

MODELOS INSTITUCIONAIS SOBRE A PALAVRA FINAL NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

INSTITUTIONAL MODELS ON THE LAST WORD IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

*Carlos Eduardo Artiaga Paula¹
Ruan Espíndola Ferreira²*

RESUMO: O objetivo do presente estudo é analisar os modelos institucionais sobre a última palavra na interpretação constitucional, notadamente os denominados de supremacia parlamentar em que a palavra final é do legislativo; o de supremacia judicial ou constitucional em que a última palavra na interpretação é conferida às Cortes ou Tribunais e, por fim, os modelos intermediários, mistos ou híbridos entre os dois tipos existentes, como os modelos canadense, neozelandês e inglês. Verifica-se que estes modelos mistos contribuem efetivamente para os demais tipos, ao trazerem o objetivo ideal de fomentar a cooperação e o diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, repartindo a responsabilidade acerca da interpretação das normas constitucionais.

Palavras-chave: Supremacia; Judicial; Parlamentar; Direitos; Última.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze the institutional models of the last word in constitutional interpretation, especially the ones named parliamentary supremacy, in which the final word encharge the legislature; the judiciary or constitution supremacy in which the last word of the interpretation is given to the Cortes or Courts, and finally, the intermediate, mixed or hybrid models between the two existing types, such as the Canadian, the New Zealand and the English models. It appears that these mixed models contribute effectively to the other types, to bring the ideal goal of fostering cooperation and dialogue between the judiciary and the legislature, sharing responsibility regarding the interpretation of constitutional norms.

Keywords: Supremacy; Judicial; Parliamentary; Rights; Last.

Introdução.

O presente artigo possui como objetivo geral analisar os modelos institucionais de interpretação da constituição, notadamente os denominados “supremacia judicial”,

¹ Bacharel em direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogado atuante nas áreas cível e administrativo. Servidor público na Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em direito processual civil pela Universidade Anhuera-Uniderp. Mestrando em direito público pela Universidade Federal de Uberlândia. e-mail: carloledart@yahoo.com.br

² Bacharel e mestrando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista FAPEMIG. e-mail: ruanespindola@gmail.com

“supremacia constitucional”, bem como os tipos híbridos ou mistos, que consistem nos modelos canadense, neozelandês e inglês, bem como constatar qual contribuição que os referidos tipos ideias podem fornecer ao sistema brasileiro, caracterizado predominantemente pelo modelo de supremacia judicial.

Como objetivos específicos, destacam-se: conceituar e caracterizar os modelos de interpretação constitucional; apresentar descritivamente seus aspectos positivos e negativos em relação à finalidade que pretenderam alcançar; analisar as contribuições que os modelos mistos forneceram para o debate sobre a última palavra na interpretação constitucional e sua repercussão no modelo de supremacia judicial.

Em síntese, o modelo de supremacia parlamentar confere a última palavra na interpretação constitucional para o Parlamento, subtraindo do Judiciário uma participação efetiva na construção do sentido das normas jurídicas. O modelo de supremacia judicial, por outro lado, concentra a palavra final sobre o entendimento da Constituição no Judiciário, o qual padece de respaldo democrático, pois, em regra, os Juízes não são eleitos mediante um sistema de sufrágio direto, universal e periódico. Há, contudo, sistemas que buscam evitar os excessos dos outros dois modelos mencionados, fomentando uma participação efetiva entre o Legislativo e o Judiciário sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Vale evidenciar, ainda, que esses tipos consistem em modelos ideais “puros”, conforme concepção de Max Weber, os quais foram estabelecidos buscando-se elementos comuns entre os diversos sistemas institucionais existentes sobre a última palavra na interpretação constitucional. Essa tipologia tem como primordial objetivo sistematizar as informações e o conhecimento a fim de facilitar o estudo do tema. Isso não implica, contudo, que não existam modelos que destoam da tipologia apresentada.

Por outro lado, no Brasil, o modelo que predomina é o de “supremacia judicial”, pois o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF), detém a última palavra sobre a aplicação e interpretação das matérias constitucionais, sobretudo as que versam sobre os direitos fundamentais, previstos, predominantemente, nos arts. 5º a 16 da CF/88. Em algumas decisões, o STF adota uma postura inovadora na interpretação constitucional, atuando verdadeiramente como legislador. Isso permanece claro quando o Supremo declarou juridicamente possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011) e sobre a possibilidade de se realizar o aborto de fetos anencéfalos (BRASIL, 2005). Em outras situações, deveras mais severa, o STF avoca ou suprime competências os outros poderes,

como o entendimento proferido no mandado de injunção n.º 712³ (BRASIL, 2007b) que versava sobre a ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos em que o Supremo entendeu que seria possível aplicar, aos servidores públicos, a lei de greve da iniciativa privada (Lei 7.783/89). Outro exemplo paradigmático é a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, retirando do Senado a competência prevista no art. 52, inc. X da CF/88⁴ (BRASIL, 2006).

