

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES

**SOLUÇÕES INSTITUCIONAIS DIALÓGICAS PARA O SISTEMA BRASILEIRO DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DAS ENGRENAGENS
CANADENSES E NEOZELANDESAS**

CURITIBA

2020

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES

**SOLUÇÕES INSTITUCIONAIS DIALÓGICAS PARA O SISTEMA BRASILEIRO DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DAS ENGRENAGENS
CANADENSES E NEOZELANDESAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do título
de Doutora em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Claudia Maria
Barbosa.

**CURITIBA
2020**

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES

**SOLUÇÕES INSTITUCIONAIS DIALÓGICAS PARA O SISTEMA BRASILEIRO DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DAS ENGENAGENS
CANADENSES E NEOZELANDESAS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Doutora Claudia Maria Barbosa – PUCPR (orientadora)

Professora Doutora Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUCPR

Professora Doutora Amélia Rossi – PUCPR

Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza – UFPR e UNINTER

Professor Doutor Marcelo Cattoni de Oliveira - UFMG

Curitiba, 09 de março de 2020.

À minha mãe, Maria do Rosário, por ter abdicado dos seus próprios sonhos e de sua profissão,
em razão dos meus; pelo cuidado com nossa família, pelo apoio e amor incondicionais, por
ser, enfim, tudo para mim.

Ao meu pai, Julio Abel, pela doçura, por acreditar e realizar todas as mudanças, por estar
sempre junto, com amor e paciência.

À minha irmã, Caroline, por ser exemplo de coragem, força e inteligência e por encher nossa
família de mais amor com o José Henrique, o Pedro Joaquim e o Fábio.

À minha orientadora, Claudia Maria Barbosa, pela inspiração e apoio em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

A toda minha família, em especial aos meus pais, irmã, sobrinhos, cunhado e avó Isaura, pelas orações, apoio e amor.

Aos meus saudosos avós, José, Ermelinda e Joaquim (*in memoriam*), com lembrança da força, da sabedoria e do amor que me deram.

Ao meu primo Elmer Marques, por sempre estar ao meu lado, em todas as mudanças e decisões.

A todos os tios, tias, primos e primas, especialmente ao primo Wander Marques, pela presença e parceria de sempre.

À minha grande amiga, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de Araújo, com quem aprendi a ser mais forte e compartilhei os momentos mais divertidos do Doutorado. Saudade constante de sua presença diária.

Às grandes amigas: Bianca Maruszczak Schneider Van Der Broocke, Miriam Olivia Knopik Ferraz e Olga Maria de Queiroz Krieger, pelo apoio constante, companhia diária e por compartilharem comigo as agonias do Doutorado e de todos os momentos da vida.

Aos parceiros de uma vida toda, Paula Fauth Manhães Miranda, Elisa Biassio Telles Bauer, Julia Lins das Chagas Lima, Marcella Gottardi de Carvalho Afonso, Suelen Fidelis de Pádua Almeida, Bruna Fornazari, Aline Soares Lopes, Séfora Roque, Thais Sanson Sene, Nathalia Greidanus, Méris Nelita Fauth, Pedro Fauth Manhães Miranda e Tatiane Elen de Souza, pela amizade verdadeira e por compartilharmos a vida com muito amor e alegria.

À querida amiga Elisa Biassio Telles Bauer, por me permitir falar sobre a tese nas madrugadas e por me inspirar com a sua arte e o trabalho que constrói na terra. Gratidão eterna pelos momentos compartilhados, poesias e textos declamados.

Ao amigo “tio” Guilherme Bauer, pelo empréstimo de livros, pela sabedoria compartilhada. Ficam a admiração e encantamento imensuráveis.

Ao querido Leonardo García Jaramillo, pelo carinho e cuidado.

Aos meus alunos e colegas de trabalho da Universidade, pelo incentivo e pela paciência em todo o período do Doutorado.

Aos meus queridos alunos e amigos Pedro Manenti Vieira da Silva, Eduardo Schamne e Ariê Scherreier Ferneda, por compartilharem tantos momentos de alegria e superação na escrita da tese e nas lutas por direitos.

