

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DA *COMMONWEALTH*: A CONFORMAÇÃO DE UMA NOVA ALTERNATIVA INSTITUCIONAL À SUPREMACIA JUDICIAL

Luis Cláudio Martins de Araújo*

Resumo: Desde *Marbury v. Madison* em 1803, a jurisdição constitucional tem se expandido em todo o mundo, consolidando a ideia de que cabe ao Poder Judiciário o poder de dizer a última palavra em questões constitucionais. Neste sentido, diante desta expansão global da jurisdição constitucional, mais do que nunca, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, é reservada a juízes não eleitos democraticamente, e, assim, ao final, pode-se estatuir que o sistema de *judicial review* de matriz norte-americana, acaba por trazer perdas efetivas à questão democrática. Desta feita, o novo modelo do *commonwealth* de constitucionalismo, ao oferecer ao Poder Legislativo o poder formal amplo de substituir direitos, e, portanto, também as decisões judiciais, pode ser visto como uma alternativa, intermediária à supremacia judicial e legislativa, permitindo maior ganho para a questão legitimatória e democrática.

Palavras-Chave: Jurisdição constitucional. Supremacia judicial.

* Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em *International Environmental Law* pela *United Nations Institute for Training and Research* (UNITAR) com extensão em *Private International Law* pela *Hague Academy of International Law* (HAIL) e em *International Law* pela *Organization of American States/Inter-American Juridical Committee* (OAS/IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União).

Sistema da *commonwealth*. Nova alternativa institucional.

THE JUDICIAL REVIEW IN THE COMMONWEALTH SYSTEM: THE FRAMEWORK OF A NEW INSTITUTIONAL ALTERNATIVE TO THE JUDICIAL SUPREMACY

Abstract: Since *Marbury v. Madison* in 1803, the judicial review has been expanding around the globe, developing the idea that the Judiciary branch has the power to say the last word on constitutional issues. Thus, this global expansion of judicial review expresses that, currently, not elected judges take decision in regard of moral and political complex issues, affecting the democratic principle. Therefore, the new commonwealth model of constitutionalism provides the Legislature branch with the power to replace rights and judicial decisions, as an alternative to the judicial and legislative supremacy, that brings important consequences to the democratic debate and to the legitimacy issue.

Keywords: Judicial review. Judicial supremacy. Commonwealth system. New institutional alternative.

Sumário: 1. A expansão do judicial review e a ampliação do modelo de supremacia judicial; 2. A jurisdição constitucional no sistema da commonwealth e a conformação de uma nova alternativa institucional à supremacia judicial; 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO



Quando se tenta enfrentar o debate recente do constitucionalismo moderno, se observa que por um longo período de tempo, na maior parte do mundo, as constituições eram vistas como meras proclamações políticas desprovidas de nor-

matividade, cabendo ao Poder Legislativo legitimamente eleito, a edição de normas jurídicas imperativas que eram imunes à jurisdição constitucional. Esta visão, hegemônica principalmente na Europa, via a Constituição, com exceção das normas de organização dos poderes, como mera proclamação política despida de força jurídica. Contudo, desde o julgamento de *Marbury v. Madison* em 1803 pela Suprema Corte norte-americana, a jurisdição constitucional tem passado a ocupar um papel de destaque nos sistemas jurídicos, desenvolvendo a ideia de que o Poder Judiciário é o guardião último da constituição, com respostas para todos os problemas jurídicos e políticos das sociedades contemporâneas. Neste sentido, o estudo do novo modelo do *commonwealth* de constitucionalismo, se configura de fundamental importância para compreensão desta alternativa à supremacia judicial e legislativa, ao permitir que a última palavra sobre a proteção de direitos seja de atribuição do poder legislativo.

1. A EXPANSÃO DO *JUDICIAL REVIEW* E A AMPLIAÇÃO DO MODELO DE SUPREMACIA JUDICIAL.

Ao se enfrentar o debate recente da jurisdição constitucional¹, se observa claramente que, principalmente no sistema jurídico europeu, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo e organização de poder, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo

¹ Utilizaremos para os fins do presente artigo as expressões jurisdição constitucional, *judicial review*, revisão judicial e controle de constitucionalidade como sinônimos.

do *judicial review*².

Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia que as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional³, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison*⁴ em

² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³ É bem verdade que, é possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional. Na Grécia, era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração. O procedimento dessa invalidação era chamado de *grapheparanomon*, e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez, este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional. Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista, se desenvolveu o início da jurisdição constitucional através da *common law*, como no *Thomas Bonham v. College of Physicians case* ou *Bonham case* de 1610, em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora da *common law*, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada pelo resultado. No caso, Sir Edward Coke, *Chief Justice* da *Court of the Common Pleas*, invalidou as multas aplicadas pelo *Royal College of Physicians* que tinha poderes, segundo o *Parliament Act* de 1523 e do *Royal Decree* de 1518, de multar os membros que desrespeitassem suas regras. A multa era dividida entre o Colégio e a Coroa. Bonham foi multado e preso em 1610, e, ingressou com uma ação por detenção injusta perante a *Court of the Common Pleas*, porque ninguém pode ser juiz e parte na mesma causa, o que violava a *common law*.

⁴ Há, contudo, na jurisprudência norte-americana, decisões anteriores à *Marbury v. Madison*, nas quais cortes Estaduais se manifestaram sobre a constitucionalidade das leis, como se deu em *Commonwealth v. Caton case* de 1782, em que a *Virginia Court of Appeals* entendeu pela validade do *Virginia's Treason Act*. Em *Commonwealth v. Caton case*, John Caton e outros, condenado à morte por traição pela *General Court of Virginia*, foram perdoados em 1782, pela *House of Delegates of the State*. Contudo, o Senado, que deveria se manifestar sobre o caso, não concordou com o perdão, e, a questão foi levada à *Court of Appeals of Virginia*, que entendeu que o perdão não era válido sem a anuência do Senado, e, que o ato da *House of Delegates of the State* de Virgínia seria inconstitucional. O controle de leis estaduais perante as Constituições Estaduais, foi igualmente manifestado em *Holmes v. Watson* de 1780, julgado pela *New Jersey Supreme Court*; *Rutgers v. Waddington* de 1784, julgado pela *New York City Mayor's Court*; *Symsbury v. Bidwell* de 1785,

1803 pela Suprema Corte norte-americana⁵.

