

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

Bibliotecários responsáveis: Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Capa: Igor Fernandes Jamur Vieira

Projeto gráfico: Virginia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

O casamento da supremacia legislativa com a Jurisdição Constitucional: lições da Grã-Bretanha para o Brasil

Gustavo Carvalho Chehab

Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 10ª Região (DF e TO). Aluno especial do Mestrado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Uniceub/DF. Foi Juiz do Trabalho Substituto na 5ª Região (BA), chefe de gabinete e assessor de Ministros do TST e professor de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho na Unime/Itabuna-BA.

Resumo: Discute-se o modelo tradicional de Jurisdição Constitucional em face da supremacia legislativa adotada no modelo britânico de controle de constitucionalidade. Para isso, faz-se um estudo sobre as linhas gerais das características comuns dos modelos de constitucionalidade existentes no mundo e uma análise da tradição Parlamentar britânica e do seu constitucionalismo. Apresenta-se o atual método britânico de controle de constitucionalidade para contrapor, dialeticamente, ao modelo brasileiro. Finalmente, procura-se suscitar novas luzes sobre o atual e permanente problema da legitimidade da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Supremacia Legislativa. Supremacia Judicial.

Sumário: Introdução – 1 A jurisdição constitucional – 2 O constitucionalismo britânico – 3 Proteção dos direitos fundamentais e a legitimidade da jurisdição constitucional – 4 Supremacia legislativa *versus* supremacia judicial: comparação entre os modelos britânico e brasileiro – Conclusão – Referências

Introdução

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, inspirado no *Judicial Review* norte-americano e na Jurisdição Constitucional direito austríaco-germânico, tem como principal característica a supremacia judicial. Sua principal tarefa é resguardar a Constituição e os direitos fundamentais que a integram.

Na maioria dos países do *common law*, o controle de constitucionalidade tinha pouco espaço para se implantar, desenvolver e consolidar-se. A ausência de rigidez constitucional acabava por afastar a ideia de uma supremacia da Constituição. Há pouco mais de 10 anos, a Grã-Bretanha, diante da necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais, acabaram por implantar um novo modelo de justiça constitucional, que afasta a noção, até então uníssona, de supremacia do Poder Judiciário.

A análise desse modelo de constitucionalismo é útil não apenas para fins de direito comparado, mas também para uma análise crítica do sistema brasileiro. As características, semelhanças e diferenças do modelo britânico lançam luzes para a jurisdição constitucional no Brasil.

1 A jurisdição constitucional

Mauro Capelletti¹ destaca que “Constitutions express the positivization of higher values, judicial review is the method for effectuating these values”.² A jurisdição constitucional, que desempenha essa função de controle de constitucionalidade para “garantir o exercício regular das funções estatais”,³ foi adotada nos Estados Unidos, na América Latina e em diversos países da Europa, África e Ásia. São diversos modelos que, no geral, possuem em comum, segundo Stephen Gardbaum:⁴

um conjunto específicos de direitos e liberdades fundamentais com o *status* de lei suprema, petrificado contra emenda ou revogação por maiorias legislativas simples e aplicado por um tribunal independente (na França, esse órgão é chamado de “conselho”), que tem o poder de anular e invalidar a legislação que considere em conflito com esses direitos, estando os parlamentos juridicamente impotentes para atuar nos meios políticos ordinários contra as decisões de tal tribunal.

¹ CAPELLETTI, Mauro. *Judicial Review in Comparative Perspective*. California Law Review, Berkeley-CA, v. 58, n. 5, p. 1019, out. 1970.

² Tradução livre: Constituições expressam a positivização dos mais elevados valores, jurisdição constitucional é o método para tornar efetivo esses valores.

³ KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

⁴ GARDBAUM, Stephen. *O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica*. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: ANPR; Lumen Juris, 2010. p. 172. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

José Alfredo Baracho⁵ conceitua jurisdição constitucional como sendo:

a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício ocorre por meio de um conjunto de instrumentos jurídicos-processuais destinados a levar à apreciação dos tribunais questões que suscitam a infringência de direitos humanos fundamentais.

Para o desempenho dessa relevante atividade, os diversos países adotaram modelos diferenciados, com peculiaridades e especificidades próprias.

1.1 *Judicial Review*: o modelo americano de controle de constitucionalidade

A Constituição dos Estados Unidos da América foi elaborada como contraponto ao direito constitucional inglês, “rejeitando direta e conscientemente a fundamental teoria constitucional britânica da soberania do Parlamento”⁶

Para Stephen Gardbaum:⁷

A Constituição dos Estados Unidos, incluindo a Declaração de Direitos e Garantias e todas as emendas subsequentes, é o supremo direito nacional (*the supreme law of the land*), o que significa que ela prevalece em caso de conflito com qualquer outra norma jurídica, seja federal ou estadual, não importando se tal norma foi criada antes ou depois da Constituição.

A Constituição norte-americana é rígida, não pode ser alterada por lei ordinária, mas apenas por emendas constitucionais, com rito próprio e complexo, conforme seu art. V. O art. III, seção 2, §2, da Constituição dos Estados Unidos,⁸ que trata da competência da Suprema Corte, não prevê expressamente o controle de constitucionalidade, mas, o art. VI, seção 2, §§2 e 3, deixa claro a supremacia da Constituição norte-americana:

⁵ BARACHO, José Alfredo de O. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 26.

⁶ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 164.

⁷ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 165.

⁸ ESTADOS UNIDOS. The Constitution of the United States. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 05 dez. 2011.

Article III.

Section 1 – Judicial powers

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. [...]

Section 2 – Trial by Jury, Original Jurisdiction, Jury Trials

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; [...]

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

... *omissis* ...

Article. VI.

... *omissis* ...

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. [...]

