ganharam o embasamento teórico e filosófico justificador da atuação legiferante incondicional, praticada de forma soberana e em nome do próprio povo. As consequências desse panorama político são estudadas por Orlando Bitar:²⁵

18. Eis o ponto de saturação que esperávamos: o Congresso está superior aos outros órgãos do Estado – Executivo e Judiciário e a lei paira na “cúpula da ordem jurídica”. O culto fanático da lei, no direito francês, só se pode comparar com o culto místico da constituição, no direito norte-americano e cada qual é símbolo de uma supremacia própria. O racionalismo dos filósofos da Revolução tudo planifica sob o domínio da lei e todos os males derivam de sua inobservância: para destruir os maus costumes, diz Condorcet, é preciso afastar sua causa. Qual é? Uma só – as leis más. (...)

Logo, o novo conceito de lei apresentava tal instituto como produto da vontade geral, não sendo menos do que a própria expressão dessa vontade. Com isso, como a norma legal advinha do Poder Legislativo, na qualidade de representante de toda a cidadania, nada mais natural do que reconhecer a supremacia desse poder em dizer, em primeira e última instância, o que era o direito.

²⁴ VALDÉS, Roberto Luis Blanco. **O valor da Constituição. Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 176.

²⁵ BITAR. Op. Cit., pgs. 459/460.

Essa plena equivalência entre vontade geral, vontade dos representantes e vontade majoritária, que se deu sem discussões de grande envergadura entre os constituintes da França, contrasta sobremaneira com a concepção de preocupação com os direitos das minorias dos norte-americanos e trouxe diversas consequências para a concepção de lei e constituição naquele país.

De fato, a concepção francesa acabou por fulminar qualquer importância de caráter material no conceito de lei, privilegiando seu aspecto formal. Ou seja, a essência normativa da lei é trazida unicamente pela característica de ter sido elaborada pelo órgão constitucionalmente competente e de acordo com o procedimento previsto, sendo dotado de importância periférica o seu conteúdo.

Trata-se de uma construção racionalista e abstrata que não encontra correspondência na realidade britânica já estudada acima, na medida em que a supremacia da Assembléia francesa foi acompanhada pelo afloramento da supremacia da lei escrita. Ou seja, na França, o direito é a lei positiva, cuja autoridade é muito mais forte e “engessadora” ao operador do direito do que o “*Rule of Law*” inglês, produto da *common law* e guiado por ideais de justiça, moral e racionalidade aceitos por determinado grupo social.

Diante disso, no sistema constitucional francês, as possibilidades de liberdade interpretativa da lei ao Poder Judiciário são muito tímidas, pois geralmente limitadas a uma atividade meramente silogística. Mais uma vez, são precisas as palavras de Orlando Bitar ao explicar as consequências dessa concepção:²⁶

19. Elemento que não devemos subestimar e decorrente da soberania da lei é correlatamente, a inteira submissão do judiciário à sua letra. Veremos como, no jogo dos Poderes, em França, é repelida com asco a mais remota idéia de liberdade na interpretação legal a que poderia lançar-se o magistrado. A lei é uma ordem: ordens não se interpretam, executam-se; o juiz nada tem a fazer senão obedecer e aplicar o texto (...)

Essa orientação persiste com força na realidade francesa, e favoreceu a criação na sua ordem jurídica de institutos como o *référé* legislativo²⁷ e mais

²⁶ BITAR. Op. Cit., p. 460.

²⁷ Trata-se de um instituto jurídico que vigorou na França até o ano de 1837 e se traduzia na obrigação dos tribunais de provocar o Poder Legislativo para fins de o mesmo interpretar, de forma vinculante, o verdadeiro significado do texto obscuro de uma lei.

tarde, a consagração do sistema de dupla jurisdição (judiciária e administrativa)²⁸, além da interessante criação de um modelo de controle de constitucionalidade preventivo e interno que se revelou duradouro.

De fato, em tal país, o *Conseil Constitutionnel*, criado em 1958, configura uma hipótese de limitação do parlamento, ainda que pertença ao próprio Poder Legislativo. Cabe ao *Conseil* francês, mediante a prévia e necessária solicitação do governo ou de determinado segmento parlamentar, analisar a compatibilidade material de projetos de lei com a Constituição francesa.

Desse modo, uma vez vetado pelo *Conseil Constitutionnel*, o projeto de lei não pode se tornar lei. Porém, com a promulgação, a lei francesa já nasce soberana e não se sujeita a controles externos por qualquer membro da magistratura ou por um Tribunal Constitucional. Referido panorama perdurou até a reforma constitucional francesa de 2008, em vigor a partir de 2010.²⁹

Referido órgão recentemente protagonizou situação reveladora da persistência francesa no apego à tradição da soberania da lei. De fato, o *Conseil Constitutionnel* considerou constitucional dispositivo do Código Civil que veda o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na decisão, o referido órgão reafirmou sua limitação jurídica de não interferir na atividade legislativa, a qual pode ou não implementar a necessária alteração no Código Civil para instituir essa forma de união civil, de acordo com o melhor entendimento dos congressistas³⁰. Ou seja, a supremacia legislativa exerce um forte peso nas decisões judiciais daquele país, em que pese a reforma constitucional supramencionada.