Em *Marbury v. Madison*⁶, John Marshall que era o

juizado pela *Litchfield County Superior Court* em Connecticut; *Trevett v. Weeden* de 1786, julgado pela *Rhode Island Supreme Court* e *Bayard v. Singleton* de 1787, julgado pela *North Carolina Superior Court*. Da mesma forma, há na jurisprudência norte-americana, decisões anteriores à *Marbury v. Madison*, nas quais cortes federais se manifestaram sobre a constitucionalidade das leis estaduais, como em *Vanhorne's Lessee v. Dorrance case* de 1775, em que a Suprema Corte norte-americana entendeu pela invalidade do *Pennsylvania's Quieting and Confirming Act*. *Vanhorne's Lessee v. Dorrance case*, foi um dos primeiros casos em que um tribunal federal entendeu por não aplicar uma lei estadual por estar em conflito com a constituição estadual. No caso, o *Virginia's Treason Act* desapropriou bens sem indenização, e, portanto, de acordo com o *Justice William Paterson*, seria incompatível com os "direitos inerentes e inalienáveis do homem" e com a estabilidade dos contratos garantidos pela Constituição do Estado e pela Constituição norte-americana. De toda sorte, *Marbury v. Madison* foi a primeira decisão da Suprema Corte norte-americana em que houve a análise da compatibilidade entre uma lei federal e a Constituição norte-americana.

⁵ O artigo III da Constituição norte-americana afirma que o "poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer."

⁶ É interessante esclarecer o panorama histórico e político envolvendo *Marbury v. Madison*, e, o simbolismo em torno do caso. Os Estados Unidos da América conquistaram sua independência em 1776, e, em 1787, a Constituição norte-americana foi aprovada durante a Convenção Constitucional da Filadélfia. À época, as instabilidades políticas eram múltiplas, com a tensão com a Inglaterra, e, as disputas internas de poder entre federalistas e democrata-republicanos. Nas eleições de 1800, os democrata-republicanos obtiveram maioria nas duas casas do Poder Legislativo, e, Thomas Jefferson, um dos criadores do partido democrata-republicano, conseguiu derrotar o candidato do então presidente John Adams, Aaron Burr, na disputa pela presidência da República. Adams, ciente da derrota, e, de forma a se resguardar, tratou de aparelhar politicamente o Poder Judiciário. Assim, inicialmente, aprovou o *Judiciary act* em janeiro de 1801, criando dezoito cargos judiciais, com a suposta pretensão de consolidar o Poder Judiciário no país e desvincular os juizes da Suprema Corte da atuação simultânea como *circuit justices*. Em fevereiro do mesmo ano, e a menos de 15 dias do término de seu mandato, Adams aprovou o *The organic act of District of Columbia*, uma lei de organização por meio da qual foram criados quarenta e dois cargos de juiz de paz, que foram preenchidos por meio de um procedimento relâmpago. Por fim, Adams nomeou seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A estes futuros agentes públicos, os democrata-republicanos denominaram *midnight judges*, associando a nomeação dos mesmos aos momentos finais do governo de Adams. De toda sorte, com a nova composição do Congresso, de maioria democrata-republicana, o *Judiciary act* foi revogado pelo *Repeal Act* de 1802, levando à extinção dos cargos de

Chief of Justice, manejou o raciocínio, inovador à época, de que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior⁷, e neste sentido, Marshall origina o debate moderno sobre o papel do judiciário federal no constitucionalismo norte-americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais^{8,9}.

circuit judge e à retirada dos respectivos juízes de seus postos. Não tardou para que os conflitos de interesses se judicializassem. Joseph Reed, *circuit judge* prejudicado pela revogação do *Judiciary act*, pediu a manutenção do pagamento de sua remuneração. Stuart, outro *circuit judge* prejudicado, requereu que a revogação do *Judiciary act* fosse declarada inválida pela Suprema Corte, com a retomada do cargo de *circuit judge*. Por fim, e certamente não menos importante, William Marbury impetrou *writ of madamus*, reuendo que lhe fosse dado a posse no cargo de juiz de paz, visto que, apesar de já nomeado com base no *The organic act of District of Columbia*, o Secretário de Estado do presidente Jefferson, James Madison, não deu a Marbury a investidura no cargo de juiz de paz. O caso de William Marbury foi julgado antes dos demais pela Suprema Corte, e, relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice* John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Marshall entendeu que os juízes possuíam direito à investidura, e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto, mas, por outro lado, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar a matéria, pois, no entendimento de Marshall, as competências originárias da Suprema Corte estariam submetidas à reserva de Constituição. Assim, Marshall inaugura o *judicial review* moderno, que corresponde à viabilidade do Poder Judiciário, à luz de parâmetros constitucionais, revisar ou até mesmo anular atos emanados dos outros Poderes.

⁷ Todavia, em *Stuart v. Laird*, julgado uma semana após *Marbury v. Madison*, que envolvia o pleito de Stuart para a retomada do cargo de *circuit judge*, e cujo advogado, Charles Lee, foi o mesmo que atuou em *Marbury*, a posição da Suprema Corte norte-americana foi exatamente no sentido oposto. A tese da Suprema Corte, capitaneada pelo *Justice* William Paterson, foi a de que o Congresso tinha autoridade sob a Constituição tanto para estabelecer, como abolir, os *circuit judges*. Cabe adicionar que John Marshall declarou-se impedido de julgar o caso *Stuart v. Laird*, alegando ter funcionado como *circuit judge* no juízo *a quo*.

⁸ GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*.