The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; [...].⁹

⁹ Tradução livre: Artigo III. Seção 1 – poderes judiciais. O poder judicial dos Estados Unidos será investido em uma suprema Corte e em tribunais inferiores, tal como o Congresso ordenar e estabelecer ao longo do tempo. [...] Seção 2 – julgamento por júri, competência Original, casos do júri. O poder judicial estenderá a todos os casos, na lei e equidade, decorrentes da presente Constituição, das leis dos Estados Unidos e dos tratados feitos ou que devam ser feitos, sob a sua autoridade; [...]. Em todos os casos que afetam Embaixadores, outros Ministros públicos e Cônsules e aqueles em que um Estado deve ser parte, a Suprema Corte tem jurisdição original. Em todos os outros casos antes mencionados, a Suprema Corte terá jurisdição apelação, de direito e de fato, com tais exceções, e de acordo com as regulamentações que o Congresso deve fazer. [...] Artigo VI. [...] Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Os Senadores e os Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigam-se a jurar ou declarar a defender esta Constituição; [...].

No julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em fevereiro de 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos introduziu *Judicial Review* com os seguintes fundamentos:¹⁰

[...] The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means.

... *omissis* ...

Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void. This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. [...].¹¹

Mauro Capelletti¹² assinala que “the decentralized model had its origin in the United States”.¹³ Além disso, não há controle abstrato,¹⁴ “apenas o *judicial review* concreto é possível, de acordo com Artigo III”.¹⁵ Ele somente é exercido *a posteriori*, isto é, após a entrada em vigor da legislação inconstitucional.

Michel Rosenfeld assinala que no modelo norte-americano a “estrutura factual da controvérsia relevante tende a ancorar o controle de constitucionalidade dentro de uma estrutura mais conducente à decisão judicial do que à legislação”.¹⁶

¹⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury vs. Madison*. U.S. (1 Cranch), v. 5, p. 177, 1803. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

¹¹ Tradução livre: [...] A Constituição é uma espécie superior, suprema lei, imutável por meios normais [...]. Certamente todos aqueles que têm elaborado Constituições escritas contemplam-nas como formadoras da lei fundamental e primordial da nação, e conseqüentemente, decorre a teoria de cada governo deve considerar que um ato do legislador violador da Constituição é nulo. Esta teoria é essencialmente inerente a uma constituição escrita e, dessa forma, deve ser considerado por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade [...].

¹² CAPELLETTI. *Judicial Review in Comparative Perspective*, p. 1034.

¹³ Tradução livre: o modelo do controle difuso teve sua origem nos Estados Unidos.

¹⁴ SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Controle de constitucionalidade no direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7141>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

¹⁵ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 171.

¹⁶ ROSENFELD. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes*. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: ANPR; Lumen Juris, 2009. p. 178. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

1.2 O constitucionalismo na Europa

Até 1945, grande parte da Europa não tinha controle de constitucionalidade, em face da supremacia do Poder Legislativo, fundada na “doutrina inglesa de soberania do Parlamento e [...] [na] concepção francesa da lei como expressão da vontade geral”.¹⁷ Segundo Gardbaum, algumas experiências, de alcance limitados, foram introduzidos na Áustria (de 1920 a 1933), Tchecoslováquia (de 1920 a 1938), Espanha (de 1933 a 1936) e, de maneira rara, por tribunais superiores da Alemanha em face da Constituição de Weimar (1919).¹⁸

Ante as inúmeras violações de direitos humanos, as Constituições da grande parte dos países da Europa Ocidental,¹⁹ a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, Central e Oriental, especialmente após a dissolução da União Soviética a partir de 1989, foram adotando modelo judicial de controle de constitucionalidade. Esse modelo espalhou-se pela África e alguns países da Ásia.

O modelo europeu diferencia, em suas diferentes formas, do sistema norte-americano. A Constituição americana é basicamente uma carta de direitos negativos (de defesa) e as novas Constituições europeias também possuem prestações positivas. A Constituição americana, salvo quanto à 13ª Emenda, não traz disposições sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e algumas das novas Constituições europeias permitem essa incidência às relações privadas.

Lenio Streck assevera que a principal característica do modelo europeu de justiça constitucional elaborado por Hans Kelsen “consiste em atribuir a um tribunal *ad hoc* o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos excluindo dessa atribuição o juiz ordinário. Esse tribunal *ad hoc* não pertence ao Poder Judiciário”.²⁰ Dessa forma, em grande parte da Europa, o controle de constitucionalidade é concentrado, exercido após a vigência da lei por uma Corte Constitucional, que, em geral, não é o órgão de cúpula do poder judiciário, cujos membros são nomeados por modos diferentes, mas normalmente com manifestação política mais acentuada. Em algumas nações, há o controle concreto e o abstrato.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263.

¹⁸ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 167.

¹⁹ São exceções a esse modelo, segundo Gardbaum (p. 168) a Holanda e Luxemburgo.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 285.

Até a reforma de 2008/2009, a França possuía apenas o controle de constitucionalidade abstrato *a priori*, exercido até a promulgação da lei tida por inconstitucional.²¹ Todavia, a partir da reforma constitucional do art. 61-1 da Constituição Francesa em 23.07.2008 e da Lei Orgânica de 10 de dezembro de 2009, foi introduzida a Questão Prioritária de Constitucionalidade, que assegurou²² o “*droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit*”.²³ Foi uma mudança histórica,²⁴ que aproximou a França de outros sistemas.

Países como a Bélgica estabelecem que a inconstitucionalidade de uma lei exige unanimidade de órgão de controle de constitucionalidade.²⁵

1.3 O modelo brasileiro de jurisdição constitucional

Gilmar Mendes assinala que a influência do direito norte-americano trouxe para a Constituição de 1891 o controle difuso de constitucionalidade, a ser exercida pelos juízes e tribunais e, em grau de recurso, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).²⁶ O controle concentrado, exercido pelo STF, passou a ser previsto nos arts. 91, IV e 96 da Constituição de 1934.

Em sua estrutura básica, o Brasil adotou o modelo norte-americano. Há o controle difuso, exercido pelos juízes e Tribunais, e o concentrado, desempenhado pelo STF; o abstrato, feito por meio de ações originárias ajuizadas perante a Alta Corte, e o concreto, realizado incidentalmente nas demais ações. Além disso, o STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e seus integrantes são vitalícios.