Aos amigos Danilo de Toledo Cesar Tiezzi, Fábio Korenblum, Leonardo Welter, César Fazio, porque a distância não impede o compartilhamento de ideias e das agonias cotidianas.

A todos os amigos e amigas com os quais convivi na PUCPR durante os quatro anos de Doutorado, principalmente Maria Augusta Oliveira de Souza, Victor Cezar Rodrigues da Silva, Parcelli Dionizio Moreira, Domingos José Perfetto Junior, Yuri Frederico Dutra, Nicolas Addor, Sérgio Fernando Ferreira de Lima, Lourival Barão, Guilherme Passos, Maria Claudia Stansky e Regeane Bransin Quetes, pela parceria e amizade.

Às amigas Ana Carolina Lopes Olsen, Maria Helena Fonseca Faller, Anna Luisa Walter de Santana Daniele e Bianca Maruszczak Schneider Van Der Broocke, por compartilhar os estudos sobre Judiciário e Democracia, Congressos, viagens e tantos outros momentos especiais, assim como todos os outros amigos queridos da minha turma 2016-2020.

Ao amigo Gladimir Adriani Poletto, pelas palavras de apoio nos momentos que mais precisei. A todos os professores do PPGD da PUCPR que colaboraram com a minha formação, especialmente Claudia Maria Barbosa, Katya Kozicki, Cinthia Obladen de Almendra Freitas, José Querino Tavares Neto, Danielle Anne Pamplona, Antônio Carlos Efig e Emerson Gabardo, com os quais tive a oportunidade de cursar disciplinas.

Aos professores do grupo de pesquisa “Novas tendências do Controle de Constitucionalidade e suas interfaces com a separação dos Poderes e a Democracia e Direitos Fundamentais” da graduação da PUCPR, Antonio Cláudio Kozikoski Junior, Bruno Meneses Lorenzetto, Eduardo Iwamoto e Jordão Violin, pela oportunidade de participação nas bancas dos trabalhos de conclusão de curso de seus alunos e por todo o conhecimento compartilhado comigo.

À Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pelas contribuições no processo de elaboração da tese desde a qualificação do projeto.

Ao Professor Doutor Marcelo Cattoni de Oliveira, à Professora Doutora Amélia Rossi e à Professora Doutora Cinthia Obladen de Almendra Freitas, pela oportunidade de crescimento com a leitura do trabalho e diálogo na banca.

A todos os colaboradores da PUCPR, especialmente às queridas Eva Cuero, Nerissa, Daiane Kuster e Glair Braun, assim como aos colaboradores da biblioteca, por todo o apoio durante o Doutorado.

À querida amiga Marcella Abboud pela revisão ortográfica do texto.

Ao Murilo Andrade e a Ana Castex, pela compreensão e apoio durante toda essa jornada.

Ao meu médico Christiano Saliba Uliana e ao meu fisioterapeuta Gustavo Binhara, pelo constante apoio nos tombos literais da vida e por possibilitarem uma vida mais saudável durante o doutorado após a cirurgia de quadril. Ter tido a chance de ser tratada por vocês me trouxe, além da possibilidade material de realizar minhas tarefas, uma inspiração diária sobre empatia, escuta ativa e respeito pelo humano.

À CAPES, à Fundação Araucária e à PUCPR, pelo financiamento do Doutorado e da pesquisa em geral.

"Cada um de nós é como um homem que vê as coisas em um sonho e acredita conhecê-las
perfeitamente, e então desperta para descobrir que não sabe nada".

Platão, *Político*.