²⁸ Nesse sistema, têm-se duas ordens de jurisdição com competência distinta: na jurisdição administrativa, todas as contendas envolvendo a Administração Pública como parte interessada são de atribuição exclusiva de uma espécie de jurisdição diferenciada, com órgãos e ritos próprios para a resolução dos litígios. Já os demais litígios que não tratam da administração públicas são de incumbência do Poder Judiciário daquele país.

²⁹ Tal reforma constitucional ampliou a competência do Conselho Constitucional, permitindo o exercício do controle repressivo de constitucionalidade das leis promulgadas e em vigor, sempre que suscitada, em qualquer processo administrativo ou judicial, o incidente nominado Questão Prioritária de Constitucionalidade. Para um estudo aprofundado: CUNHA JÚNIOR, Dirley. O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_de_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

³⁰ Trata-se de notícia publicada no sítio eletrônico <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,proibicao-do-casamento-gay-na-franca-e-constitucional,672289,0.htm>. Acesso em 13 mar. 2011.

De tudo quanto foi dito, pode-se verificar que o sistema de soberania parlamentar, seja mais ou menos limitador ao operador do direito, não implica na supressão do Poder Judiciário como um dos poderes estatais, mas sim na neutralização deste como órgão julgador final do sentido, aplicação e validade da lei. Dessa forma, interferência no conteúdo da ordem jurídica cabe, de forma exclusiva, ao poder legislativo.

Fica claro, então, que o grande fundamento político da doutrina da soberania popular prende-se ao argumento de que a Constituição deve ser interpretada por órgãos com sensibilidade política, afinal, mais do que um diploma com força normativa, a Constituição revela-se um projeto dinâmico de vida, plenamente escapável, portanto, à percepção fria e técnica de órgãos apartados do processo deliberativo. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:³¹

Pode-se dizer que há controle político toda vez que a verificação de constitucionalidade é confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário. A criação desse órgão funda-se principalmente na alegação de que a interpretação da Constituição deve ser reservada a órgãos com sensibilidade política, porque a Constituição, mais do que simples lei, é um plano de vida cujo sentido não permanece estático nem pode ser hierarquicamente considerado. Ademais, o controle judiciário atentaria contra o princípio da separação de poderes, já que daria aos juízes o poder de anular as decisões do Legislativo e Executivo.

Além disso, os partidários da soberania popular refutam o *judicial review* não só por repudiá-lo anti-democrático, mas também entendem que o mesmo contraria o dogma da separação dos poderes, pois tiraria as deliberações majoritárias de instituições majoritárias típicas.

A doutrina da soberania parlamentar também veda qualquer tentativa de limitação dos parlamentos futuros pela casa legislativa do momento. A soberania dos novos parlamentos é equivalente a dos antecessores, sendo comum a ocorrência de espécies de revogações legislativas explícitas ou mesmo tácitas. Cada geração de parlamento, portanto, tem um universo de criação legal igualmente irrestrito.

A vantagem do modelo de soberania parlamentar é a rapidez com que controvérsias constitucionais normalmente são resolvidas, o que na maioria das

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.

vezes não ocorre em regimes adotantes do *judicial review*, sujeitos a controvérsias jurídicas que não raro perduram anos nos tribunais até ganhar uma solução.

A grande desvantagem, como se pode perceber, é a facilidade de se implementar aparelhamento governamental em órgãos de análise de controle de constitucionalidade em regime de soberania parlamentar. Críticos do sistema apontam composições como a do *Conseil Constitutionnel* como facilmente manipuláveis, a ponto de virarem meros órgãos consultivos do poder executivo, pois geralmente compostos por aliados políticos das autoridades designadoras.

Não por acaso, os defensores do *judicial review* taxam o controle político pelo parlamento como ineficiente e de pouca expressividade, pois a constitucionalidade das leis passa a ser apreciada antes pelo critério da conveniência do que pelo critério da conformidade estrita com a Constituição.

Ademais, os órgãos de controle de constitucionalidade parlamentar nada mais seriam do que um Poder Legislativo menor, diferenciado e com atribuições privilegiadas dentro do próprio Poder Legislativo ordinário, configurando-se, assim, uma redundância.

O panorama atual de desenvolvimento e aceitação dos modelos acima expostos revela, pelo menos, três tendências em ocorrência. Nos EUA, observa-se uma crescente e legítima resistência doutrinária e mesmo social ao *judicial review*, da forma como o mesmo vem sendo exercido, através de contínuas decisões restritivas aos direitos e garantias fundamentais protagonizadas por uma corte que, há ao menos três gerações presidenciais consecutivas, vem demonstrando tendências notadamente conservadoras.

Na Europa continental, há, por um lado, um grupo de países onde verifica-se um consolidado prestígio da doutrina do *judicial review* nos moldes propostos por Hans Kelsen. É o caso da Alemanha e Itália, por exemplo, onde, salvo resistências pontuais, a jurisdição constitucional vem recebendo uma boa aceitação.