²¹ SALDANHA. Controle de constitucionalidade no direito comparado.

²² FRANÇA. Conseil Constitutionnel. La question prioritaire de constitutionnalité. Paris, 2010, p. 2. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/plaquette_qpc.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011.

²³ Tradução livre: direito de qualquer pessoa que seja parte em processo ou em uma instância de questionar que uma disposição legislativa que viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

²⁴ HALPÉRIN, Jean-Louis. La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l’histoire du droit français?. Cahiers du Conseil Constitutionnel, Paris, n. 28, julho/2010. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-une-revolution-dans-l-histoire-du-droit-francais.52720.html>>. Acesso em 13 dez. 2011.

²⁵ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 172.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190-191.

Todavia, a partir da edição das Leis nºs 9.868 e 9.882 em 1999 e da Emenda Constitucional nº 45/2004, a jurisdição constitucional brasileira ganhou novo impulso. O Brasil passou a adotar, em seu órgão de cúpula judiciária, a dinâmica e o *modus operandi* do sistema germânico, inclusive com a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade e com a súmula vinculante.

2 O constitucionalismo britânico

O Reino Unido, desde sua origem, seguiu uma tradição jurídica distinta a dos demais países europeus de cultura greco-romana-germânica. Em suas ilhas desenvolveu-se o *common law*, baseado principalmente nos costumes. Além disso, o Parlamento inglês historicamente é o Poder estatal predominante.

2.1 A afirmação histórica da supremacia do Parlamento britânico

Fábio Comparato²⁷ diz que diante da revolta dos barões ingleses, que chegaram a ocupar Londres, o rei João Sem Terra em 1215 foi obrigado a assinar, como condição para cessação das hostilidades, a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesie et regni Angliae*.²⁸

A *Magna Carta*²⁹ era uma convenção entre o rei e os barões para garantir-lhes privilégios, limitando a soberania do monarca, que, pela primeira vez na história, “acha-se naturalmente vinculado as próprias leis que edita”.³⁰ Em que pese, a declaração de nulidade pelo Papa Inocêncio III, a promessa contida no documento foi reafirmada várias vezes pelos reis que sucederam João Sem Terra.

A partir daí, os barões passam a se reunirem e “were frequently in revolt against the kings whom they thought were governing the realm badly, that is, against the barons’ own wishes”.³¹ ³² O termo Parlamento³³ foi usado

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69, 72.

²⁸ Tradução livre: Carta Magna das Liberdades e Concórdia entre o rei João e os Barões para concessão das liberdades da igreja e do reino inglês.

²⁹ Segundo Comparato (p. 69), o texto utilizado na Idade Média não tinha o “h” próprio da palavra latina “Charta”.

³⁰ COMPARATO. A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 77.

³¹ GRÃ-BRETANHA. Parliament. Birth of the English Parliament. The first parliaments. Disponível em <<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/firstparliaments/>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

³² Tradução livre: estavam frequentemente em revolta contra os reis que eles pensavam que eram regiam mal o Reino, isto é, contra a vontade dos barões.

³³ GRÃ-BRETANHA. The first parliaments.

oficialmente pela primeira vez para descrever “the consultative meetings of the English monarch with a large group of his nobles (the earls and barons), and prelates (the bishops and abbots)”;³⁴ isto é, com os lordes temporais e espirituais, respectivamente.

O século XVII foi decisivo para a implantação da supremacia legislativa no Reino Unido. No início daquele século, Capelletti³⁵ afirma que o rei Jaime I da Inglaterra

claimed to be endowed with reason equal to that of the judges, his “delegates”, and consequently claimed to be able to exercise the judicial power personally. Coke, however, replied that only judges could exercise that power, for only they were learned in the difficult science of law “which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it”. On the other hand, Coke affirmed “the traditional supremacy of the common law over the authority of Parliament”.³⁶

Após os conflitos com os reis Carlos I e Carlos II, sucessores de Jaime I, em 1688 estourou na Inglaterra a Revolução Gloriosa, que ensejou a fuga do rei Jaime II para a França e a coroação de novos monarcas, que aceitaram integralmente “uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), votada pelo Parlamento, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do reino”.³⁷ A partir de então, triunfou a supremacia do Parlamento.³⁸

2.2 A falta de rigidez constitucional e a soberania parlamentar inglesa

Para Gardbaum, na Grã-Bretanha “as leis do Parlamento são o supremo direito nacional, e seus conteúdos são juridicamente ilimitados”.³⁹ Não há

³⁴ Tradução livre: as reuniões consultivas do monarca inglês com um grande grupo de seus nobres (Condes e barões) e prelados (os Bispos e abades).

³⁵ CAPELLETTI. *Judicial Review in Comparative Perspective*, p. 1027-1028.

³⁶ Tradução livre: alegou ser dotado de razão semelhante aos dos juizes, seus “delegados”, e consequentemente alegou ser capaz de exercer o poder judicial pessoalmente. Coke, no entanto, respondeu que apenas os juizes poderiam exercer esse poder, pois somente eles aprenderam a difícil ciência do direito, “a qual requer muito estudo e experiência, antes que se possa atingir a consciência necessária para exercer esse múnus”. Por outro lado, Coke afirmou a “tradicional supremacia do common law sobre a autoridade do Parlamento”.

³⁷ COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 90.

³⁸ CAPELLETTI. *Judicial Review in Comparative Perspective*, p. 1029; STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 241.

³⁹ GARDBAUM. *O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica*, p. 165.

rigidez constitucional e, desse modo, o Parlamento pode alterar ou revogar atos legislativos por maioria simples, própria das leis ordinárias.

Lenio Streck, citando René David e Camille Jauffret-Spinosi, assinala que as “decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria”.⁴⁰ Ou seja, o Parlamento, através de sua câmara alta, também goza de supremacia sobre o Poder Judiciário.