RESUMO

O constitucionalismo contemporâneo, caracterizado por um processo de expansão do papel do Judiciário na interpretação da Constituição, é refutado por um constitucionalismo mais dialógico, o qual reconhece a importância de outros atores na atribuição do(s) significado(s) da Constituição. O Judiciário é importante para resguardar o caráter indissociável da democracia política e dos direitos fundamentais, mas não há uma sede única onde possam ser interpretados e garantidos os direitos constitucionais, vindo à tona os diálogos com outros poderes. A Nova Zelândia e o Canadá são países cujo desenho institucional e prática democrática favorecem o diálogo entre os poderes, constituindo-se exemplos importantes para a superação do controle de constitucionalidade ultra-forte brasileiro. Por isso, com inspiração no ordenamento jurídico de tais países, propõe-se soluções dialógicas entre os poderes no Brasil, visando amenizar algumas das implicações antidemocráticas do exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal. Para se atingir o objetivo proposto, utiliza-se a técnica de pesquisa legislativa, com a análise da legislação canadense, neozelandesa e brasileira necessária para compreender o controle de constitucionalidade em cada um dos países. Em seguida, constrói-se uma pesquisa jurisprudencial com a análise de decisões dos três países; além de inventariar uma bibliografia por intermédio de coleta de dados em obras de autores clássicos e contemporâneos. Quanto ao método de pesquisa, utiliza-se o dedutivo, partindo-se dos teóricos do constitucionalismo dialógico e da descrição do modelo fraco de controle de constitucionalidade, para tratar dos mecanismos dialógicos do Canadá e da Nova Zelândia, e, ainda, esboçar um controle de constitucionalidade mais dialógico para o Brasil; e o comparativo, cujo fio condutor é a comparação do desenho institucional e possíveis soluções dialógicas para o controle de constitucionalidade de tais países, adotando-se uma perspectiva cultural e interdisciplinar. Considera-se que países com um modelo mais fraco de controle de constitucionalidade, caracterizados pela possibilidade de haver uma resposta legislativa às decisões judiciais, possuem maior potencialidade para o desenvolvimento de mecanismos dialógicos. Além disso, os diálogos entre os poderes, realizados de forma fundamentada, constituem-se em uma opção mais democrática e legítima para a realização dos direitos previstos na Constituição, em detrimento de uma eventual interpretação judicial impositiva e que se esquiva de um diálogo com os poderes majoritários. Assim, conclui-se sugerindo a possibilidade de se tornar o controle de constitucionalidade brasileiro ultra-forte mais dialógico, por intermédio de mecanismos dialógicos potenciais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo dialógico. Brasil. Canadá. Nova Zelândia.

ABSTRACT

Contemporary constitutionalism, understood as a process of expanding the role of the Judiciary in interpreting the Constitution, is refuted by a more dialogical constitutionalism, which recognizes the importance of other actors in attributing meanings to the Constitution. The Judiciary is important to safeguard the inseparable nature of political democracy and fundamental rights, but there is no single seat where constitutional rights can be interpreted and guarantee and, therefore, the theory of the dialogue between the judiciary and the other powers emerges. New Zealand and Canada are countries where institutional design and democratic practices favor the dialogue between the powers, constituting important examples for overcoming the ultra-strong Brazilian judicial review. Inspired by these countries' legal systems, dialogical solutions between the powers are proposed for Brazil, in order to alleviate some of the anti-democratic implications of the Federal Supreme Court's exercise in the judicial review of laws. To achieve the pursued objective, is used the legislative research technique, with the analysis of Canadian, New Zealand and Brazilian legislation, which is necessary to understand the judicial review in each of these countries. Then, a jurisprudential research is built with the analysis of decisions from the three countries; in addition, a bibliography inventory is made through data collection in classic and contemporary works. As for the research method, deductive method is used, starting from the theorists of dialogical constitutionalism and from the description of the weak model of judicial review to analyze Canada's and New Zealand's dialogical mechanisms, and, still, to outline a more dialogical judicial review for Brazil; it is also used the comparative method, which has as a guiding principle the comparison of institutional design and possible dialogical solutions for the judicial review in these countries, adopting a cultural and interdisciplinary perspective. Countries with a weaker model of judicial review, characterized by the possibility of a legislative response to judicial decisions, are considered to have greater potential for the development of dialogical mechanisms. In addition, the dialogues between the powers, carried out in a reasoned manner, constitute a more democratic and legitimate option for the realization of the rights guaranteed by the Constitution, to the detriment of a possible imposing judicial interpretation, which deviates from a dialogue with the majority powers. As a conclusion, it is suggested that the ultra-strong Brazilian judicial review could become more dialogical, through the already existing potential dialogical mechanisms in the Brazilian legal system.

Keywords: Judicial Review; Dialogical Constitutionalism; Brazil; Canada; New Zealand.