Por outro lado, outro grupo de países ligados tradicionalmente à soberania parlamentar revelam-se, em razão de recentes mudanças em suas constituições, em fase de experimentação daquilo que pode ser considerado uma terceira via. Essa alternativa tenta, de forma conciliatória e inédita, iniciar uma nova doutrina apta a relativizar o paradigma da incompatibilidade do *judicial review* e soberania parlamentar

O primeiro e terceiro fenômenos supracitados são os que interessam mais de perto aos tópicos seguintes deste trabalho.

1.2.2.

Judicial review of legislation

As notáveis transformações protagonizadas pelo direito constitucional mundial após 1945 são tributárias de uma grande inovação desenvolvida a contento no ano de 1803 nos Estados Unidos da América. Trata-se do ano do julgamento do famoso caso *Marbury vs. Madison*, litígio sem maior importância quanto à causa de fundo onde a Suprema Corte estadunidense, liderada pelo Juiz John Marshall, reconheceu com expressividade inédita a supremacia da Constituição americana em face de todas as leis e atos normativos daquele país.

Antes disso, algumas das primeiras discussões da idéia moderna de supremacia judicial surgiram em casos famosos debatidos no âmbito dos Estados americanos. Assim, no Estado americano da Virgínia, o litígio conhecido como *Commonwealth vs. Caton* (1782) foi bem sucedido em atingir certo grau de notoriedade e controvérsia, ocasião em que dois magistrados argumentaram, em voto vencido, que os tribunais poderiam rever a legislação.

No caso *Trevett vs. Weeden*, decidido em 1786 pela Suprema Corte de *Rhode Island*, foi reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei interpretada de forma contrária aos Estatutos dos tempos coloniais, os quais gozavam, naquele tempo, de eficácia de lei fundamental.

Ainda em 1786, a Suprema Corte da Carolina do Norte iniciou a discussão do caso *Bayard vs. Singleton*, cuja decisão final, agasalhadora do reconhecimento da superioridade formal da Constituição face à legislação, foi tomada às vésperas da reunião da Convenção da Filadélfia.

Apesar de se valerem de técnicas jurídicas e fundamentos diversos, e por vezes, até mesmo confusos, os precedentes em referência tinham o mérito comum de destacar a necessidade de fixação de limitações ao Poder Legislativo do Estado, bem como apontar uma “lei suprema” para fazer às vezes de paradigma para o exercício dessa mesma função limitadora. Ou seja, as premissas nucleares do controle judicial de constitucionalidade já estavam ali.

Certamente não há consenso doutrinário sobre os antecedentes remotos da teoria em estudo. É antiga e permanente preocupação com o papel que as regras de direito deveriam representar na regulação de uma sociedade. Todavia, as influências teóricas imediatas na construção da teoria do *judicial review of legislation* americano são as corretamente identificadas pelo constitucionalista espanhol Roberto Luis Blanco Valdés, quais sejam, a teoria de Sir Edward Coke sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e o parlamento e as idéias de John Locke e James Harrington a respeito da superioridade das leis “fundamentais” e do direito natural.³²

De fato, conforme ensina Valdés³³, Sir Edward Coke foi o magistrado inglês que proclamou, em 1610, em plena luta entre o Parlamento e o Rei Jaime I, a supremacia da *common law* sobre o *statutory law*, fixando a premissa de que a primeira pode ser completada, mas não violada, pelo legislador.

Referida teoria, refutada pela realidade de soberania parlamentar britânica, foi curiosa e paradoxalmente acatada na realidade colonial americana, onde os magistrados habituaram-se a julgar a compatibilidade das normas coloniais face às “normas superiores” do reino da Inglaterra.

Já James Harrington escreveu na segunda metade do século XVII a obra *A República de Oceana*, na qual desenvolve a preponderância do “governo das leis” sobre o “governo dos homens”, pois é no primeiro que se concentram as leis fundamentais, responsáveis por apresentar e definir o modo de usufruição dos chamados bens essenciais no exercício da vida em sociedade.

Tais leis seriam nada menos que a base e o centro da república, de modo que se reconhece doutrinariamente, pela primeira vez, a criação de um corpo normativo criado especificamente para proteger princípios superiores.

Todavia, de todos os autores citados acima, provavelmente o que mais influenciou a modelação da teoria americana do *judicial review* foi John Locke, filósofo por excelência da Revolução Inglesa de 1688. Em sua obra, Locke apresenta a principal contribuição ao constitucionalismo inglês de cunho liberal do século XVII, defendendo a necessidade de imposição de diversas limitações ao poder estatal.

³² VALDÉS. Op. Cit., p. 87.

³³ VALDÉS. Op. Cit., pgs. 87/88.