A finalidade da flexibilidade das normas constitucionais britânicas é, para Gardbaum, assegurar que o Parlamento atual não vincule seus sucessores em forma ou substância, de modo que “o novo Parlamento goza da mesma soberania plena e igual de seus predecessores”.⁴¹ Em face dessa soberania do Parlamento, expressão da vontade geral do povo, “nenhum tribunal tem poder para questionar a validade de uma lei parlamentar, o supremo direito nacional”.⁴²

2.3 A Convenção Europeia dos Direitos Homem e a Grã-Bretanha

Em abril de 1950, na cidade de Roma foi aprovada a Convenção Europeia dos Direitos Homem (CEDH), na qual os membros do então Conselho da Europa, inclusive a Grã-Bretanha, convencionam diversas obrigações de respeito aos direitos da pessoa humana. Foi criado, no art. 19 desse tratado, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujas decisões, a teor do art. 46, têm força vinculante aos países signatários da Convenção.⁴³

Geoffrey Marston⁴⁴ assinala que “The UK Government, which had signed it on 4 November 1950, was on 8 March 1951 the first State to deposit an instrument of ratification”,⁴⁵ que começou a ter vigência a partir da décima ratificação depositada em setembro de 1953.

⁴⁰ DAVID; JAUFFRET-SPINOSI apud STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 235-236.

⁴¹ GARDBAUM. *O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica*, p. 165.

⁴² GARDBAUM. *O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica*, p. 166.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA. *Cour Européenne des Droits de L'Homme. Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2011.

⁴⁴ MARSTON, Geoffrey. *The United Kingdom' Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights, 1950*. *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge, v. 42, n. 4, p. 796, 1993.

⁴⁵ Tradução livre: “o Governo do Reino Unido, que havia assinado a Convenção em 5 de Novembro de 1950, foi, em 8 de Março de 1951, o primeiro Estado a depositar seu instrumento de ratificação”.

José Alfredo Baracho assevera que o Reino Unido sofreu diversas condenações pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo, que passou a examinar atos do poder público inglês que presumidamente violaram direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos Homem (CEDH).⁴⁶ Essa Convenção, entretanto, não havia sido formalmente incorporada ao direito interno inglês e, curiosamente, a Grã-Bretanha em 1972, por meio do *European Communities Act*, assimilou, no âmbito interno, o direito da Comunidade Europeia.⁴⁷

Foram grandes os debates para a incorporação da CEDH no direito interno inglês, pois “a mera existência de um conjunto de direitos codificados constitui uma mudança radical na cultura jurídica e política [britânica], independentemente da forma exata e do *status* jurídico que possui”.⁴⁸ As experiências positivas e negativas do Canadá⁴⁹ e da Nova Zelândia,⁵⁰ integrantes da comunidade britânica (*commonweath*), parecem ter inspirado o modelo britânico, que buscou conciliar a supremacia legislativa com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, a exemplo daqueles países.

Segundo Gardbaum, o governo britânico, ao submeter ao Parlamento o projeto da Lei de Direitos Humanos (HRA), afirmou que apenas procurava dar mais vigor aos direitos previstos na CEDH, sem dar-lhes o *status* de lei suprema, sem petrificá-los contra emenda ou revogação e sem conceder o poder do *judicial review*⁵¹ dos modelos tradicionais existentes.

Finalmente em 1988, o Parlamento inglês aprovou a Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*), que, segundo K. Ewing,⁵² “is the culmination of an aggressive campaign for the incorporation into domestic law of the European Convention on Human Rights”.⁵³

⁴⁶ BARACHO. Jurisdição constitucional da liberdade, p. 4.

⁴⁷ GRÃ-BRETANHA. *European Communities Act*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/pdfs/ukpga_19720068_en.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2011

⁴⁸ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 189.

⁴⁹ Com a Declaração de Direitos e Garantias de 1960 e a Carta de Direitos e Liberdades de 1982. A primeira com pouco resultado prático em face da chamada teoria dos conceitos congelados (*frozen concepts theory*) dada pelos juristas e tribunais. A segunda tem *status* de lei suprema, mas que permite, em sua seção 33, uma disposição anulatória (*override provision*) por parte dos Parlamentos das Províncias (exercida pelo Parlamento de Quebec).

⁵⁰ Pela implantação da Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990, com *status* de lei ordinária e que impõe uma diretriz interpretativa aos Tribunais. Sendo possível, os tribunais devem interpretar as leis pela ótica dos direitos fundamentais. Não sendo possível, prevalecerá a lei ordinária ainda, que incompatível com tais direitos.

⁵¹ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 191.

⁵² EWING, K. D. *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 62, n. 1, p. 79, Jan. 1999.

⁵³ Tradução livre: é o ápice de uma campanha agressiva de incorporação para o direito interno da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

2.4 A Lei britânica de Direitos Humanos de 1998 e suas características

Tendo entrado em vigor em meados de outubro de 2000, a Lei de Direitos Humanos (RDA) adota os direitos e liberdades da Convenção Europeia dos Direitos Homem (CEDH) em um texto dividido em 22 seções e 4 apêndices.⁵⁴ A parte 1 do apêndice 1 contém os artigos da Convenção de Direitos e Liberdades, adotando a CEDH salvo em seus arts. 1º e 13. O texto de 22 seções contém as regras e as diretrizes da aplicação da norma. Para o presente estudo, as seções 3, 4, 8, 10 e 19 do texto da HRA têm particular relevância.

A seção 3 estabelece que os tribunais devem interpretar e colocar em vigor a legislação que seja compatível, na medida do possível, com os direitos da Convenção de Direitos e Liberdades constante do Apêndice 1, Parte 1.⁵⁵

A seção 4 disciplina que tribunais superiores podem emitir uma declaração formal de incompatibilidade entre a lei e os direitos assegurados na Lei de Direitos Humanos, mas não tem o poder de rejeitar ou invalidar tal legislação, que permanece em vigor. Também não cria obrigação jurídica para o Parlamento ou para o Governo.