Diante dessas ponderações iniciais, constata-se que a primordial justificativa do presente estudo é fornecer, mediante a análise de sistemas mistos sobre a última palavra na interpretação constitucional, conclusões e propostas pelas quais se pode amenizar os problemas fornecidos pelo modelo de supremacia judicial.

Lado outro, a problemática exposta nesse estudo também pode ser sintetizada pela seguinte pergunta: Quais as contribuições que os modelos híbridos sobre a interpretação constitucional podem fornecer para o modelo de supremacia judicial?

A fim de elucidar esses questionamentos, será utilizado preponderantemente o tipo de pesquisa bibliográfico, o método dedutivo e a técnica da análise textual, temática e interpretativa. Não se desprezará, contudo, a pesquisa documental, que, embora em menor monta, será utilizada como diretriz na análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação à temática.

Modelos institucionais sobre a palavra final na interpretação constitucional.

O período moderno, deflagrado após as revoluções liberais burguesas, foi caracterizado por um modelo de sistematização jurídica predominante em grande parte dos Países, denominado de “supremacia do Parlamento”. Conforme este modelo, todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos mediante o sufrágio da maioria da população. Logo, compreendia-se que as normas editadas pelo Parlamento correspondiam à manifestação da vontade do povo.

Esse sistema caracteriza-se por leis, sem qualquer hierarquia, e que podiam ser editadas e revogadas, conforme a vontade do Parlamento. Portanto, este Órgão era supremo e incontestável, justamente porque ele podia alterar a forma de organização do sistema jurídico como bem entendia, sem estar vinculado ou limitado por qualquer disposição.

³ O mesmo entendimento foi seguido pelo STF nos MIs 670 e 708.

⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

No referido modelo, a força interpretativa dos Tribunais era muito pequena, pois se limitavam a reproduzir a vontade das leis e do Parlamento. Não havia a concepção de sistema jurídico aberto por cláusulas gerais como há hoje. Entendia-se que o ordenamento era completo e que, para todos os problemas existentes na sociedade, havia uma correspondência normativa nos grandes códigos. Nas situações em que havia divergência de entendimentos, remetia-se o caso ao Parlamento que se pronunciava sobre a questão.

O grande problema desse modelo é que, como dava força extrema ao Parlamento, ele não impediu o surgimento de regimes ditatoriais ou totalitários, os quais foram caracterizados por grave violação a direitos, a exemplo da chacina aos judeus na Alemanha⁵. O Parlamento podia fazer o que quisesse, inclusive, sobrestar os direitos dos cidadãos judeus, submetendo-os a tratamentos desumanos e cruéis. A fim de contornar esses problemas, houve, nos Estados Unidos da América (EUA), a consagração de um novo modelo, denominado de constitucional ou de supremacia judicial. O surgimento desse novo modelo nos EUA adveio da circunstância histórica de que modelo britânico de supremacia judicial não obstou a existência de violações aos direitos dos colonos americanos, o que também foi o estopim para a independência norte-americana em 1776⁶.

Contudo, antes de se adentrar na descrição acerca do referido modelo de supremacia judicial, deve-se destacar que o fato de surgir esse tipo não implicou no desaparecimento do modelo de supremacia do Parlamento, que ainda existe em países como Holanda e Luxemburgo. Também não implica que esses modelos, que são tipos ideais, tenham suas características idênticas em todos os países que o adotam. São apenas uma tipologia para fins didáticos. A Inglaterra de hoje, apesar de adotar a supremacia do Parlamento, está cada vez mais incorporando alguns preceitos do modelo do *civil law*. Também o fato puro e simples de

⁵ “O fracasso óbvio e catastrófico do modelo de supremacia legislativa do constitucionalismo em evitar tomadas de poder totalitaristas, bem como a avalanche de violações a direitos humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial, resultaram na adoção dos elementos essenciais do polarmente oposto modelo norte-americano, quase sem exceção, sempre que surgia a oportunidade para um país ter um novo começo e promulgar uma nova constituição. Para proteger e expressar de forma efetiva seu compromisso para com os direitos e liberdades humanas fundamentais, os países abandonaram, um após outro, a supremacia legislativa, mudando para uma declaração de direitos petrificada com status de lei suprema que fosse judicialmente (ou quase judicialmente aplicada) (GARDBAUM, 2010, p. 168).

⁶ “A Constituição dos Estados Unidos da América foi, é claro, tanto produto de uma revolução bem-sucedida quanto uma revolução bem-sucedida por si própria – no constitucionalismo e no pensamento constitucional. Ela foi projetada, acima de tudo, em contraste direto à constituição britânica que, quaisquer que fossem os méritos gerais de suas alegações de proteger a liberdade adequadamente, era condenada pelos ex-súditos coloniais norte-americanos por ter deixado de proteger seus direitos e liberdades garantidos pelo direito consuetudinário. Rejeitando direta e conscientemente a fundamental teoria constitucional britânica da soberania do Parlamento, os novos Estados Unidos criaram um sistema de governo baseado na noção de que o poder legislativo é juridicamente limitado e, em seguida, concederam poder aos tribunais para aplicar tais limites” (GARDBAUM, 2010, p. 164).

ter um constitucionalismo “formal” não impediu a existência ditadura no Brasil nem nos demais países da América latina.