A razão da importância dos escritos de John Locke para o delineamento da teoria do *judicial review* é explicada por Roberto L. Blanco Valdés:³⁴

Em uma linha coincidente se situará a influência doutrinal lockiana. Como vimos detalhadamente no primeiro capítulo, a defesa do caráter supremo do poder legislativo virá acompanhada, na reflexão política de Locke, do estabelecimento de toda uma série de limitações, uma das quais apresenta particular importância para efeitos da problemática a que estamos nos referindo: a que se originava da existência de que o poder dos legisladores respeitasse o “bem público da sociedade” e atuasse conforme a “lei natural, ou seja, a vontade de Deus, da qual a lei natural é uma manifestação”. As idéias lockianas sobre a necessidade de que o poder público estatal se submetesse, em última instância, ao “direito natural”, ultrapassadas na Inglaterra nos momentos finais do século XVIII, encontraram, no entanto, uma acolhida calorosa em suas colônias no território americano e constituíram, sem nenhuma dúvida, a contribuição fundamental do filósofo de Wrington à teoria constitucional americana (...)

Assim, a tese do *judicial review*, persuasiva e bem delineada, começou a se tornar conhecida, ganhando aceitação gradual até a ratificação e entrada em vigor da Constituição norte-americana de 1787, dando contornos à adstrição entre constitucionalismo moderno, marcado pela organização do Estado e limitação do poder estatal por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais, e a necessidade de um texto constitucional escrito. Saliente-se que a Constituição americana foi a primeira constituição moderna, bem como a primeira a ganhar um *status* efetivo de ordem suprema. O fundamento constitucional principal que agasalha essa característica está inserido no art. VI, cláusula segunda, de referida Lei Fundamental, conhecida como *supremacy clause*, cujo teor é:

Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-se-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.

Em reforço à cláusula acima, o art. III, seção II, da Lei Maior norte-americana prevê que o Poder Judiciário teria jurisdição sobre todas as causas de direito e equidade suscitadas no domínio da Constituição. Ainda, a Primeira Emenda da Constituição americana, do ano de 1789, estabelece a proibição do Congresso de elaborar leis contrárias a certos direitos civis e políticos.

³⁴ VALDÉS. Op. Cit., pgs. 89/90.

Embora seja de fácil visualização a inexistência de qualquer mandamento expresse estabelecendo o controle de constitucionalidade na ordem constitucional daquele país, seja a favor da Suprema Corte ou de qualquer outro órgão judicial, a corte de Marshall interpretou a atribuição em questão como uma decorrência lógica do sistema, fixando três premissas: a) a supremacia da Constituição face a todos os corpos normativos da ordem jurídica; b) a conseqüente nulidade de todas as leis ou atos normativos contrários à Constituição; c) a existência de um mecanismo de controle de constitucionalidade, de prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, que deve exercer, de forma suprema, portanto final, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em face da Constituição.

O raciocínio de Marshall encontra guarida doutrinária nas explicações de Alexander Hamilton no Artigo Federalista LXXVIII, para quem o poder anulatório da legislação seria uma atribuição natural absolutamente adstrita à necessidade de se evitar a prática de excessos pelo legislador, preservando os direitos das minorias, assim como fixar as garantias de independência e vitaliciedade do Poder Judiciário.³⁵

A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meios dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição.

Já o jurista Larry Kramer, famoso por estudar, sob uma ótica revisionista, a origem e a história inicial do *judicial review*, explica a evolução do instituto e os motivos de sua aceitação progressiva na realidade norte-americana no final do Séc. XVIII:³⁶

Embora controversa no início, a idéia continuou a ganhar apoio, lentamente no princípio, depois mais rapidamente após a Constituição ter sido ratificada e entrado em vigor. Diversos fatores ajudam a explicar essa aceitação, mas, em parte, acontecia apenas que o argumento a favor do controle, em sua modesta roupagem original, era persuasivo e difícil de ignorar. Se a Constituição era a lei suprema, como todos concordavam que era, então atos legislativos que contrariassem seus

³⁵ HAMILTON, Alexander. **Artigo LXXVIII. Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480.

³⁶ KRAMER. Op. Cit., p. 132.

termos eram *ultra vires* e nulos: não era lei de forma alguma. Os juízes perante os quais tais atos eram trazidos, no curso de litígio ordinário, não poderiam simplesmente ignorar o fato. Fazê-lo seria ignorar o comando direto “do povo” e auxiliar a violação, por outro poder, da vontade expressa do povo.

Em que pese a aceitação dessa teoria tenha se dado de forma abrangente à época, pois, como visto, Marshall teria apenas germinado a semente já plantada pelos constituintes da Filadélfia, apoiados em embasamentos teóricos contundentes, a última premissa do julgamento (item “c” acima: supremacia judicial) foi, e ainda é, de longe, o ponto mais controverso da teoria do *judicial review*, pois, embora seja incontestado a supremacia do texto constitucional, este não teria, de forma explícita, ou mesmo implícita, atribuído a relevante função de sua defesa a qualquer órgão estatal em particular. Menos ainda, teria fixado que essa defesa dar-se-ia em caráter supremo, e, portanto, impositivo aos demais poderes.