Já no Continente Europeu, o caminho percorrido pela Jurisdição Constitucional toma um rumo um pouco diverso, podendo-se afirmar que até início do século XX o positivismo formalista afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo^{10,11}, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditas pelo Poder Legislativo e o papel do intérprete judicial se resumiria a fazer com que a vontade legislativa incidisse nos casos concretos, sendo o Poder Judiciário mero aplicador autômato de comandos ditados pelo Legislativo¹².

Tal concepção, contudo, entra em crise no começo do século XX^{13,14,15}, e a ideia da jurisdição constitucional se de-

Princeton University Press, 1999.

⁹ Na verdade, antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições de leis estaduais e locais. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais, aumentou consideravelmente, e a invalidação de leis federais tornou-se comum.

¹⁰ É bem verdade, contudo, que houve experiências anteriores ao início do século XX, de controle judicial dos atos do Poder Legislativo na Europa, como a Constituição Suíça de 1874, que previa expressamente em seu artigo 113, al. 1, cap. 3, uma espécie de controle incidental de constitucionalidade.

¹¹ Também é verdade que na Europa, após a Revolução Francesa, Sieyès propôs à constituinte de 1795, a criação de um *jurie constitutionnaire* composto por membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. Contudo, tal concepção não prosperou entre os liberais franceses, e, acabou se optado pela criação do *Sénat Conservateur* com a Constituição do ano VII.

¹² A concepção generalizada com as Revoluções Liberais na Europa no século XVIII, era a de que as ameaças vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o legislativo, recém-dotado de legitimidade democrática, era visto como um garantidor das liberdades fundamentais burguesas.

¹³ Com a queda das monarquias na Europa após o fim da Primeira Grande Guerra, inicia-se e afirma-se a concepção democrática. Também nesse período é editada a Constituição austríaca de 1920, fortemente influenciada por Hans Kelsen, representando o marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade na Europa. O modelo austríaco de controle de constitucionalidade é exercido por um Tribunal Constitucional, que por meio da jurisdição concentrada, pode invalidar uma norma, através de uma decisão de natureza constitutivo-negativa e com efeitos prospectivos. Contudo, o artigo 140 da Constituição austríaca, alterado pela reforma constitucional de 1929, permite que o controle perante o Tribunal Constitucional, também seja suscitado pelo *Oberster Gerichtshof* (Supremo Tribunal de Justiça) e pelo *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal de Justiça Administrativa), pela via inciden-

envolve na Europa com o término da Segunda Guerra Mundial¹⁶, e, se aprofunda no fim do século XX¹⁷ e início de século XXI, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário^{18,19} e sua proteção pas-

tal, tendo a decisão do Tribunal Constitucional, nestas hipóteses, eficácia retroativa.

¹⁴Entretanto, conforme aponta Rodrigo Brandão “apesar da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entre guerras foi o avanço de movimentos antiliberais (...) pois as ortodoxias do liberalismo econômico - em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital - não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período (desemprego em massa, superprodução, inflação, estagnação econômica etc.). A crescente direção da economia pelo Estado - sufragada pelo influentíssimo magistério de John Maynard Keynes - gerou uma profunda alteração institucional mesmo nos países imunes ao avanço do fascismo (ex. Estados Unidos da América, Inglaterra e França), pois os Parlamentos perderam espaço para o Executivo no exercício dessa nova função estatal. Com efeito, o legislativo não se mostrava apto a prover as respostas céleres, técnicas e casuísticas que os referidos problemas econômicos demandavam. (...) Com efeito, nas décadas de 1920 e 1930 o liberalismo político vivenciou a sua maior crise, pois a combinação entre a ineficiência da doutrina do *laissez-faire* e das instituições liberais para debelar a crise econômica, a massa de desempregados, a ameaça comunista etc., formou um cenário propício para o triunfo da direita antiliberal na Europa”.

¹⁵ Apesar da Constituição austríaca de 1920 representar um marco fundamental para o controle de constitucionalidade na Europa, com a criação de um Tribunal Constitucional que exerce o controle de constitucionalidade por meio da jurisdição concentrada, pode-se afirmar que houve experiências anteriores à austríaca na construção de Tribunais Constitucionais, como é o caso da Suprema Corte de Mônaco estabelecida pela Constituição de 1911.

¹⁶ É o que se observa na Alemanha e Itália, que instituíram Cortes Constitucionais no pós-Segunda Guerra.

¹⁷ Portugal e Espanha - após suas respectivas revoluções - e os países do leste Europeu e as ex-repúblicas Soviéticas - com a queda de seus regimes - criaram suas Cortes Constitucionais.

¹⁸ Alguns países na Europa não adotaram o modelo de Cortes Constitucionais, como é o caso da Suíça, que na atual Constituição de 1999, não trata formalmente, em nível federal, de um Tribunal Constitucional. Assim, segundo o artigo 189 da Constituição de 1999, cabe, fundamentalmente, ao Tribunal Federal suíço, que é a autoridade judiciária última, garantir a proteção dos direitos constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos. Ademais, em nível federal, este controle, em regra, se desenvolve no caso concreto, quando da interposição de recurso ao Tribunal Federal

sava a caber ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, em um período mais recente, principalmente na segunda quadra do Século XX e no início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura na Europa a ideia da supremacia do judiciário. Ademais, com a virada kantiana e o retorno da ética normativa²⁰, a interpretação jurídica se aproxima da argumentação moral, na tentativa de promover uma ordem justa e democrática, focada no desenvolvimento de modelos de interpretação que busquem retomar certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico²¹. Percebe-se então,

suíço, após terem sido esgotadas as instâncias cantonais e federais. Contudo, o regimento suíço também admite o uso da jurisdição constitucional abstrata, quando da análise, pelo Tribunal Federal suíço, das leis cantonais, visando exatamente garantir o cumprimento da dimensão federalista, através de mecanismos de vigilância da Confederação em relação aos cantões. Da mesma forma, cabe lembrar que, por força do artigo 190 da Constituição de 1999, o Tribunal Federal suíço, ao analisar a constitucionalidade de uma lei federal, não pode anular ou recusar a aplicação da lei, devendo apenas conferir ao dispositivo a interpretação que melhor se harmoniza com a Constituição. Assim, uma norma incompatível com a Constituição, só poderá ser modificada ou ab-rogada formalmente, pela autoridade legislativa competente, por meio de um processo legislativo regular.