O modelo da supremacia constitucional, que passou a ser mundialmente predominante a partir de 1945, adotou o império da Constituição e do Judiciário. Por esse termo “supremacia”, compreende-se o órgão ou poder que tem a atribuição de dar a palavra final sobre a vigência ou não da lei. Na supremacia do Parlamento, a palavra final é dada pelo Legislativo e na supremacia constitucional a palavra final é do Judiciário.

Nesse novo modelo, as normas sobre organização do Estado, a distribuição dos poderes, o sufrágio e, sobretudo, os direitos foram consagrados em uma norma superior, que é a Constituição com status jurídico mais elevado que as demais normas do ordenamento.

As normas constitucionais eram protegidas, pois, para modificá-las exigia-se um procedimento mais árduo de aprovação para as demais normas. Ademais, havia normas que jamais podiam ser suprimidas, que, no Brasil chama-se de cláusulas pétreas, previstas nos art. 60, § 4º da CF/88⁷. Algumas Constituições, como a brasileira, adotavam limitações temporais e circunstanciais. Todas as normas infraconstitucionais deveriam também ser compatíveis e não violar o conteúdo da Constituição. Essa proteção da Carta Magna era realizada pelo Poder Judiciário, que controlava as normas editadas pelo Legislativo.

Ocorre que o modelo de supremacia constitucional sofreu variações quanto ao modo pelo qual o controle de constitucionalidade é realizado, advindo duas espécies – o sistema norte-americano e o europeu.

Enquanto no sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade é realizado em qualquer processo judicial, proposto por qualquer cidadão, que tem efeitos em um determinado caso concreto, no modelo Europeu, há um órgão superior que realiza esse controle, o qual é suscitado por legitimados específicos. O controle é realizado de modo abstrato sem vinculação direta com qualquer situação concreta.

Contudo, ao longo da história, esse modelo de constitucionalismo apresentou diversos problemas, sendo o principal deles a ausência de respaldo democrático por parte do Poder Judiciário⁸, constituído de Juízes não eleitos, cujo processo criativo e interpretativo, constitui

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

⁸ WALDRON (2010) afirma que incumbir a um grupo seletivo de pessoas a tarefa de decidir os valores democráticos mais relevantes implicaria em violar a democracia, retirando dos cidadãos a oportunidade de decidirem sua própria vida. “O *judicial review* não é um procedimento de tomada de decisão menos não-democrático do que uma ditadura por ter o povo votado a seu favor. Além disso, há muito se argumenta que o *judicial review* desencoraja e debilita a discussão legislativa e popular das questões de maior peso ao retirar a

em uma inovação no ordenamento jurídico, já que se baseiam por princípios generalíssimos do sistema de direito⁹. Outro problema é a interferência do Judiciário em questões políticas, o que se chama de ativismo judicial, sem, contudo, terem respaldo democrático. Tal situação ocorreu por diversas vezes na Suprema Corte estadunidense¹⁰.

Esses problemas – demasiadamente graves– tiveram repercussão mundial. Conforme o tradicional modelo norte-americano, não há um meio termo entre o constitucionalismo e a supremacia do Parlamento, pois ou a Constituição é lei suprema ou é lei ordinária como as demais, conforme palavras do próprio presidente Marshall¹¹.

Contudo, historicamente, vários países tentaram um meio termo, rejeitando os excessos que esses dois modelos traziam. Em termos gerais, eles conferiam a última palavra ao Parlamento, porém, concedendo ao Judiciário a prerrogativa de manifestar e alegar a violação de um direito. A grande contribuição desses modelos intermediários foi consagrar um ideal de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo a fim de que ambos órgãos contribuam para a interpretação constitucional.

Esse ideal de diálogo era formatado por uma estrutura de argumento, resposta e réplica. Ou seja, o Legislativo editava uma lei; o Judiciário manifestava sobre o fato da lei violar (ou não) direitos e, por fim, o Legislativo, com a palavra final e considerando a manifestação do Judiciário, dava a última palavra sobre o fato de a lei ser violadora (ou não) de direitos. O fato da lei, declarada violadora de direitos pelo Judiciário, voltar para a deliberação do Parlamento fomentava, pelo menos em tese, uma comunicação – um diálogo entre as instituições. Esse

responsabilidade pela decisão final e enfraquece a capacidade política do povo ao substituir a responsabilidade popular pela judicial” (GARDBAUM, 2010, p. 197).