Na seção 8, o ato prevê o *judicial remedies*, pelo qual qualquer pessoa, vítima de um ato que considere contrário aos direitos da Convenção, pode, nas palavras de Stenio Streck,⁵⁶ “intentar um procedimento judicial frente ao poder público — incluída a judicatura — que o tenha ditado. O Tribunal aplicará o remédio que considere apropriado para resolver a controvérsia”.⁵⁷

Pela Seção 10, §2,⁵⁸ o Ministro da pasta correspondente pode emitir uma ordem de reparação,⁵⁹ emendando a legislação incompatível, que, segundo Gardbaum, deve ser “submetida à consideração de ambas as casas do Parlamento e por elas aprovadas”.⁶⁰

⁵⁴ GRÃ-BRETANHA. Human Rights Act. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

⁵⁵ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 190.

⁵⁶ STRECK. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 245.

⁵⁷ No original, dispõe a seção 8, §1, do Ato: “(1) In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate”.

⁵⁸ GRÃ-BRETANHA. Human Rights Act, section 10. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10>>.

⁵⁹ No original: a Minister of the Crown “may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.” (O Ministro da pasta “pode emitir ordem para fazer essas reparações à legislação que considera necessárias para eliminar a incompatibilidade”).

⁶⁰ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 190.

A seção 19 impõe ao Ministro da pasta pertinente o dever de apresentar uma declaração por escrito com o seu ponto de vista sobre a compatibilidade do projeto de lei com os direitos da Convenção.

O ponto central do controle judicial da compatibilidade das leis à CEDH está na citada seção 4 da HRA, que merece um exame mais detido. Sua redação atual⁶¹ estabelece:⁶²

4. Declaration of incompatibility.

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(4) If the court is satisfied—

(a) that the provision is incompatible with a Convention right, and
(b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility.

(5) In this section “court” means—

(a) the Supreme Court;
(b) the Judicial Committee of the Privy Council;
(c) the Court Martial Appeal Court;
(d) in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as a trial court or the Court of Session;
(e) in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal.
(f) the Court of Protection, in any matter being dealt with by the President of the Family Division, the Vice-Chancellor or a puisne judge of the High Court.

(6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”)—

⁶¹ Redação atual com as emendas introduzidas pelos seguintes atos: Constitucional Reform Act 2005 (no §5.a), Armed Forces Act 2008 (no §5.c) e Mental Capacity Act (no §5.f).

⁶² GRÃ-BRETANHA. Human Rights Act, section 4. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>>.

- (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and
 (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.⁶³

Efetivamente, do §6º da seção 4 é possível extrair que a HRA não tem *status* de lei suprema, com força normativa sobre as demais leis, pois mesmo que os tribunais reconheçam a incompatibilidade da lei, essa permanece a ter plenos efeitos jurídicos. Todavia, Gardbaum⁶⁴ assinala que a HRA impõe um dever interpretativo aos tribunais: de que as leis, anteriores ou futuras, não podem ser incongruentes com os direitos fundamentais nela previstos. A aferição de incompatibilidade com as leis futuras é uma novidade e enseja uma ruptura na tradição britânica de não vinculação da soberania do Parlamento futuro ao anterior.

Ariel Bendor e Zeev Segal⁶⁵ assinalam que:

The Act embodies a substantive alteration of the judge's role in British society, giving the judiciary an extension of judicial powers. First, the Act directs the courts to interpret laws in a way that is compatible with the European Convention, if possible. Second, the Act empowers the courts to issue a "declaration of incompatibility" when domestic primary legislation contradicts Convention rights. This power

⁶³ Tradução livre: 4. Declaração de incompatibilidade. (1) A Subseção (2) aplica em qualquer processo no qual um Tribunal determina se uma disposição de direito primário é compatível com um direito de Convenção. (2) Se o tribunal considerar que a disposição é incompatível com um direito da Convenção, ele pode fazer uma declaração de incompatibilidade. (3) A Subseção (4) aplica-se em qualquer processo no qual um Tribunal determina se uma disposição de diploma legislativo, feita no exercício de um poder conferido pelo direito primário, é compatível com um direito de Convenção. (4) Se o tribunal considerar: (a) que a disposição é incompatível com um direito de Convenção, e (b) que (excluída qualquer possibilidade de revogação) a principal legislação em questão impede a remoção da incompatibilidade, ele pode fazer uma declaração de incompatibilidade. (5) Nesta seção "Tribunal" significa: (a) a Corte Suprema; (b) o Comitê Judicial do Conselho privado; (c) Corte de apelação marcial; (d) na Escócia, a Superior Corte de Justiça, tão como o tribunal de julgamento ou o Tribunal de sessão; (e) na Inglaterra e Gales ou Irlanda do Norte, o Tribunal de Grande instância ou o Tribunal de recurso. (f) o Tribunal de proteção, e qualquer decisão tratada pelo Presidente da divisão da família, o Vice-Chanceler ou um juiz do Superior Tribunal. (6) Uma declaração nos termos da presente seção ("uma declaração de incompatibilidade"): (a) não afeta a validade, continuando a vigência a aplicação da disposição que é questionada; e (b) não vincula as partes no processo em que é feita.

⁶⁴ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 192-193.

⁶⁵ BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, *a New Judicial Review. American University International Law Review*, Washington-DC, v. 17, n. 4, p. 688-689, 2002.

rejects the classical concept of judicial review, while formulating a unique, new model of incompatibility. A British court can, therefore, issue a declaration of incompatibility whenever it cannot possibly interpret the relevant parliamentary act in a manner consistent with the Convention. If a higher court issues the declaration, the court's decision will likely trigger the Parliament to amend the relevant law.⁶⁶

Embora não haja uma petrificação formal da HRA, o comando interpretativo dirigido aos Tribunais quanto à compatibilidade das demais leis acaba por "impelir o Parlamento a declarar de maneira expressa sua intenção de emendar ou revogar um direito da Convenção, normalmente com uma declaração ministerial nesse sentido de acordo com a Seção 19. Os custos políticos de assim proceder são obviamente maiores [...] e isso acrescenta alguma petrificação política",⁶⁷ mas não jurídica.