¹⁹ A Europa, a partir da segunda metade do século XX, passa a temer também as instituições democraticamente eleitas e os processos políticos majoritários, visto que os movimentos antiliberais que tiveram lugar no entre-Guerras se desenvolveram democraticamente.

²⁰ MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 1, p. 89-105, 2008.

²¹ Desta maneira, o direito passou por novas concepções e é possível observar algumas contribuições deste movimento, como: o surgimento de novas teorias interpretativas, como a teoria da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; o surgimento de teorias argumentativas e teorias do discurso, como a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria do constitucionalismo discursivo, também de Alexy; e o surgimento de uma nova teoria hermenêutica, com postulados próprios e técnicas como a ponderação de interesses, a interpretação conforme à Constituição e a filtragem constitucional. Acredita-se que todas estas mudanças, em suma, levam a um resultado comum: o surgimento de uma nova teoria da norma jurídica na teoria constitucional e pode-se afirmar que esta é o resultado de todas as mudanças que se promoveram durante este

desta forma, uma forte tendência de se positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais e de se criar Cortes Constitucionais^{22,23} com a função principal de monitorar violações a direitos fundamentais, com a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades e a ascensão do judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos²⁴.

De toda sorte, pode-se afirmar que este processo de avanço da jurisdição constitucional em escala global, carrega a percepção de que a função do Poder Judiciário é o de cultor último da constituição, se sobrepondo aos demais Poderes e

curso da segunda metade do século XX para a primeira década do século XXI. Para maiores detalhes acerca da teoria constitucional contemporânea, BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011.

²² Este modelo, se deve em grande parte à configuração desenhada por Hans Kelsen de jurisdição constitucional. Segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade seria competência de um Tribunal Constitucional, que através da jurisdição concentrada poderia invalidar uma norma. Ademais, a decisão do Tribunal Constitucional possuiria natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos. O Tribunal Constitucional, também atuaria como um legislador negativo enquanto vinculado à Constituição, visto que a atuação como legislador positivo estaria a cargo do Poder Legislativo. Na concepção kelseniana, com a criação de um Tribunal Constitucional, estaria se garantindo a força normativa da Constituição, contudo, as questões políticas permaneceriam com o Poder Legislativo. Todavia, para Kelsen, o ato de decisão judicial não é apenas de aplicação do Direito, visto que a norma jurídica constitui uma espécie de moldura, onde são possíveis diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações possíveis, cabendo ao juiz preencher essa moldura.

²³ Já para Carl Schmitt, em oposição à concepção de Kelsen, o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente do Reich, que se colocaria como um poder intermediário e desvinculado de interesses. A visão de Carl Schmitt, se assemelha à ideologia do *pouvoir neutre* do monarca de Benjamin Constant, aplicável aqui aos Chefes de Estado. Carl Schmitt afirmava, ainda, que a guarda da Constituição tinha natureza política, logo não poderia ser atribuída ao Judiciário - sob pena de se configurar uma indevida "politização da justiça" - ou a qualquer um dos poderes constituídos - pois tal competência lhe conferiria ascendência sobre os demais, tornando-se não o guardião, mas o "senhor" da Constituição.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

com respostas para todos os problemas jurídicos e políticos^{25,26}. Além disto, a permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário, que emite a última palavra sobre questões constitucionais.

Um dos grandes problemas desta concepção, contudo, se dá pelo fato de que na jurisdição constitucional, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada para um punhado de juízes não eleitos democraticamente²⁷.

É bem verdade que o isolamento relativo de juízes da influência política tende à imparcialidade, especialmente dentro de processos desenvolvidos para fornecer todas as garantias possíveis, ou seja, é verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma corte constitucional é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das majorias, visto que o insulamento da corte lhe confere uma importante vantagem

²⁵ Tal concepção é típica do modelo de decisão maximalista, onde os juízes resolvem casos difíceis segundo razões amplas e profundas sobre questões políticas, morais, filosóficas, antropológicas, biológicas e econômicas altamente controvertidas, ao contrário do minimalismo constitucional.

²⁶ Segundo Brandão, 2012, em situações de grande complexidade, a corte pode se deparar com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável. Assim, uma eventual postura maximalista em face de questões altamente complexas, aumenta a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a sua interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controvertida fora do alcance de majorias legislativas ordinárias, produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.

²⁷ Este déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos, quanto à invalidação de decisões tomada pelos representantes eleitos do povo, foi definido por Alexander Bickel como dificuldade contramajoritária. Para tanto vide: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

institucional comparativa em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo para desempenhar essa relevante função contramajoritária.

No entanto, existem cenários em que a atuação do judiciário pode se dar contra os direitos das minorias que estejam sendo promovidos na arena política e a história mostra que os tribunais muitas vezes tomaram decisões restritivas sobre direitos fundamentais, como se observa, exemplificativamente em *Dred Scott v. Sanford* de 1857²⁸, *Lochner v. New York* de 1905²⁹, *Hammer v. Dagenhart* de 1918³⁰, *Bailey v. Drexel*

²⁸ A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Dred Scott v. Sanford* de 1857, foi especialmente lesivas aos afrodescendentes. No caso, a Suprema Corte julgou improcedente demanda de escravo que postulava a sua libertação, entendendo que os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, pelo que não poderiam postular a salvaguarda de direitos previstos na Constituição. *Dred Scott v. Sanford* foi superado apenas pela décima terceira emenda que extinguiu a escravidão, em uma rara hipótese no cenário norte-americano de superação pelo Poder Legislativo de decisão tomada pela Suprema Corte.