⁹ “A lei não contém todo o Direito. Isso é apenas um ‘mito’. Não obstante as disposições legislativas em contrário, ao juiz compete muito mais a criação do Direito do que a mera interpretação e aplicação da lei. Sem dúvida, o juiz exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica. O procedimento técnico-jurisprudencial consolidado nos tribunais, fruto de situações particulares inseridas em circunstâncias histórico-sociais é superior à capacidade do aparelho de Estado para criar e impor o Direito” (WOLKMER, 2003, p. 182/183).

¹⁰ “A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (Justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas dos próprio Judiciário, do Legislativo e do Executivo; (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo; (iii) estabelecer o sentido e alcance de princípios fluídos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica. A despeito de seu prestígio e sucesso, a Suprema Corte viveu momentos de dificuldades políticas, teve algumas linhas jurisprudenciais revertidas por meio de emenda constitucional e proferiu decisões que mereceram crítica severa” (BARROSO, 2009, p.21-22).

¹¹ De acordo com Marshall: “Entre essas alternativas não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, como qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender” (GARDBAUM, 2010, P. 160).

ideal tentou ser aplicado por diversos países, dentre eles Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra, os quais criaram modelos híbridos ou mistos sobre a palavra final na interpretação constitucional.

Deve-se destacar que alguns juristas, notadamente MENDES, 2011, p. 20, classificam os modelos institucionais de interpretação da constituição como fortes (a exemplo dos modelos norte-americano e do germânico) e fracos (como os modelos mistos ou híbridos do Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido). Essa nomenclatura (ao menos *a priori*) parece-nos deveras preconceituosa, pois sobreleva o modelo norte-americano e germânico em detrimento dos demais, pois é cediço que algo “forte” é melhor do que algo “fraco”. Outros utilizam-se da terminologia “modelos dialógicos de interpretação da Constituição” ao se referirem aos sistemas inglês, canadense e neozelandês. Essa nomenclatura, a nosso ver, parece equivocada, pois nem sempre os três modelos mencionados proporcionam um diálogo interorgânico e em alguns casos não proporcionam diálogo algum, conforme será mais bem exposto abaixo. Lado outro, o modelo de supremacia judicial ou constitucional também pode promover um diálogo interorgânico. Veja o exemplo dos Estados Unidos em que:

Por quatro vezes o Congresso editou emendas à Constituição para o fim de alterar a interpretação estabelecida pela Suprema Corte: a) a 11ª Emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados; b) a criação de uma cidadania nacional pela 14ª Emenda; c) a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª Emenda; e d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem com 18 anos, introduzida pela 26ª Emenda (BARROSO, 2009, p. 22).

No caso acima mencionado, a estrutura dialógica foi completada: houve a edição de uma norma; esta foi interpretada pela Suprema Corte e, em seguida, o Legislativo editou emendas à Constituição para afastar a interpretação do órgão máximo do Judiciário estadunidense. Contudo, é importante esclarecer que alguns autores não denominam os modelos canadense, inglês e neozelandês como “dialógicos”. Contudo, afirmam que o diálogo interorgânico é um ideal a ser perseguido sobre a última palavra na interpretação da Constituição. Dessa forma, parece acertada a terminologia empregada.

É relevante destacar que, no presente estudo, rejeitar-se-á as nomenclaturas de modelos fracos ou dialógicos, adotando-se o nome de modelos institucionais híbridos ou mistos sobre a palavra final na interpretação da constituição¹².

¹² Semelhantemente, MENDES, 2011, p. 30: “Não sei se, dentro das classificações convencionais da relação entre Parlamentos e cortes, já foi utilizada a expressão “teorias da última palavra”. Considero essa denominação adequada para os fins da classificação que proponho. Ela deriva do uso abundante de expressões como “last word”, “last say”, “ultimate authority”, “supreme authority”, ou simplesmente “supremacy” na literatura a respeito”.

Inicialmente, cumpre destacar que a discussão sobre o diálogo interorgânico surgiu quando esses Países passaram a consagrar direitos em seu ordenamento jurídico. Esse mesmo fenômeno ocorreu nos três países.

No Canadá, a proposta era o seguinte. O Parlamento podia editar uma lei, afirmando que essa lei seria válida, apesar de violar direitos. Essa norma é chamada pelos autores do texto de cláusula *notwithstanding* (LINARES, 2008) ou disposição anulatória por GARDBAUM, 2010.

O interessante é que essa norma podia ser aplicada de forma preventiva ou repressiva. Quando usada de forma preventiva, ou seja, a norma já ingressava no ordenamento jurídico blindada da ingerência do Judiciário em razão da disposição anulatória, o diálogo interorgânico era drasticamente reduzido. Assim, o Legislativo editava a norma e o Judiciário nada podia fazer, exceto interpretar a norma no caso concreto de modo a consagrar os direitos.

No modelo repressivo, o diálogo interorgânico era mais bem aproveitado, pois o Legislativo editava a norma sem a disposição anulatória. O Judiciário declarava-a inconstitucional e daí o Parlamento editava a disposição.

Apesar de boas as intenções do Canadá, esse modelo fracassou completamente, sendo o mais criticado de todos eles.