Lenio Streck⁶⁸ sustenta que

Conforme o princípio do *stare decisis*, cada órgão judicial está limitado pelos precedentes de seus tribunais superiores, numa estrita ordem hierárquica, onde no vértice está a *House of Lords*,⁶⁹ cujas decisões vinculam todas as instâncias judiciárias. Sendo assim, qualquer juiz ou tribunal britânico está vinculado a uma declaração de incompatibilidade ditada pela *House of Lords*. *A consequência será que uma lei declarada incompatível, ainda não sendo nula, deixará de ser aplicada pelos tribunais*. Do ponto de vista prático, dá no mesmo que uma lei seja nula ou que, sendo válida, não seja aplicada.

A rigor, a seção 4 não concedeu pleno controle de constitucionalidade aos Tribunais britânicos, apesar deles exercerem esse controle perante as

⁶⁶ Tradução livre: O Ato contempla uma alteração substancial do papel do juiz na sociedade britânica, dando ao Poder judiciário uma extensão do poder judicial. Em primeiro lugar, o ato direciona os tribunais para interpretar as leis de uma maneira que, se possível, sejam compatíveis com a Convenção Europeia. Em segundo lugar, a lei autoriza os tribunais a emitirem uma "declaração de incompatibilidade" quando o direito primário no direito interno está em confronto com direitos da Convenção. Este poder afasta a concepção clássica de revisão judicial, formulando um modelo exclusivo, o novo modelo de incompatibilidade. Um tribunal britânico pode, portanto, emitir uma declaração de incompatibilidade sempre que não for possível interpretar o ato do Parlamento em consonância com a Convenção. Se um tribunal superior emite essa declaração, a decisão do Tribunal provavelmente irá acionar o Parlamento para que altere a legislação pertinente.

⁶⁷ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 194.

⁶⁸ STRECK. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 245.

⁶⁹ House of Lords (Câmara dos Lordes) é a câmara alta do Parlamento britânico, equivalente ao Senado.

leis oriundas da Comunidade Europeia, que se incorporam ao ordenamento britânico.⁷⁰ A declaração de incompatibilidade de uma lei acaba, porém, por ensejar o exame pelo Parlamento da necessidade de emendá-la ou revogá-la. Além disso, esse exame da compatibilidade acaba por exigir dos tribunais superiores tomada de decisão típica do controle de constitucionalidade e abre espaço para métodos amplos de interpretação, direcionando o propósito das leis britânicas.

Para K. Ewing,⁷¹ o *Human Rights Act* é um “engenheiro compromisso” que “purported to reconcile in ‘subtle’ form the protection of human rights with the sovereignty of Parliament”.⁷² Com isso, busca-se prestigiar a divisão de poderes, sem vincular a declaração de incompatibilidade das leis pelos Tribunais. Isso coloca o “ônus sobre o Parlamento caso este deseje agir de forma incongruente com um direito da Convenção, um preço que o Governo pode não estar disposto ou não seja capaz de pagar”.⁷³ Trata-se da mais importante redistribuição de poderes políticos na Inglaterra, talvez, desde 1688 com o *Bill of Rights*.⁷⁴

3 Proteção dos direitos fundamentais e a legitimidade da jurisdição constitucional

O debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes tem início desde sua origem em 1803 com o *lead case* firmado em *Marbury vs. Madison*. Formou-se a concepção de que a proteção dos direitos fundamentais e das normas constitucionais era incompatível com a supremacia legislativa.

Montesquieu, precursor da escola de exegese francesa,⁷⁵ defendia que se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”,⁷⁶ mas defendeu a necessidade de freios e contrapesos entre os diversos poderes do Estado.

⁷⁰ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 195.

⁷¹ EWING. *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, p. 79.

⁷² Tradução livre: pretende conciliar de forma “sutil” a proteção dos direitos humanos com a soberania do Parlamento.

⁷³ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 196.

⁷⁴ Cf. EWING. *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, p. 79; BENDOR; SEGAL. *Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture*, a *New Judicial Review*, p. 685.

⁷⁵ A escola de exegese francesa prega que o juiz deve ser a “boca da lei” e, por isso, deve a ela se ater.

⁷⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 170.

James B. Thayer⁷⁷ já defendia que a Corte “can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, — so clear that it is not open to rational question”⁷⁸.

Tornou-se célebre o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição.⁷⁹ O primeiro defendia que essa atribuição caberia a um Tribunal Constitucional e o segundo pelo *Reich*, chefe do Poder executivo. Com as barbáries cometidas na 2ª Guerra Mundial, patrocinadas pelo Reich, consolidou-se o ideal de Kelsen.

Lina Martinez⁸⁰ discorre sobre o perigo de substituição do governo dos representantes do povo pelo governo dos juízes. Luís Roberto Barroso⁸¹ aponta três objeções para o ativismo judicial que vem ganhando força no Brasil: riscos para a legitimidade democrática, politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

Keith Whittington,⁸² ao estudar a supremacia judicial em face do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos aponta o uso da Suprema Corte americano como instrumento da Política. Michel Rosenfeld, comparando a jurisdição constitucional europeia e norte-americana, conclui que a “jurisdição constitucional atualmente goza de menos legitimidade nos Estados Unidos do que na Europa, em consequência de uma inter-relação entre fatores estruturais e institucionais de um lado, e fatores contextuais, do outro”.⁸³

A própria Alemanha desenvolveu uma fórmula alternativa para diminuir a tensão entre Parlamento e Tribunal Constitucional, propiciando

⁷⁷ THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review, Harvard-MA, v. 17, n. 3, p. 144, out. 1893.

⁷⁸ Tradução livre: só pode desconsiderar a lei quando aqueles que têm o direito de fazer as leis não cometeram um mero erro, mas que eles têm feito um erro muito claro — tão claro que ele não está aberto a questionamento racional.