RESUMEN

El constitucionalismo contemporáneo, caracterizado por ser un proceso de expansión del papel del poder judicial en la interpretación de la Constitución, es “refutado” por un constitucionalismo más dialógico, que reconoce la importancia de otros actores en la atribución de los significados de la Constitución. El poder judicial es importante para salvaguardar el carácter inseparable de la democracia política y de los derechos fundamentales, sin embargo, no hay un espacio único donde los derechos constitucionales puedan ser interpretados y garantizados, por lo cual surgen diálogos con otros poderes. Nueva Zelanda y Canadá son países cuyo diseño institucional y práctica democrática favorecen el diálogo entre los poderes, constituyendo ejemplos importantes para superar el control de la constitucionalidad ultrafuerte brasileño. Por esta razón, con inspiración en el sistema jurídico de esos países, se proponen soluciones dialógicas entre los poderes públicos en Brasil, con el objetivo de mitigar algunas de las implicaciones antidemocráticas del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Federal Supremo. Para lograr el objetivo propuesto, se utiliza la técnica de investigación legislativa, con el análisis en la legislación canadiense, neozelandesa y brasileña necesario para comprender el control de la constitucionalidad en cada uno de los países. En seguida, se construye una investigación jurisprudencial con el análisis de las decisiones de los tres países. Además, se relaciona una bibliografía a través de la recopilación y el análisis de datos en obras de autores clásicos y contemporáneos. En cuanto al método de investigación, se utiliza el deductivo, a partir de los teóricos del constitucionalismo dialógico y de la descripción del modelo débil de control de constitucionalidad, para tratar los mecanismos dialógicos en Canadá y en Nueva Zelanda, y describir un control de constitucionalidad más dialógico para Brasil. El hilo conductor es la comparación del diseño institucional de los dos primeros para determinar posibles soluciones y lecciones dialógicas para el control de constitucionalidad del segundo, adoptando una perspectiva sensible a la cultura política de cada país e interdisciplinaria. Se considera que los países con un modelo más débil de control de constitucionalidad, caracterizado por la posibilidad de una respuesta legislativa a las decisiones judiciales, poseen un mayor potencial para el desarrollo de mecanismos de diálogo. Además, las deliberaciones entre los poderes constituyen una opción más democrática y legítima para la realización de los derechos constitucionales, respecto de una posible interpretación judicial imponente y que evita el diálogo con los poderes mayoritarios. Concluye proponiendo un control de constitucionalidad brasileño más dialógico, a través de posibles mecanismos dialógicos ya existentes en el sistema jurídico nacional.

Palabras clave: Control de constitucionalidad. Constitucionalismo dialógico. Brasil. Canadá. Nueva Zelanda.