Primeiro, caso o uso seja preventivo, a ideia de diálogo sucumbia, pois o Judiciário não pode declarar a disposição inconstitucional.

Caso o uso seja repressivo, o diálogo também restava inviabilizado. Primeiro, porque o Parlamento não tem a obrigação de editar a disposição anulatória. Segundo, o Legislativo tem uma limitação em sua capacidade argumentativa, porque ele não pode discordar do Judiciário afirmando que esse órgão errou ou dando uma nova interpretação à norma. O Parlamento não pode argumentar, suscitando direitos, a lógica ou a razão. A capacidade de diálogo do legislativo fica engessada, pois ele deve partir do pressuposto que o Judiciário está certo, ou seja, a norma é inconstitucional e sua única saída é propor a disposição anulatória.

Ademais, ao se editar uma disposição anulatória, o Parlamento sofre um desgaste político muito grave, pois o Legislativo, ao editar a disposição anulatória, manteria no ordenamento jurídico uma norma que violava o direito de seus eleitores.

Uma terceira consequência é que entre a resposta do Judiciário e a réplica do Parlamento pode transcorrer um considerável intervalo de tempo. Com isso, é comum que os cidadãos, o Judiciário e o próprio Parlamento se acostume com aquele posicionamento judicial e, daí, não enfrente a inconstitucionalidade proposta pelo Judiciário e, portanto, não haja diálogo algum.

Um quarto e relevantíssimo problema é a questão da instabilidade jurídica que seria causado em razão dessa modificação de posicionamentos entre o Judiciário e o Parlamento. Logo, questiona-se: como seria o efeitos – *ex nunc* ou *ex tunc* – tanto da decisão judicial ou da disposição anulatória? Com ficaria a coisa julgada, o ato jurídico perfeito? E como ficaria a estabilidade jurídica se transcorresse um considerável intervalo entre a edição da norma, a resposta e a réplica? Todos esses questionamentos levam à conclusão de que a disposição anulatória gera muita instabilidade jurídica.

Se na teoria, o modelo do Canadá apresentava graves problemas, na prática ele sucumbiu, conforme estabelece GARDBAUM (2010). O que aconteceu foi que o Quebec, para se evitar ingerência do Judiciário, editou a disposição anulatória de forma repressiva para todas as normas já editadas e de forma genérica e preventiva para todas as normas que fossem editadas. Ou seja, blindou todo o seu ordenamento contra a interferência do Judiciário. Ademais, o próprio Judiciário compactuou com esse uso da disposição anulatória, afastando apenas a sua aplicação retroativa.

Outro fenômeno que ocorreu é que, depois da polêmica, ocorrida em Quebec, e considerando todos os inconvenientes já mencionados da disposição anulatória, houve uma convenção tácita de que a disposição anulatória jamais seria utilizada. Ou seja, além de Quebec, somente outra província utilizou essa disposição. Logo, o modelo canadense tornou-se uma réplica do modelo estadunidense.

Contudo, embora sem êxito, a experiência do Canadá serviu com parâmetro para se questionar as possibilidades de um modelo intermediário entre a supremacia do Parlamento e o constitucionalismo.

Outro modelo que buscou esse ideal do diálogo interorgânico foi o neozelandês. A Nova Zelândia, que adota o sistema flexível, ou seja, não há normas superiores (ou constitucionais) naquele ordenamento jurídico, ao instituir normas que protegiam direitos, expressamente afirmou que o Judiciário não podia invalidar outra norma sob o fundamento de que esta violava a declaração de direitos. Isso, por si só, já implicava que as normas de direitos possuíam menos força jurídica que as demais, pois às normas de direitos não se aplicava o critério hermenêutico de *lex posterior revogat priori*.

Porém, a lei de direitos servia como diretriz interpretativa. Ou seja, impôs ao Judiciário o dever de interpretar as demais normas do ordenamento em conformidade com a declaração de direitos. Assim, a lei de direitos seria estrutural, pois determinaria o modo pelo qual as leis seriam interpretadas, embora essas não pudessem ser anuladas com base na norma de direitos.

A lógica do modelo da Nova Zelândia é o seguinte: O Parlamento edita a lei; o judiciário interpreta aquela lei de modo a consagrar os direitos humanos e, por fim, o Legislativo pode afastar aquela interpretação, mediante a edição de uma lei.

Primeiramente, por este modelo, pode ocorrer que não haja diálogo, pois o Parlamento não está obrigado a editar a norma interpretativa que vá de encontro ou em conformidade com o entendimento do Judiciário. Logo, permanece o problema da falta de legitimidade democrática, pois prevalece como última palavra o posicionamento do Judiciário.

Por fim, com a evolução da jurisprudência neozelandesa, os Juízes se deram ao direito de declarar determinada norma como incompatível com a Constituição, o que é o próprio modelo inglês. Portanto, as mesmas críticas do modelo britânico são válidas para o modelo neozelandês.