⁷⁹ Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional, p. 239-298; SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁸⁰ MARTINEZ, Lina Marcela E. El gobierno de los jueces: a propósito de la articulación entre los Tribunales Nacionales y el Tribunal de Justicia Europeo. International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, n. 04, p. 221, dez. 2004.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Cadernos da Amatra IV, Porto Alegre, ano 5, n. 13, p. 79, jul. 2010.

⁸² WHITTINGTON, Keith E. Political Foundations of Judicial Supremacy: the presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 161-227.

⁸³ ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes, p. 218.

um canal de diálogo com o Parlamento. Trata-se do Apelo ao Legislador (*Appellentscheidung*). Sobre isso discorre Gilmar Mendes:⁸⁴

A expressão *Appellentscheidung* foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, “da sentença de rejeição de inconstitucionalidade” vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias.

... *omissis* ...

[...] Designa-se *Appellentscheidung* a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como “ainda constitucional”, anunciando a eventual conversão desse estado de “constitucionalidade imperfeita” numa situação de “completa inconstitucionalidade”.

No modelo brasileiro e norte americano há uma incongruência entre supremacia legislativa e proteção dos direitos fundamentais, pois o majoritarismo típico do Parlamento, não traz garantias de proteção formais e jurídicas⁸⁵ aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o modelo britânico de proteção judicial dos direitos fundamentais traz, indubitavelmente, novas luzes ao debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. A HRA britânica provocou uma mudança na relação de poder entre o Parlamento inglês e os tribunais.⁸⁶ Esses passaram a ter poderes para declarar a incompatibilidade da lei com os direitos fundamentais assegurados na CEDH, mas, diversamente do modelo brasileiro, o ato inconstitucional permanecerá em vigor até sua revisão por um ministro do governo ou pelo Parlamento. O Parlamento indiscutivelmente manteve sua soberania.

O modelo britânico valoriza a supremacia do Parlamento, instituição central da sua Democracia. Ele procura conciliar a defesa dos direitos fundamentais com a soberania parlamentar e a representação popular.

Resta perquirir as vantagens e desvantagens do sistema britânico e de sua influência no direito brasileiro.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: *appellentscheidung*: na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano 2, n. 3, p. 48, mar. 1992.

⁸⁵ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 197.

⁸⁶ BENDOR; SEGAL. Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review, p. 689-690.

4 Supremacia legislativa *versus* supremacia judicial: comparação entre os modelos britânico e brasileiro

Gardbaum⁸⁷ aponta as seguintes vantagens do modelo de jurisdição constitucional britânico em relação aos modelos de supremacia judicial adotados no mundo e, também, no Brasil:

(a) abordar o problema da debilitação legislativa e popular que preocupou muitos observadores do *judicial review* tradicional; (b) fazer com que o discurso sobre direitos constitucionais se transforme, passando de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional mais rico e equilibrado; (c) aprimorar a legitimidade do papel dos tribunais por intermédio da criação de uma divisão de trabalho parcial a respeito da tarefa comum [...] de se equilibrar, na jurisdição constitucional, direitos individuais e imperativos da política pública e (d) reduzir, se não eliminar, a tensão entre a tutela judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática.

Segundo Streck:⁸⁸

o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais*. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais — no sentido que lhe é dado pela tradição — sem democracia.

A principal vantagem do sistema britânico é superar o abismo entre representação popular e jurisdição constitucional. Ele apresenta uma singular forma de conciliar Democracia participativa com Direitos Fundamentais, preservando a supremacia legislativa, mas permitindo uma atuação dos Tribunais. A experiência britânica afasta a ideia de que é inconciliável a proteção de direitos fundamentais com a soberania parlamentar.

A legitimidade do Poder Legislativo nasce do voto popular, na clássica concepção de que todo o poder vem do povo. Montesquieu afirma que “a grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos”.⁸⁹ O Poder Judiciário, pela sua própria natureza, não permite amplos

⁸⁷ GARDBAUM. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica, p. 204.

⁸⁸ STRECK. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, p. 104.

⁸⁹ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, p. 170.

e democráticos debates. Instrumentos como *amicus curiae*, audiência públicas e ampliação dos legitimados a proporem ações diretas no STF podem até diminuir a distância entre representação e legitimidade, mas não tornam a jurisdição constitucional um fórum tão democrático como é o Parlamento.

É verdade que, para muitos doutrinadores, a questão da legitimidade não está ligada diretamente à representação popular. Jürgen Habermas,⁹⁰ por exemplo, diz que:

A compreensão republicana da política lembra o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social.

O modelo britânico traz as seguintes desvantagens: a) o próprio Parlamento quem editou a lei inconstitucional é quem será o juiz final de sua decisão, maculando a ideia de freios e contrapesos existentes no modelo republicano atual; b) no Brasil o Parlamento não tem a mesma força e tradição que na Inglaterra, ao contrário é recente o renascimento do Congresso Nacional brasileiro após longo período ditatorial; c) há um desequilíbrio real de forças entre o Executivo e o Legislativo, onde aquele edita sucessivas Medidas Provisórias; d) o Congresso Nacional tem sofrido críticas de legitimidade, havendo, inclusive, forte discussão sobre reforma eleitoral e mudanças na fidelidade partidária; e) a politização dos direitos fundamentais; f) desproteção das minorias, principais beneficiárias dos direitos fundamentais, já que a atuação majoritária do Parlamento, em geral, sufoca a voz das minorias; g) a cultura parlamentar do sistema de governo britânico e a presidencialista no do Brasil.

Com um Parlamento enfraquecido, a jurisdição constitucional ganha força. O Poder Judiciário preenche naturalmente os vácuos de poder. O maior

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 340.

exemplo disso é que a regra do art. 52, X, da Constituição Federal caiu em desuso, em face da atuação do próprio Supremo Tribunal Federal.

Além disso, politicamente é mais cômodo ao Legislativo aprovar leis de forte apelo popular, ainda que inconstitucionais, e deixar para o Judiciário o ônus de enfrentar a opinião pública e a mídia quando procura resguardar direitos fundamentais.