²⁹ A Suprema Corte norte-americana, também tomou inúmeras decisões contrárias aos interesses daqueles que buscavam as reformas sociais e econômicas. Este período foi chamado de a era *Lochner*, após o julgamento de *Lochner v. New York* de 1905, momento histórico definido por decisões judiciais de invalidação das leis sociais em geral, em detrimento de valores que compunham o ideal liberal. No caso, o Estado de Nova Iorque editou em 1895 o *Bakeshop act*, lei que regulava as condições sanitárias e de trabalho em padarias e que possuía, dentre seus dispositivos, uma limitação à carga horária dos padeiros em dez horas diárias ou sessenta horas semanais. O desrespeito à mencionada regra, acarretava a pena de multa ao responsável pelo estabelecimento. Joseph Lochner era dono de uma padaria situada em território dentro da jurisdição de Nova Iorque. Indignado com o recebimento da segunda multa em virtude do desrespeito à restrição legal do período de trabalho de seus funcionários, ele levou a controvérsia até os tribunais. Em seu ponto de vista, a lei do Estado de Nova Iorque violava a liberdade de contratar, direito constitucionalmente albergado sob a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial. Em 1905, a Suprema Corte, então, decidiu, diante de apertada votação (cinco votos a quatro), declarar a inconstitucionalidade da referida legislação, alegando ser desarrazoada, desnecessária e arbitrária a limitação que a mesma impunha à liberdade de contratar. O período *Lochner* foi superado pelo julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* em 1937.

³⁰ Da mesma forma, a Suprema Corte tomou inúmeras decisões contrárias à tentativa de extinguir o trabalho infantil nos Estados Unidos. Em *Hammer v. Dagenhart*, a Suprema Corte decidiu que uma lei de 1916 que proibia o trabalho infantil para fabricar produtos no comércio interestadual era inconstitucional. O tribunal conside-

Furniture Co. de 1922, *Hirabayashi v. United States* de 1943³¹ e *Korematsu v. United States* de 1944³².

Logo, pode-se afirmar que, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, o potencial de capacidade deliberativa, sem interferência de tecnicidades jurídicas que tendem a empobrecer o debate do direito frente à política e à moral, está mais próximo dos processos deliberativos que ocorrem na sociedade e em vários outros fatores institucionais relacionados. Ou seja, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões depende de que o procedimento democrático de decisão

rou que a lei estava fora dos limites do poder de comércio interestadual e também violava os direitos dos estados sob a Décima Emenda. Posteriormente, em *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, a Suprema Corte entendeu que seria também inconstitucional cobrar um imposto sobre artigos produzidos por trabalho infantil por violação da Décima Emenda. Apenas em 1941 em *United States v. Darby Lumber Co.*, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da *Fair Labor Standards Act* de 1938, que proibia o trabalho infantil em inúmeras situações.

³¹ Em *Hirabayashi v. United States*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a aplicação do toque de recolher e o confinamento de grupos minoritários seria constitucional, nos casos em que os Estados Unidos estivesse em guerra com o país de que esse grupo se originou. No caso, o Presidente Franklin D. Roosevelt em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial, emitiu a *Executive Order 9066* que permitia a limitação e exclusão de certas pessoas de certas áreas, independentemente de sua ascendência ou país de cidadania. Assim, foi imposto o toque de recolher contra estrangeiros de ascendência japonesa e sobre nipo-americanos. Mais tarde, foram criadas áreas de confinamento contra japoneses e nipo-americanos. Gordon Kiyoshi Hirabayashi, foi acusado e condenado por violar a ordem de toque de recolher, tendo a Suprema Corte norte-americana confirmado a condenação, o que culminou com o envio do réu para campo de confinamento. Em 1986 e 1987, as condenações de Hirabayashi foram *overturned* pela *United States District Court in Seattle* e pela *Federal Appeals Court*, porque as evidências para condenação seriam falsas.

³² Em *Korematsu v. United States*, da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana entendeu pela constitucionalidade da *Executive Order 9066* e pela permanência de nipo-americanos em campos de confinamento durante a Segunda Guerra Mundial. No caso, a Suprema Corte considerou a necessidade de proteger o país contra possíveis atos de espionagem perpetrados por japoneses e americanos descendentes de japoneses, com limitação de direitos individuais. A decisão em *Korematsu v. United States* foi *overturned* em 1983 pela *United States District Court for the Northern District of California*, pois o governo federal teria apresentado informações falsas à Suprema Corte.

coletiva seja compatível com as diferentes concepções de vida existentes em uma sociedade³³, e assim, pode-se afirmar que não é papel do Poder Judiciário a adoção de teses jurídicas que debatem complexas teorias que se embasam em princípios de alta densidade moral, em detrimento de regras jurídicas preexistentes, como se a Constituição conferisse ao Poder Judiciário o domínio exclusivo da interpretação constitucional, in seio aos demais Poderes³⁴.

Desta forma, é claro o risco de o Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, cujas decisões são incontrastáveis, visto que não há nenhuma garantia, a priori, de que a interpretação do judiciário será mais benéfica do que a levada a cabo pelo legislador, e, portanto, esta concepção tende a obscurecer o papel desempenhado pelas outras instâncias na definição do sentido da Constituição, uma vez que a visão convencional sobre interpretação constitucional, de que cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição, não é salutar^{35,36} na medida em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições^{37,38}.

³³ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999. p. 111.

³⁴ WALDRON, 2009.

³⁵ Em sentido oposto, quanto à insindicabilidade dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, a Constituição irlandesa, por exemplo, prevê que a aplicação das suas normas de justiça social deve ser feita exclusivamente pelo Parlamento, e não deve ser conhecidas pelas cortes.

³⁶ Ainda quanto à não sindicabilidade dos atos dos demais Poderes pelo Poder Judiciário, o artigo 94 da Constituição brasileira de 1937 e o artigo 68 da Constituição brasileira de 1934, tratavam da impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário das questões exclusivamente políticas.