A Grã-Bretanha apresenta um outro modelo híbrido na interpretação Constituição. Na Inglaterra, prevalecia o modelo de supremacia judicial, advindo de inúmeras lutas históricas. Esse modelo é uma forte representação da vitória do Parlamento – representante da soberania popular – sobre os poderes absolutos do Rei e de uma minoria aristocrática, que dominavam o poder Executivo e o Judiciário. Não se concebia, na Inglaterra, um Parlamento que contraponha ou que não represente os interesses de todo o povo. Pelo contrário, limitar o Parlamento implicava em limitar o próprio povo inglês, o que parecia inconcebível (GARDBAUM, 2010, p. 198/199).

Seguindo-se essa forte tradição inglesa, buscou-se um meio termo entre os modelos de supremacia judicial e legislativa. Buscou-se consagrar uma declaração de direitos, notadamente a Lei de Direitos Humanos (LDH) de 1998, com vigência a partir de 2/10/2000, amparada e protegida pelo poder Judiciário, sem destituir do Parlamento a prerrogativa de dar a última palavra sobre o direito nacional. O grande problema dessa ideia foi escolher uma maneira de como proteger de modo eficaz os direitos humanos, sem conferir um caráter de supralegalidade à declaração de direitos.

A LDH inglesa tentou solucionar o problema da seguinte forma: primeiro, incumbiu aos Tribunais a prerrogativa de interpretar e aplicar todas as normas jurídicas de forma compatível com os direitos da convenção. Contudo, caso a Corte evidencie que não é possível aplicar determinada norma jurídica de modo compatível com os direitos da convenção, incumbir-lhe-ia emitir uma declaração de que a norma em questão seria incompatível com um dos direitos previstos na LDH. Em outras palavras, o Tribunal emitiria uma declaração de incompatibilidade.

A função principal dessa declaração consiste em permitir que um ministro modifique a norma jurídica incompatível com a LDH e submeta esse pedido à consideração e à aprovação por ambas casas do Parlamento, o qual terá a última palavra sobre a questão constitucional. Logo, os Magistrados não têm a prerrogativa de deixar de aplicar a norma ou afastar a sua vigência sob a alegação de que ela é incompatível com a LDH. Assim, a norma incompatível continua em pleno vigor e vigência. Também não há nenhuma obrigação, por parte do Parlamento, de apreciar e votar sobre a “declaração de incompatibilidade”.

Observa-se que o controle de constitucionalidade inglês encontra-se dividido em duas funções: a primeira consiste em declarar a existência de uma incompatibilidade entre determinada norma jurídica e a declaração de direitos e a segunda de invalidar as normas incompatíveis. Aos Tribunais, incumbe apenas a primeira função, enquanto que o Parlamento concentra as duas atribuições retromencionadas. Destaca-se que essa medida de transferir parte do controle de constitucionalidade aos Tribunais é uma grande inovação e uma ruptura abrupta na cultura jurídica e constitucional da Inglaterra.

Aos ingleses, o modelo da declaração de incompatibilidade é a melhor opção para se rejeitar os extremos dos modelos de supremacia judicial e legislativa. Alegam que se conferiu um maior “vigor aos direitos da Convenção sem (I) dar a eles o status de lei suprema, (II) petrifica-los contra emenda ou revogação e (III) conceder aos tribunais o poder do *judicial review*” (GARDBAUM, 2010, p. 191).

De fato, os direitos previstos na convenção não são uma lei suprema. Na verdade, gozam de uma força jurídica inferior às demais normas do direito, assim como ocorreu no modelo neozelandês. Ora, trata-se de um critério hermenêutico a disposição de que a norma posterior revoga a norma anterior, cujo conteúdo seja com aquela incompatível. Contudo, a LDH não goza desta força jurídica, uma vez que não revoga as normas anteriores que sejam com ela incompatível. Assim, possuem menos força jurídica do que as demais normas do ordenamento.

E por essa razão que tanto o governo quanto seus críticos concordam que, tecnicamente, os direitos da Convenção não forma de modo algum “incorporados” como parte do direito interno ordinário, mas devem produzir efeitos de alguma outra maneira (GARDBAUM, 2010, p. 192).

Em contrapartida, a LDH possui algumas características peculiares que a difere das demais normas jurídicas. Primeiro, embora a LDH não revogue as normas anteriores que sejam com ela incompatíveis; as normas posteriores, que não se adequem às disposições da declaração de direitos, também não revogam esta (declaração de direitos). Logo, a declaração

de incompatibilidade pode versar tanto sobre normas anteriores quanto sobre as posteriores à declaração de direitos.

Também não pode o Parlamento inglês imunizar suas leis contra a existência de declarações de incompatibilidade versando sobre normas posteriores à LDH. Contudo, incumbe ao Parlamento modificar a norma de direitos por maioria simples – o mesmo quórum de revogação, criação ou alteração das demais normas existentes no ordenamento jurídico inglês. Consoante o governo inglês,

Petrificar direitos da Convenção contra emenda ou revogação posterior por maiorias legislativas simples não era nem “necessário” nem “desejável”, visto que isso “não poderia ser reconciliado com nossas próprias tradições constitucionais, as quais permitem que qualquer lei do Parlamento seja emendada ou revogada por uma lei subsequente do Parlamento (GARDBAUM, 2012, p. 194).