Atentando-se para esses questionamentos, poucos observaram que o próprio Hamilton, apenas três escritos depois do *Federalista LXXVIII*³⁷, não descartou de modo inflexível a possibilidade de adoção, pelo sistema jurídico norte-americano, de algum mecanismo que atribua poder aos Parlamentos para revisar, por ato legal, uma decisão de um tribunal:

Não é verdade, em segundo lugar, que o Parlamento da Grã-Bretanha ou os legislativos dos vários Estados têm o poder de retificar as decisões contestáveis de seus respectivos tribunais, em qualquer sentido diverso daquele em que o futuro legislativo dos Estados Unidos poderá fazer. Nem a teoria da constituição britânica, nem a das constituições estaduais, autoriza a revisão de uma sentença judicial por um ato legislativo. Não há tampouco na Constituição proposta nada que o proíba, além do que está também contido nas precedentes.

De fato, uma coisa é afirmar que as leis contrárias à Constituição não podem prevalecer em detrimento da mesma. Outra absolutamente distinta é sustentar que a decisão a esse respeito cabe exclusiva e irrevogavelmente a um poder. Essa é uma problemática que sempre esteve latente à construção da doutrina em estudo, deixando-a exposta a questionamentos até os dias de hoje.

Contudo, a despeito da constatação dessa zona de incerteza e das dificuldades iniciais, o sistema constitucional norte-americano ganhou substância nítida depois de *Marbury vs. Madison*. Os contornos básicos do *judicial review*,

³⁷ HAMILTON, Alexander. **Artigo LXXXI. Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480. págs. 495/496.

tal como preconizados por Marshall, encontram-se em vigor nos Estados Unidos até os dias de hoje.

Trata-se de um controle de constitucionalidade incidental, difuso, exercitável por qualquer órgão do Poder Judiciário de modo prejudicial em face de uma controvérsia real e concreta. Nesse contexto, a palavra final cabe, em caráter vinculante, determinante e hegemônico, à Suprema Corte, última e definitiva voz das questões constitucionais do país.

Em maior ou menor grau, o “esqueleto” da doutrina do *judicial review* foi abraçado pela imensa maioria dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial. Antes de 1945, o modelo da supremacia legislativa, com esboço principalmente nas doutrinas francesa e britânica, era o modelo prevalecente no constitucionalismo mundial.

Com o fim da guerra, um olhar retrospectivo e temeroso, mas não necessariamente correto, de certa forma culpou o modelo da supremacia legislativa por alegadamente não ter sido capaz em evitar tomadas de poder totalitaristas e as numerosas e brutais violações aos direitos humanos anteriores e concomitantes ao conflito armado.

Com isso, como relata Stephen Gardbaum³⁸, viu-se o advento do modelo norte-americano na grande maioria dos países do mundo, com adaptações concretas de maior ou menor grau, consagrando-se o mecanismo da jurisdição constitucional como o adequado à proteção dos direitos e garantias fundamentais por parte de quaisquer atores sociais, mesmo os políticos.

Sob essas perspectivas, tais países adotaram documentos constitucionais rígidos, que exigem uma forma qualificada de deliberação legislativa para sua modificação, cartas de direitos e garantias fundamentais petrificados contra o poder reformador constitucional, organização do Estado, através do estabelecimento de formas e regimes de governo, bem como separação de poderes estatais, com a fixação de um órgão alheio aos Poderes Legislativo e Executivo com atribuição de defesa da constituição contra eventual violação da mesma contra quaisquer atores estatais ou sociais.

³⁸ GARDBAUM. Op. Cit., p. 168.

Como lembra o mesmo autor³⁹, um após o outro, a grande maioria dos países da Europa Continental foram abandonando o modelo de supremacia legislativa, abraçando um modelo com as premissas especificadas acima. Tal situação abarcou as três potências do eixo, Alemanha (1949), Itália (1948) e Japão (1947). Mais tarde vieram a França da Quinta República, Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), entre outras.

Atualmente, apenas Holanda e Luxemburgo não alteraram suas constituições para abraçar algum modelo de *judicial review*, persistindo com a tradição da supremacia legislativa. Mesmo a Grã-Bretanha relativizou a supremacia parlamentar ao incorporar à sua ordem jurídica a Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme restará visto adiante.

Todavia, a preocupação do modelo constitucional europeu de defesa da constituição foi de aperfeiçoar o modelo norte-americano e não adotá-lo de forma irrestrita. Com o sistema de controle de constitucionalidade estritamente difuso, havia a possibilidade de uma lei eventualmente inconstitucional permanecer intocada no ordenamento jurídico em razão da inexistência de uma demanda concreta com a alegação, a título de causa de pedir, do vício de sua inconstitucionalidade.