³⁷ Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento na obra "*Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012" em matéria de interpretação constitucional, a corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição - nem do judiciário, nem do legislativo - o "direito de errar por último", abrindo-se a

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DA COMMONWEALTH E A CONFORMAÇÃO DE UMA NOVA ALTERNATIVA INSTITUCIONAL À SUPREMACIA JUDICIAL.

A partir do estabelecimento da compreensão do controle de constitucionalidade das leis e atos emanados pelos outros Poderes, e, o impacto de tais decisões sobre a questão democrática, pode-se afirmar que, apesar do modelo de supremacia judicial priorizar a proteção dos direitos, em detrimento da tomada de decisão democrática, e, o modelo de soberania parlamentar, priorizar as decisões democráticas, em detrimento, ao menos em tese, da proteção dos direitos, as características essenciais e definidoras do novo modelo do *Commonwealth* orbitam sobre a escolha entre fórmulas normativas distintas³⁹, especialmente no contexto do desacordo razoável⁴⁰, e, assim, este

permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

³⁸ A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, no caso *R. v. Oakes* de 1986, estabeleceu um *test case* que permite, ao menos em tese, a possibilidade de correções recíprocas entre Poderes, no famoso teste *Oakes*. Por meio do teste *Oakes*, se permite analisar se são razoáveis, em casos comprovadamente justificados, limitações a direitos e liberdades (*limitations clause*) em uma sociedade livre e democrática. Esse teste se aplica quando se pretende demonstrar que a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* foi violada.

³⁹ Este novo modelo do *Commonwealth* garante a possibilidade de superação legislativa das decisões do Poder Judiciário, por maioria de votos ordinária, e, portanto, uma *legislative override* ordinária, configuraria uma das características deste novo modelo. Assim, no caso brasileiro das Emendas Constitucionais superadoras das posições do STF, não configuraria este novo modelo do *Commonwealth*.

⁴⁰ Nas sociedades democráticas contemporâneas marcadas pelo pluralismo, o princípio da razão pública assume um papel importante. Esse princípio deriva da ideia de "razões públicas", que tem origem na filosofia kantiana, mas foi desenvolvida mais recentemente por John Rawls. A ideia da razão pública é a de que, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controversas. No campo privado, esse limite não se aplica, mas na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos

novo modelo do *Commonwealth* pode auxiliar na debilitação legitimatória que pode ser identificada como um grande custo institucional da judicialização.

Neste sentido, em modelos constitucionais onde as legislaturas nunca tem a responsabilidade final pelos direitos, e, mais ainda, em que os tribunais não levam a sério as considerações legislativas em suas ações e deliberações, há uma tendência em deixar as questões de constitucionalidade ao judiciário. Logo, ao dar às legislaturas a palavra final sobre questões de direitos, este novo modelo promete criar incentivos para o debate, e, mais amplamente, resolve a dificuldade contramajoritária.

Ademais, por outro lado, a necessidade de uma maior proteção de direitos acaba por ser realizado neste novo modelo do *Commonwealth*, visto que, alguma forma de *judicial enforcement power* é importante para ajudar a lidar com certas patologias jurídicas ou pontos cegos que as legislaturas e o executivos podem estar sujeitos, especialmente no que toca às reivindicações de direitos de minorias, além de ser menos vago e indeterminado do que as liberdades do *common law* no modelo de soberania parlamentar de Westminster, o que permite, ao

também públicos, que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas. John Rawls sustenta ainda que o uso da razão pública, para o cidadão, seria um imperativo moral, mas não jurídico. Isso porque, não haveria, sem grave ofensa à liberdade de expressão e de consciência, como obrigar o cidadão a invocar apenas razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público. Porém, para os magistrados, a imposição de respeito à razão pública incidiria plenamente. A exigência jurídica de respeito à razão pública também dirige-se a todos os poderes estatais. Atos legislativos e administrativos que violarem essa imposição, baseando-se, por exemplo, em motivações de cunho religioso, não terão validade, padecendo de inconstitucionalidade. Mas essa imposição é ainda mais severa para o Poder Judiciário. Os juízes não são eleitos, o que torna ainda mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados, ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. Ademais, diferentemente dos cidadãos e dos parlamentares, que não precisam enunciar publicamente as razões que motivam seus votos, os juízes têm sempre que fundamentar as respectivas decisões. Portanto, os magistrados só estão autorizados a fazer uso da razão pública.

final, um maior potencial para envolver ativamente todos os três ramos do governo na proteção de direitos.

Assim, exatamente por força desta permanente dicotomia existente entre a soberania parlamentar e a supremacia judicial, pode-se afirmar que as recentes cartas do *commonwealth*, ao oferecer ao Poder Legislativo o poder formal amplo para substituir direitos e, portanto, também as decisões judiciais, se traduzem em um modelo novo e distinto de controle judicial, em que os tribunais têm ampla autoridade para interpretar as disposições constitucionais de direitos, mas legislaturas nacionais podem superar interpretações dos tribunais constitucionais, o que gera, portanto, um maior equilíbrio entre os Poderes Judiciário e Legislativo⁴¹.

De toda sorte, este novo modelo do *Commonwealth*, pode ser observado com bastante clareza em alguns sistemas constitucionais, como é o caso do canadense, do neozelandês, e, do britânico, ao apresentar uma adequada e eficaz proteção de direitos através de uma redistribuição de poderes entre os tribunais e o Parlamento, garantindo o diálogo entre os diversos atores e instituições nos sistemas jurídico e político.

No caso canadense, a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, é caracterizada por uma *constitutional bill of rights*, que garante ao judiciário o poder de invalidar leis conflitantes com a carta de direitos, podendo-se afirmar que, o ponto distintivo do sistema canadense do modelo padrão da supremacia judicial, é a rejeição da palavra final ao judiciário, já que a cláusula *notwithstanding* da seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, permite que o legislativo declare, por maioria ordinária de votos, por um período renovável de cinco anos, que um estatuto deve permanecer operando apesar da decisão do poder judiciário^{42,43}.

⁴¹ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*: Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013.