Segundo, a declaração de direitos trata-se de um parâmetro interpretativo, no qual todas as demais normas do ordenamento devem ser com ela compatíveis. Ademais, gera-se uma expectativa política de que as normas incompatíveis com a declaração de direitos serão extirpadas (ou ao menos adequadas) ao ordenamento jurídico. Frise-se que se trata apenas de uma expectativa de cunho político e não jurídico, uma vez que o Parlamento de nenhum modo está vinculado à declaração de incompatibilidade emitida pelo Tribunal. Ademais, fechar os olhos para a manifestação do Judiciário, que passou a participar de forma ativa na dinâmica de elaboração das leis, pode, em algumas situações, gerar um grande desgaste político ao Parlamento.

Contudo, a grande crítica que se faz ao modelo inglês e a todos os demais modelos mistos é que eles não geram ao Legislativo uma obrigação de apreciar as considerações do Judiciário. O Parlamento pode, simplesmente, ignorar a manifestação do Judiciário, sobretudo naquelas situações em que decidir pode gerar um maior custo político do que a inércia. Foram os casos brasileiros do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011) e o caso do aborto do feto anencefálico (BRASIL, 2005), cuja decisão ficou sob os ombros dos Tribunais, embora o Parlamento tivesse usufruído de tempo hábil para editar normas regulamentadoras.

LINARES (2008, p. 1999) assevera que

Ninguna de las formas de comunicación realmente existentes entre el Congreso y las Cortes satisface las exigências de um diálogo democrático. O bien dan margen para un genuíno diálogo pero depositan la última palabra en las Corte,s, o bien dan primacía al Congreso pero no dan margen para un genuíno diálogo.

Todavia, os modelos híbridos contribuíram efetivamente para os modelos de supremacia parlamentar e judicial ao trazer a possibilidade de um diálogo entre o Legislativo e o

Judiciário a fim de amenizar os extremos entre os dois modelos. Primeiro, concede ao Parlamento, órgão o qual possui a representação majoritária, a palavra final na interpretação constitucional, mas confere aos Tribunais uma participação efetiva nesse processo. Ao Judiciário, incumbe a precípua função política de alertar os cidadãos sobre a existência de normas potencialmente inconstitucionais, atribuindo ao Legislativo a responsabilidade por sua edição, anulação ou adequação ao ordenamento jurídico.

Logo, constata-se a existência de uma distribuição do ônus e da responsabilidade na interpretação e aplicação das normas constitucionais (ou de direitos), o que possibilita vislumbrar um maior leque de possibilidades interpretativas, permitindo-se ponderar a melhor escolha entre as opções existentes. Fomenta-se, assim, uma decisão mais segura e consciente.

Ademais, os modelos híbridos suprem a carência democrática do poder Judiciário; estimulam o debate entre as Instituições acerca da melhor maneira de se aplicar os direitos fundamentais; divide entre os Órgãos a responsabilidade acerca da interpretação e das disposições constitucionais (ou de direitos) e reduzem o abismo entre a proteção dos direitos fundamentais e a proteção do princípio democrático. Em outras palavras, os modelos híbridos parecem proteger ambos valores: primeiro, os direitos fundamentais, afastando-se dos inconvenientes do modelo de supremacia legislativa e também o princípio democrático, pois aos representantes eleitos do povo incumbirá a palavra final no processo interpretativo, afastando-se das falhas do modelo de supremacia judicial.

A partir das inovações propostas pelos modelos institucionais híbridos, LINARES (2008) propõe adotar-se um modelo de declarações de incompatibilidade, assim como o modelo inglês, porém, com algumas modificações. Primeiramente, exigir-se-ia do Parlamento, ao editar uma lei, que expusesse as razões públicas e justificações que levaram àquela opção legislativa. Outra exigência é que existisse uma forma de obrigar o Parlamento ou alguma comissão legislativa a apreciar e analisar a declaração de incompatibilidade.

Fazendo-se uma analogia com o ordenamento jurídico brasileiro, há, na hipótese de edição de medida provisória, o prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, para que o Congresso a aprecie, conforme art. 62, § 3º da CF/88¹³. Contudo, caso a medida provisória não tenha sido apreciada no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, o Congresso permanece em regime de urgência na qual ficam “sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando” (art. 62, § 6º da

¹³ Art. 62. § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

CF/88). Essa forma de se obrigar o Parlamento a enfrentar a disposição anulatória pode ser semelhante ao disposto no art. 62, § 6º da CF/88, porém, conferindo-se um prazo muito maior em razão das inúmeras declarações de inconstitucionalidade que poderiam existir no ordenamento jurídico brasileiro e também em razão da complexidade da(s) questão(ões) suscitada(s).