Além disso, a vinculação da análise da constitucionalidade de um diploma legal a um caso concreto pode, dependendo das circunstâncias, dar azo a decisões com motivações pouco racionais, onde se privilegie uma análise equitativa da lei em detrimento de uma interpretação jurídica mais alinhada com seu verdadeiro âmbito de aplicação. Michel Rosenfeld⁴⁰ bem exemplifica essa problemática:

Tome como exemplo a questão da constitucionalidade da ação afirmativa segundo uma cláusula de isonomia constitucional redigida de forma ampla. Discutivelmente, no caso do controle abstrato, o juiz constitucional tem maior probabilidade de focalizar questões de princípio e de política em um exercício orientado para o futuro que não é diferente daquele tipicamente realizado pelo legislador. Imagine, contudo, que uma impugnação constitucional por uma única mãe de origem modesta que, por sua diligência e sacrifício, teria assegurado uma vaga em uma escola profissionalizante se não fosse pela admissão preferencial de candidatos de uma minoria racial independente do status sócio-econômico. Nesse caso, é provável que o foco do juiz esteja em saber se a autora sofreu uma injustiça

³⁹ GARDBAUM. Op. Cit., pgs. 168/169.

⁴⁰ ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178.

– uma consideração retroativa – mais do que em princípio exclusivamente. Além disso, se fatos reais perante o juiz forem particularmente irretorquíveis, eles podem ter um efeito desproporcional sobre a decisão. Assim, se o juiz decidir no contexto dos fatos acima – os quais assumiremos, como hipótese, que são excepcionais em vez de típicos – que a ação afirmativa é inconstitucional, e se tal decisão se tornar um precedente vinculador, o resultado constitucional dessa decisão terá sido indevidamente sobredeterminado pelas contingências factuais exibidas como centrais quando podiam ser raras ou excepcionais.

Complementando a desconfiança face à precisão do modelo, não há dúvidas de que a possibilidade de qualquer magistrado, em qualquer grau de jurisdição, reconhecer a inconstitucionalidade de um diploma normativo causava instabilidade, insegurança jurídica, decisões discrepantes para situações similares e conseqüente intranquilidade ao jurisdicionado.

Diante disso, foi dada, na Europa, preferência a um sistema de jurisdição constitucional concentrado, onde o controle de constitucionalidade, sendo atribuição exclusiva de uma corte constitucional, restringe-se a uma análise abstrata da higidez da legislação em face da Constituição. Estranho, portanto, a um processo judicial ordinário.

Trata-se do modelo de Hans Kelsen, revelado quando o mesmo apresentou no ano de 1920, a pedido do governo austríaco, a nova Constituição daquele país. Conforme aponta Dirley da Cunha Júnior:⁴¹

O sistema austríaco-kelseniano do controle “concentrado” difere fundamentalmente, como já afirmamos, do modelo americano do controle “difuso”, em diversos pontos: a) quer sob o ponto de vista “subjetivo”, ou seja, de órgão que exerce o controle; b) quer sob o ponto de vista “modal”, isto é, do modo ou da forma como o controle é exercido e a questão da constitucionalidade é resolvida; c) quer, finalmente, sob o ponto de vista “funcional”, vale dizer, respeitante aos efeitos que a decisão produz seja em relação à lei submetida ao controle, seja em relação ao caso no qual a questão de constitucionalidade tenha sido suscitada.

Tal função, para Kelsen, não seria propriamente judicial, mas, como ele mesmo denominou “legislativa-negativa”. Ou seja, cabe ao Tribunal Constitucional, sem analisar litígios concretos, extirpar da ordem jurídica o diploma ou dispositivo legal incompatível com a Constituição, eliminando, a partir daí, qualquer eficácia jurídica que porventura tivera, situação que acaba por reprimir os textos de lei revogados pela lei posterior maculada, que produziu

efeitos até o dia de sua anulação pelo reconhecimento judicial e oficial de sua inconstitucionalidade.

Assim, Kelsen refuta a possibilidade de inserção das cortes constitucionais dentro de qualquer poder do estado, mesmo do Poder Judiciário. A corte constitucional deve ser um órgão extraordinário, afastado da estrutura hierárquica da magistratura e com atribuição exclusiva de proteção constitucional face à legislação violadora. Assim, separados do sistema judiciário regular, os tribunais constitucionais têm como única função rever questões constitucionais. Não lidam com outras matérias e tampouco emitem julgamentos sobre casos, apartando-se assim de matérias jurídicas convencionais.

Estabelecida a consagração mundial do constitucionalismo escrito, tem-se a cultura jurídica legicêntrica do velho continente como quase que inteiramente superada. Os novos diplomas constitucionais nascidos depois da Segunda Guerra dividiram-se, ressalvadas as adaptações pontuais, entre os modelos americanos e o de Hans Kelsen, o que se intensificou após a queda de muitos regimes imperiais e dos regimes comunistas.

Antes do término das guerras, os diplomas constitucionais eram vistos não como autênticas disposições normativas, mas como programas políticos que deveriam nortear e inspirar a ação futura do legislador. A concretização legislativa era quase sempre vista como necessária para operacionalizar muitos direitos, e não havia garantias bem delineadas contra arbítrios.

O constitucionalismo pós 1945 modificou radicalmente esse cenário, propagando a premissa de que a Constituição é a lei suprema de um país, condicionando a validade de toda a legislação e implementação governamental à compatibilidade material dessas disposições com o seu texto, fazendo irradiar, ainda, seus efeitos sobre toda a ordem jurídica.