⁴² Na prática, contudo, a cláusula “*notwithstanding*”, está em claro desuso, devido

Já na Nova Zelândia, a *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990 contém um conjunto restrito de direito civis e políticos - apesar de assegurar o compromisso da Nova Zelândia com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 - sendo a garantia de direitos efetuada inicialmente por uma *political rights review* previamente a promulgação das normas pelo executivo e pelo legislativo, cabendo ao *attorney general* examinar as normas discutidas na *House of Representatives*. Ademais, segundo a *New Zealand Bill of Rights Act*, haveria ainda o *judicial power* para interpretar, quando possível, os atos questionados de acordo com uma *rights-consistent interpretation*, de acordo com a seção 6 do *New Zealand Bill of Rights Act*, sem contudo atribuir o poder ao judiciário para invalidar ou negar efeito aos atos incompatíveis ao *bill of rights*, na forma da seção 4 do *New Zealand Bill of Rights Act*^{44,45}.

principalmente (a) à percepção histórica inicial particular de Quebec de uso ilegítimo; (b) à atuação relativamente incontroversa e contida da Suprema Corte do Canadá; (c) ao texto específico da seção 33 que trata das "dúvidas sobre direitos", e, não "desacordos sobre direitos"; ou (d) a dificuldade inerente da atuação da legislatura para anular uma decisão judicial.

⁴³ Como exemplo deste desuso da cláusula "*notwithstanding*" da seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, podemos citar o caso *Vriend v. Alberta* de 1998 julgado pela *Supreme Court of Canada*, que envolvia a demissão de um professor de uma escola religiosa com base na sua orientação sexual. No caso, o *alberta individual rights protection act* não tratava da questão da discriminação sexual, assim, a *Supreme Court of Canada*, entendeu que esta omissão violaria a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Em resposta, o legislativo não se valeu da cláusula "*notwithstanding*", mas sim editou em 2000 o *Marriage Amendment Act* banindo o *same-sex marriage*. Logo, na verdade, em última análise, uma leitura mais aprofundada da seção 33, permite afirmar que ela tem sido usado mais frequentemente do que é geralmente afirmado (dezesseis vezes entre 1982 e 2001).

⁴⁴ Todavia, o *New Zealand Bill of Rights Act*, concede aos tribunais o poder de invalidar *executive action* que violem *protected rights*, a menos que tais ações sejam exigidas pela legislação, e, esta tem sido a área mais ativa da atuação das cortes na Nova Zelândia. Seria similar ao que ocorre hoje na Grã-Bretanha, visto que, apesar de não ser possível ao judiciário invalidar ou negar efeito aos atos normativos incompatíveis com o *Human Rights Act*, seria possível, nos casos em que os *act of parliament* exijam a edição de uma *subordinate legislation* (como é caso das *orders and regulations*), que, caso esta *subordinate legislation* esteja violando o *Human Rights Act*, haja a invalidação ou anulação da *subordinate legislation*, em um típico

Por fim, no sistema britânico, em que historicamente sempre se trabalhou a ideia absoluta de Supremacia do Parlamento em contraposição à concepção de Supremacia do Poder Judiciário, a partir das mudanças do *Human Rights Act*⁴⁶ editado em 1998 pelo Parlamento inglês, e incorporado à constituição material britânica⁴⁷, o Poder Judiciário inglês passa a poder interpretar os *Acts of Parliament*, editados anterior ou posteriormente à edição do *Human Rights Act*, em conformidade com as suas normas⁴⁸. Assim, ao analisar um caso, o juiz pode de-

exercício de *judicial review*. Tal previsão é semelhante à competências dos tribunais para invalidar ou anular a *subordinate legislation* que extrapola sua função típica em relação aos *Act of Parliament*.

⁴⁵ Esta garantia de direitos na *New Zealand Bill of Rights Act* teria sofrido certa evolução após duas decisões relevante pela *New Zealand Court of Appeal*. A primeira teria sido *Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)* de 1994 em que se criou um *public law remedy* para violações a direitos perpetradas pelo executivo. A segunda decisão teria sido o caso *Moonen v. Board of Film and Literature Board* de 2000, em que a *New Zealand Court of Appeal*, apesar da ausência de poder formal expresso no *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990, inferiu do estatuto, a possibilidade de “indicar” ou “declarar” a incompatibilidade de atos com o *New Zealand Bill of Rights Act*. Lembra-se que a *Supreme Court of New Zealand* foi criada apenas em 2003 pelo *Supreme Court Act*, e, se estabeleceu formalmente em 1 de janeiro de 2004. A *Supreme Court of New Zealand* é a mais alta corte e o tribunal final de recurso na Nova Zelândia. Anteriormente à criação da atual *Supreme Court of New Zealand* havia a *New Zealand Supreme Court*, criada em 1841, que na verdade funcionava como uma corte superior, que em 1980, foi substituída pela *High Court of New Zealand*. Com o estabelecimento formal da *Supreme Court of New Zealand* em 1 de janeiro de 2004, cessou a possibilidade de *appeal* para o *Judicial Committee of the Privy Council*.

⁴⁶ O *Human Rights Act* foi editado em 1998 pelo Parlamento inglês, visando à incorporação das disposições presentes na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950.

⁴⁷ A Constituição britânica é apenas material, mas não formal, visto que é composta pelas normas produzidas pelo parlamento (*statute law*), as decisões judiciais (*common law* e os *cases law*) e as normas internacionais incorporadas no direito britânico.

⁴⁸ A seção 3 do *Human Rights Act* exige que os *Acts of Parliament* sejam interpretados de modo compatível com os direitos humanos, porém apenas “*so far as it is possible to do so*”. Assim, segundo a seção 3 (2) do *Human Rights Act*, esta interpretação não irá afetar a validade dos *Acts of Parliament*. Logo, não pode o juiz inglês declarar a invalidez de uma norma por entender que há desconformidade com o *Human Rights Act*.

clarar que os *Act of Parliament* não estão em conformidade com o previsto no *Human Rights Act*, devendo comunicar ao Ministro competente a respeito da incompatibilidade existente⁴⁹. Ademais, o *Human Rights Act* prevê, diante de eventual conflito, a possibilidade da declaração de compatibilidade junto ao Parlamento, que deve ser utilizado durante o processo legislativo, ficando o parlamentar, responsável por realizar uma declaração de compatibilidade, assegurando que o regramento apresentado está em conformidade com as previsões do *Human Rights Act*^{50,51}.