Apropriada também é a lição de Oscar Vilhena Vieira:⁹¹

Os tribunais e cortes constitucionais, enquanto instituições responsáveis por zelar pela aplicação das regras da Constituição aos sistemas democráticos, são essenciais na concretização do ideal de estado democrático de direito. As suas atribuições constituem, nesse sentido, o próprio reflexo das relações entre democracia e constitucionalismo, adotadas por cada sistema político. Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplos serão as atribuições de um tribunal constitucional.

As dificuldades apontadas são, atualmente, intransponíveis, não tornando viável a adoção, no Brasil, da jurisdição constitucional nos moldes do *Human Rights Act* britânico.

O sistema britânico, porém, provoca novas discussões, como a de se obter um modelo intermediário que conjugue melhor o binômio democracia e direitos fundamentais. Interessante instrumento, nesse sentido, é o Apelo ao Legislador, do direito germânico, que devolve ao Parlamento a discussão de inconstitucionalidade de uma lei.

Conclusão

A jurisdição constitucional britânica conciliou os dois pilares do Estado Democrático de Direito: Democracia e Direitos Fundamentais. Ela prestigia o Parlamento como o grande fórum de discussão dos assuntos do Estado, mas protege o cidadão contra atos incompatíveis com os direitos fundamentais.

Para Ariel Bendor e Zeev Segal:⁹²

⁹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte?. Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 72, mar./maio.

⁹² BENDOR; SEGAL. Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review, p. 686.

In comparison with other legal systems, in Britain a more restrained judicial review of administrative actions has evolved. Britain's absence of judicial power to strike down acts of Parliament, in combination with a deeply-rooted tradition of Parliament's supremacy and public trust in it, has opened the gates to a unique model for protecting human rights. This model, which is anchored in British culture and would not necessarily function well in other legal systems, does not focus on the judiciary as a guardian of human rights.⁹³

O modelo britânico, que busca eliminar o abismo entre representação popular e jurisdição constitucional, entretanto, é de difícil aplicação no Brasil, que não possui a mesma tradição parlamentar. Todavia, ele traz novas luzes, seja para se pensar em um sistema alternativo, seja para inspirar novos mecanismos, que devolvam ao Parlamento o ônus de defender ou de reformar uma lei incompatível com a Constituição.

O debate da legitimidade da jurisdição constitucional, com o modelo britânico, ganha um novo capítulo, que abre novas possibilidades para a desejada implantação de um efetivo Estado Democrático de Direito.

The Marriage of the Legislative Supremacy with the Judicial Review: Lessons from Great Britain to Brazil

Abstract: The discussion is between the traditional model of Judicial Review and the legislative supremacy in the British model. The study covers the main characteristics of the models of constitutionalism in the world and an analysis of the British Parliamentary and their tradition and their constitutionalism. The contemporary British method of control of constitutionality is presented to compare, dialectically, with the Brazilian model. Finally, the article raises new issues about the current and permanent problem of legitimacy of the judicial review.

Key words: Judicial Review. Legitimacy. Legislative Supremacy. Judicial Supremacy.

⁹³ Tradução livre: Em comparação com outros sistemas jurídicos, na Grã-Bretanha tem evoluído uma revisão judicial mais moderada de ações administrativas. A ausência, na Grã-Bretanha, do poder judicial de oposição aos atos baixados pelo Parlamento, em combinação com uma tradição profundamente enraizada da supremacia do Parlamento e a confiança do público na mesma, abriu as portas para um modelo único para a defesa dos direitos humanos. Este modelo, que está ancorado na cultura britânica não necessariamente funcionaria bem em outros sistemas jurídicos, não está centrado no sistema judicial como uma guardiã dos direitos humanos.

Referências

- BARACHO, José Alfredo de O. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Cadernos da Amatra IV*, Porto Alegre, ano 5, n. 13, jul. 2010.
- BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review. *American University International Law Review*, Washington-DC, v. 17, n. 4, 2002.
- CAPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review*, Berkeley-CA, v. 58, n. 5, out. 1970.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury vs. Madison. *U. S. (1 Cranch)*, v. 5, 1803. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 05 dez. 2011.
- ESTADOS UNIDOS. The Constitution of the United States. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 05 dez. 2011.
- EWING, K. D. The Human Rights Act and Parliamentary Democracy. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 62, n. 1, p. 79, Jan. 1999.
- FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *La question prioritaire de constitutionnalité*. Paris, 2010, p. 2. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/plaquette_qpc.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: ANPR; Lumen Juris, 2010. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).
- GRÃ-BRETANHA. European Communities Act. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/pdfs/ukpga_19720068_en.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- GRÃ-BRETANHA. Human Rights Act. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42//contents>>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- GRÃ-BRETANHA. Parliament. The first parliaments. Birth of the English Parliament. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/firstparliaments/>>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HALPÉRIN, Jean-Louis. La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l'histoire du droit français?. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Paris, n. 28, julho/2010. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-une-revolution-dans-l-histoire-du-droit-francais.52720.html>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARSTON, Geoffrey. The United Kingdom' Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights, 1950. *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge, v. 42, n. 4, 1993.
- MARTINEZ, Lina Marcela E. El gobierno de los jueces: a propósito de la articulación entre los Tribunales Nacionales y el Tribunal de Justicia Europeo. *International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 04, dez. 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: appellentscheidung: na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 2, n. 3, mar. 1992.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: ANPR; Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).
- SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Controle de constitucionalidade no direito comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7141>>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Harvard-MA, v. 17, n. 3, out. 1893.
- UNIÃO EUROPEIA. Cour Européenne des Droits de L'Homme. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte?. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, mar./maio 1994.
- WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: the presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O casamento da supremacia legislativa com a Jurisdição Constitucional: lições da Grã-Bretanha para o Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-232, jan./mar. 2012.

Recebido em: 15.12.11

Aprovado em: 15.03.12