1.3.

Controle de constitucionalidade forte X controle de constitucionalidade fraco. As variações nas características de acordo com o modelo escolhido

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p.

Após uma análise global, o estudioso se depara com uma variedade de práticas jurídicas que podem ser encaixadas no denominador comum de controle de constitucionalidade das leis. Das diversas compreensões admissíveis, releva de importância para os fins deste trabalho a distinção doutrinária existente entre controle de constitucionalidade forte e controle de constitucionalidade fraco.

Essa classificação é absolutamente importante não só para a compreensão de qual o grau de força atribuída à jurisdição constitucional brasileira, como também é diretamente adstrita ao que vem a ser os diálogos institucionais.

Os países com tradicional apego ao *judicial review* apresentam, ordinariamente, preferência por sistemas de controle de constitucionalidade tido por forte. O sistema de controle de constitucionalidade forte aparece quando o ordenamento jurídico de determinado país concede à sua corte constitucional amplos poderes de revisão legislativa, seja para deixar de aplicar uma lei de forma casuística, seja para torná-la “letra morta” (inaplicável em qualquer aspecto), seja, ainda para alterar, por via hermenêutica, o seu âmbito de aplicação face a determinados direitos fundamentais. Nas palavras de Jeremy Waldron:⁴²

Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra). Além disso, os tribunais nesse sistema têm autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes, e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta. Uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade consistiria em dar poderes aos tribunais para excluir totalmente uma lei de uma vez por todas. Alguns tribunais europeus têm essa autoridade. Parece que os tribunais norte-americanos não a têm.

O controle de constitucionalidade fraco, por sua vez, equivale a um sistema de pouca ou nenhuma liberdade aos tribunais para revisar a legislação em obediência às disposições constitucionais existentes. Em casos tais, os tribunais até podem examinar cuidadosamente a legislação face aos direitos e garantias fundamentais, mas não podem, sob pena de violação aos princípios maiores da

275.

⁴² WALDRON. Op. Cit., p. 100.

separação de poderes e soberania parlamentar, se recusar a aplicar ou mesmo moderar a aplicação das leis.

Tão forte é essa limitação na linha de atuação judicial que a proibição de intromissão persiste, em alguns casos, mesmo se a aplicação concreta da legislação objeto de controvérsia resultar em uma violação dos direitos fundamentais protegidos. Descabe ao Poder Judiciário, em qualquer caso, interferir nesse sentido.

Isso não quer dizer que a atividade interpretativa resta eliminada. Muito pelo contrário, salvo sistemas de rigoroso apego à letra da lei (França), diagnosticar a compatibilidade ou não da legislação ordinária com o texto maior é inerente à atividade jurisdicional. A grande marca do modelo de controle de constitucionalidade fraco reside na capacidade das instituições majoritárias de fazer valer, com um certo dinamismo, sua própria visão em detrimento da já apresentada Poder Judiciário. Mark Tushnet bem explica:⁴³

The Mark of weak-form is not that the scope of judicial review is narrow. Courts in weak-form systems have the Power to evaluate all legislation to determine whether it is consistent with all of the constitution's provisions without exception. Rather, the Mark of weak-form review is that ordinary legislative majorities can displace judicial interpretations of the constitution in the relatively short run. Weak-form review responds to the concern that strong-form review allows courts with an attenuated democratic pedigree to displace decisions taken to bodies with stronger democratic pedigrees (...)

Como já facilmente observável, os países de controle de constitucionalidade fraco são, em regra, aqueles que empregam a tradição da soberania parlamentar acima explicada. É o caso, por exemplo, do sistema britânico tradicional anterior à incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como do sistema constitucional da Nova Zelândia, onde os tribunais não podem deixar de aplicar uma lei, mesmo que ela implique em violação aos direitos humanos⁴⁴, podendo, contudo, empreender esforços para achar uma interpretação legal compatível com estes.

Estabelecida a distinção, é imperioso reconhecer que o sistema constitucional brasileiro abraça um modelo de controle de constitucionalidade

⁴³ TUSHNET. Op. Cit., p. 2787.

⁴⁴ Art. 109, parágrafo quarto, *New Zealand Bill of Rights*, 1990.

nitidamente forte. Assim o é porque assiste ao Supremo Tribunal Federal prerrogativa mista de controle de constitucionalidade por via concentrada e difusa.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o poder de revisão anulatória da legislação federal e estadual ganha contornos amplos e diversificados com modelos de ação como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, bem como a revisão anulatória, em caráter supletivo, de legislação de qualquer entidade federativa, anterior ou posterior à Magna Carta, via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, todas de competência constitucional improrrogável e exclusiva atribuída ao Supremo Tribunal Federal.⁴⁵

Nesse diapasão, nenhum dispositivo escancara o caráter forte do controle de constitucionalidade brasileiro de forma mais vigorosa do que o art. 102, parágrafo segundo, da Lei Maior:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Além disso, como sabido, o Supremo Tribunal Federal possui ampla competência recursal em controle de constitucionalidade pela via difusa, o que demonstra não ser ele uma autêntica corte constitucional nos moldes previstos originalmente por Hans Kelsen e abraçado pela grande maioria dos países da Europa continental (como Alemanha, Itália e Espanha).