Portanto, os critérios gerais apontados neste novo modelo do *commonwealth* de constitucionalismo, trazem a ideia de proteção adequada de direitos e de equilíbrio apropriado entre os Poderes Legislativo e Judiciário, em que apesar do aumento do *judicial power*- se comparado com o modelo da soberania parlamentar tradicional- a palavra final caberá sem-

⁴⁹ O *Human Rights Act* adota um típico modelo de diálogo, visto que os tribunais irão se manifestar quanto à compatibilidade ou incompatibilidade do *Act of Parliament* com o *Human Rights Act*, mas garante, ao final, que o Parlamento decida como irá se manifestar.

⁵⁰ Ademais, se os *Act of Parliament* exigem a edição de uma *subordinate legislation*, como é caso das *Orders* e *Regulations*, e, se esta *subordinate legislation* vier a violar o *Human Rights Act*, os tribunais poderão invalidar ou anular a *subordinate legislation*, em um típico exercício de *judicial review*. Tal previsão é semelhante à competências dos tribunais para invalidar ou anular a *subordinate legislation* que extrapola sua função típica em relação aos *Act of Parliament*.

⁵¹ Assim, em resumo o *Human Rights Act* seria (a) um *bill of rights* que teria incorporado a maioria, embora não todos, os direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem; (b) o dever do ministro responsável indicar a compatibilidade da norma com o *Human Rights Act*; (c) a exigência de que os tribunais tomar a jurisprudência do Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em conta em casos que envolvam o *Human Rights Act*; (d) uma declaração na seção 6 do *Human Rights Act* de que o *Human Rights Act* vincula os tribunais e o executivo, mas não o Parlamento; (e) a obrigação dos tribunais de interpretar a legislação de forma consistente com o *Human Rights Act* na medida em que é possível fazê-lo, conforme exposto na seção 3; (f) quando não for possível esta interpretação, os tribunais têm o poder de emitir uma declaração de incompatibilidade, que não afeta a validade da lei, conforme exposto na seção 4; e (g) em resposta a uma declaração de incompatibilidade, o ministro competente pode usar um procedimento legislativo *fast-track* para alterar ou revogar o estatuto incompatível.

pre ao legislativo, ao garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

3. CONCLUSÃO

Como se observa do estudo dos sistemas norte-americano e europeu, desde *Marbury v. Madison* em 1803, a jurisdição constitucional tem se expandido, apontando a clara realidade de que o Poder Judiciário cada vez mais trabalha em diversos sistemas jurídicos com a importante função contra-majoritária de analisar a compatibilidade entre a Constituição e as leis, o que traz, por consequência, a ideia de que o Poder Judiciário emite a última palavra sobre questões constitucionais.

Contudo, especialmente na jurisdição constitucional, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, é reservada para um punhado de juízes não eleitos democraticamente, e, assim, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais deve ser compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade. Logo, não é papel do Poder Judiciário a adoção de teses jurídicas que debatam complexas teorias que se embasam em princípios de alta densidade política ou moral, em detrimento de regras jurídicas preexistentes, como se a Constituição conferisse ao Poder Judiciário o domínio exclusivo da interpretação constitucional, inenfo aos demais Poderes.

Portanto, diante deste quadro, pode-se estatuir que, o modelo de jurisdição constitucional de inspiração norte-americano, e, posteriormente difundido ao redor do globo, termina, ao final, por não acomodar situações de desacordo razoável, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo. Desta feita, apesar da inquestionável expansão global da jurisdição constitucional, afirmar que o sistema de *judi-*

cial review de matriz norte-americana, e posteriormente difundida ao redor do mundo, traz efetivos ganhos qualitativos à questão democrática, se mostra bastante temerário. Na verdade, conforme se observa do debate global, este modelo de jurisdição constitucional caminha largamente para o obscurecimento da amplitude no debate participativo e pluralista.

Portanto, o novo modelo do *Commonwealth* de constitucionalismo pode ser visto como uma alternativa, intermediária à supremacia judicial e legislativo, desempenhando um papel importante na seleção do modelo mais adequado a determinado sistema jurídico, transcendendo as meras opções de supremacia judicial ou supremacia legislativa, e, pensado para esgotar as formas institucionais clássicas do constitucionalismo.



REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, p. 633, 2000.
- ARAÚJO, Luis Claudio Martins. Novos Arranjos Institucionais: redimensionamento das capacidades constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União. *Revista da Advocacia-Geral da União*, v. 34, p. 9, 2012.
- _____. Supremacia ou Diálogos Judiciais? O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, p. 1-46, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional con-*

- temporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective. *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, n. 06-37, 2006.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.
- DIXON, Rosalind. *Designing constitutional dialogue: bills of rights & the new commonwealth constitutionalism*. 2008. 381 f. Dissertation (Doctor of Juridical Science) - Harvard University, Cambridge, 2008.
- _____. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Cambridge Studies in Constitutional Law*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v.

- 119, p. 109- 114, 2005.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2006.
- MOREIRA, E. R. Por um constitucionalismo global. In: _____. *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, v. 1, p. 681-711.
- POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- _____. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000b.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York University, 1997.
- TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. *Harvard Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 09-20, 2009.
- _____. Formas alternativas de controle judicial. In: _____. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. *Princeton University Press*, v. 9, n. 6, 1999.
- VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press,

2007.

_____. Second-best democracy. *Harvard Law and Policy Review (Online)*, Dec. 4, 2006.

_____. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009c.

_____. The atrophy of constitutional powers. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 11-07, 2011.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999.

_____. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.