Ao manifestar sobre a questão de incompatibilidade, o Legislativo deveria primeiramente enfrentar todos os argumentos mencionados pelo Judiciário, sobretudo aqueles baseados em direitos e publicar de forma ampla uma nota com as suas razões e justificações, possibilitando-se a todo o cidadão contribuir com o diálogo, mediante o uso dos canais públicos disponíveis, notadamente o uso da audiência pública.

Segundo a proposta de LINARES (2008), aos Juízes caberiam não apenas declarar a incompatibilidade das leis contemporâneas, ou seja, as leis editadas após a declaração de direitos, mas também declarar a invalidade ou inconstitucionalidade das leis não contemporâneas. Nesta última hipótese (declaração de invalidade de normas anteriores à edição da declaração de direitos ou da Constituição), caberiam aos Juízes das instâncias inferiores declarar a incompatibilidade na norma, mas somente a Corte Constitucional teria a atribuição de invalidá-lo. Logo, até a questão ser remetida à Corte Superior, haveria tempo hábil para que o Parlamento se pronunciasse sobre a questão e até evitasse a apreciação do Judiciário. Caso houvesse a declaração de invalidade da norma, incumbiria ao Parlamento, após apreciar efetivamente as considerações do Judiciário, editar outra norma versando sobre os efeitos temporais sobre a disposição de invalidade.

Até que um modelo, semelhante ao proposto por Linares, seja implementado, os Magistrados do modelo de supremacia judicial poderá adotar a postura de declarar a inconstitucionalidade ou invalidade de determinada norma jurídica com efeitos retardados ou com um prazo de espera, possibilitando que o Legislativo se pronuncie sobre a questão, editando um ato normativo. No Brasil, tal postura possui previsão legal na modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, prevista no art. 11, § 1º da Lei 9.868/99¹⁴ e já foi adotada de forma bem sucedida caso do Município de Luís Eduardo Magalhães¹⁵, pois houve a concessão de prazo ao Legislativo que editou uma norma jurídica regulamentando a questão. Contudo, a referida consideração é uma das posturas possíveis de serem assumidas

¹⁴ Art. 11, § 1º, L. 9.868/99. A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

¹⁵ A Lei Estadual da Bahia de n.º 7.619/2000 criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, embora não tenha obedecido às disposições constitucionais. Logo, o STF (BRASIL, 2007a) declarou inconstitucional a criação do referido Município, mas conferiu ao Legislativo o prazo de 2 (dois) anos para regularizar a situação mediante a edição de emenda constitucional, o que foi devidamente realizado.

pelo poder Judiciário, embora não haja efetivamente nenhuma vinculação que o obrigue a agir dessa forma.

Conclusão.

Constatou-se a existência de modelos intermediários entre a supremacia judicial e a parlamentar que, respectivamente, conferem a última palavra na interpretação constitucional para o Judiciário e o Legislativo. A grande inovação destes modelos foi demonstrar, ainda que com algumas falhas, a possibilidade de se pensar modelos intermediários que rejeitam posturas extremas e que buscam pela consagração do princípio democrático, já que estimula uma cooperação entre todos os poderes na interpretação das normas de direito.

Os modelos híbridos demonstraram o não abandono da prerrogativa de conferir ao Parlamento a última palavra na interpretação das disposições de direito. Contudo, conferiram ao poder Judiciário, uma participação primordial e indispensável nessa dinâmica interpretativa. Desta forma, os modelos passaram a proteger a disposição de direitos de forma mais efetiva do que em comparação com o regime de supremacia legislativa. O Canadá por intermédio de uma declaração de direitos de anulação limitada; a Nova Zelândia pela existência de normas de direito com o cunho exclusivo de diretriz interpretativa e, por fim, a Grã-Bretanha por consagrar normas de direitos como orientações interpretativas, bem como autorizar aos Tribunais declarar determinada norma jurídica como incompatível com a declaração de direitos, o que se denomina de “declaração de incompatibilidade”.

A contribuição que os modelos híbridos fornecem aos modelos de supremacia parlamentar e judicial é notória, sobretudo a fim de estimular as Cortes e o Legislativo a usarem os mecanismos existentes para estimular uma cooperação e integração entre ambos na interpretação constitucional.

Referências.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54** do Distrito Federal, Brasília, DF, 27 de abril de 2005, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 15 junho 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 4.335** do Acre, Brasília, DF, 21 de agosto de 2006, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959.NUME.+OU+82959.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 junho 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.240** da Bahia, Brasília, DF, 09 de maio de 2007, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22lu%EDs+eduardo+magalh%E3es%22+adi%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 agosto 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de injunção n.º 712** do Pará, Brasília, DF, 27 de outubro de 2007, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28712%2ENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 junho 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132** do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 05 de maio de 2011, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reconhecimento+uni%E3o+homoafetiva%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 agosto 2012.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 159-222.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 199-240.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003.