Todavia, a classificação em estudo não é exaustiva, ou mesmo estática, de modo que não é possível enquadrar automaticamente todos os ordenamentos constitucionais existentes em um ou outro modelo. A situação canadense, a ser melhor estudada adiante, é um exemplo preciso da pertinência dessa observação.

Realmente, embora estruturada sobre as bases principiológicas de um controle de constitucionalidade apto a reconhecer a não aplicabilidade de determinada legislação, nacional ou provincial, ofensora dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta de Direitos e Liberdades Canadenses, certos diplomas legais desse país podem estar expressos em um mecanismo jurídico que

os “imunizam” desse exame de compatibilidade material, podendo as assembléias canadenses legislar “não obstante” os direitos previstos na carta.

Sendo assim, a realidade constitucional canadense, não pode ser colocada em nenhuma das duas classificações de forma peremptória, pois possui elementos inerentes a ambos os sistemas de controle de constitucionalidade das leis.

A classificação se vê imersa em maior grau de complexidade quando se verifica o constante risco de falta de um certo continuísmo prático nos dois sistemas. Quer se dizer que, a fixação de determinado sistema, fraco ou forte, pode se dar em razão de uma escolha constitucional ou em razão de uma cultura legal e social gradual de aceitação institucional. Porém, Mark Tushnet⁴⁶ revela ser possível que um sistema originalmente de controle fraco torne-se forte (e vice-versa) conforme o desenvolvimento das práticas jurídicas por parte das instituições⁴⁷.

Ou seja, um sistema originariamente fraco pode mudar gradativamente para um sistema forte se a prática judiciária não for objeto de respostas por parte do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que um sistema de controle de constitucionalidade forte com um Poder Judiciário deferente pode, na prática, se revelar como um sistema fraco. Além disso, a dicotomia ora estudada leva em consideração apenas o *judicial review* exercido sobre a legislação promulgada pelos parlamentos, deixando de levar em conta o controle de constitucionalidade realizado sobre os atos governamentais do Poder Executivo e os atos de natureza administrativa e regulamentares de poderes distintos do Poder Legislativo.

De qualquer forma, certamente interessará de maneira especial a este trabalho as situações de controle de constitucionalidade fraco, mas com temperamentos, onde se observa que o sistema constitucional por um lado, não torna o poder anulatório ou moderador da legislação uma prerrogativa absoluta do

⁴⁵ Art. 102, inciso I, alínea “a” e art. 102, parágrafo primeiro, da Constituição da República de 1988, regulamentados, respectivamente, pelas Leis n. 9868/99 e 9882/99.

⁴⁶ TUSHNET. Op. Cit., p. 2787.

⁴⁷ Em uma abordagem distinta, Katharine G. Young sugere que o aspecto de dualidade entre sistemas fortes e fracos deve dar lugar a uma abordagem multifuncional, na medida em que determinada corte constitucional pode exercer controle forte ou fraco de acordo com a natureza de determinadas pretensões, ocorrendo, normalmente, uma atuação judicial deferente quando em jogo direitos sociais e econômicos que demandam implementação via políticas públicas. YOUNG, Katharine G. **A typology of economic and social rights adjudication: exploring the catalytic function of judicial review.** Oxford University, 2010, p. 387/388. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/8/3/385.abstract>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

Poder Judiciário e, também, por outro, não deixa os direitos e garantias fundamentais á inteira disposição alteradora ou supressora do Poder Legislativo.

Assim, o antigo pensamento, outrora tido por inquestionável, no sentido de que ou a Constituição seria lei suprema, não sujeita à alteração por meios ordinários, ou, sem qualquer possibilidade de meio termo, se encontraria no mesmo nível das leis ordinárias e, como qualquer outro diploma legal, estaria submetido à livre revisão pelo Poder Legislativo, já começou a sofrer abalo em suas premissas.

O objetivo dos países que vem se valendo dos modelos fracos de cunho conciliatório, como é o caso do Canadá, é justamente vencer o aspecto de radicalidade na dicotomia aqui apresentada. Essa tendência, de certa forma ainda em fase de experimentação relativamente recente, é notada através da utilização de instrumentos jurídicos promotores de diálogos institucionais e moderações à revisão legislativa pelo Poder Judiciário.

Essa resposta alternativa foi, desde as primeiras concepções, produzida de forma consciente pelos seus idealizadores com o desiderato de promover um afastamento do modelo dominante de controle de constitucionalidade das leis. Isso ocorreu porque este último, com o passar dos anos tornou-se padecedor de questionamentos de legitimidade democrática não só em razão da forma como as controvérsias são seladas, mas também em face do próprio exercício de atividade protetora dos direitos fundamentais. Trata-se de problemática a ser estudada no capítulo seguinte.