RESUMÉ

Le constitutionnalisme contemporain, caractérisé par un processus d'élargissement du rôle du pouvoir judiciaire dans l'interprétation de la Constitution, est réfuté par un constitutionnalisme plus dialogique, qui reconnaît l'importance d'autres acteurs dans l'attribution du ou des sens de la Constitution. Le pouvoir judiciaire est important pour sauvegarder le caractère indissociable de la démocratie politique et des droits fondamentaux, mais il n'y a pas de siège unique où les droits constitutionnels peuvent être interprétés et garantis, et des dialogues avec d'autres pouvoirs font surface. La Nouvelle-Zélande et le Canada sont des pays dont la conception institutionnelle et la pratique démocratique favorisent le dialogue entre les pouvoirs, constituant des exemples importants pour surmonter le contrôle de la constitutionnalité ultra-forte du Brésil. Pour cette raison, en s'inspirant du système juridique de ces pays, des solutions de dialogue sont proposées entre les pouvoirs au Brésil, visant à atténuer certaines des implications antidémocratiques de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois par la Cour suprême fédérale. Pour atteindre l'objectif proposé, la technique de recherche législative est utilisée, l'analyse de la législation canadienne, néo-zélandaise et brésilienne étant nécessaire pour comprendre le contrôle de la constitutionnalité dans chacun des pays. Ensuite, une recherche jurisprudentielle est construite avec l'analyse des décisions des trois pays; en plus d'inventorier une bibliographie par la collecte de données dans des œuvres d'auteurs classiques et contemporains. Quant aux méthodes de recherche, le déductif est utilisé, à partir des théoriciens du constitutionnalisme dialogique et de la description du modèle faible de contrôle de constitutionnalité, pour traiter des mécanismes dialogiques du Canada et de la Nouvelle-Zélande, et, encore, pour esquisser un contrôle plus constitutionnel de la constitutionnalité du Brésil; et le comparatif, dont le fil conducteur est la comparaison de la conception institutionnelle et des solutions dialogiques possibles pour le contrôle de la constitutionnalité de ces pays, en adoptant une perspective culturaliste et interdisciplinaire. Les pays dont le modèle de contrôle de la constitutionnalité est plus faible, caractérisé par la possibilité d'avoir une réponse législative aux décisions judiciaires, sont considérés comme ayant un plus grand potentiel pour le développement de mécanismes de dialogue. En outre, les dialogues entre les pouvoirs, menés de manière raisonnée, constituent une option plus démocratique et légitime pour la réalisation des droits prévus par la Constitution, au détriment d'une éventuelle interprétation judiciaire imposante et qui se dérobe à un dialogue avec les pouvoirs majoritaires. Ainsi, il conclut en suggérant la possibilité de devenir le contrôle de la constitutionnalité brésilienne ultra-forte plus dialogique, avec des mécanismes de dialogue potentiels déjà existants dans le système juridique brésilien.

Mots clés: Contrôle de Constitutionnalité. Constitutionnalisme dialogique. Brésil. Canada. Nouvelle-Zélande.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO JUDICIÁRIO: A NECESSIDADE DE DIÁLOGO.....	22
2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E A HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	21
2.1.1 <i>Marbury vs. Madison</i>	27
2.1.2 Era <i>Lochner</i>	29
2.1.3 <i>United States v. Carolene Products Co.</i>	30
2.1.4 Ampliação da postura ativista e influência do controle de constitucionalidade norteamericano para o mundo.....	32
2.2 QUEM DECIDE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM UMA DEMOCRACIA? O DEBATE DWORKIN X WALDRON.....	34
2.2.1 A inclinação pelas Cortes (Ronald Dworkin)	35
2.2.2 A inclinação pelos legisladores (Jeremy Waldron)	39
2.3 MODELOS FORTE E FRACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: POTENCIAL DIÁLOGO ENTRE PODERES.....	43
2.4 CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO.....	53
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS CANADENSES.....	57
3.1 O DESENHO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO CANADENSE E O ACESSO À SUPREMA CORTE.....	57
3.2 <i>CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS</i>	58
3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO À <i>CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS</i>	60
3.4 A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A <i>CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS</i>	62
3.5 EXPRESSÃO DOS DIÁLOGOS CANADENSES NA PRÁTICA.....	69
3.5.1 O reconhecimento das uniões homoafetivas no Canadá e o artigo 53 da <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	69
3.5.2 Casos julgados pela Suprema Corte do Canadá em 2019.....	70
3.5.3 Obstáculos à prática do diálogo institucional no Canadá.....	73
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NEOZELANDESES.....	76
4.1 O JUDICIÁRIO NEOZELANDÊS E O ACESSO À SUPREMA CORTE.....	77
4.2 A CULTURA JURÍDICA NEOZELANDESA DE SUPREMACIA DO PARLAMENTO E A <i>NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT</i>	81
4.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO EM RELAÇÃO À <i>NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT</i>	83
4.3.1 “Mandado interpretativo”	88
4.4 <i>HUMAN RIGHTS REVIEW TRIBUNAL</i> E A “DECLARAÇÃO DE INCONSISTÊNCIA”	90
4.5 A PRÁTICA DE DIÁLOGOS ENTRE OS PODERES E A <i>NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS</i>	91

4.5.1 Caso “Quilter”	92
4.5.2 Outros casos.....	96
5 EXPRESSÕES DE DIÁLOGO ENTRE PODERES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	101
5.1 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A POTENCIALIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MECANISMO DIALÓGICO.....	104
5.2 COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE? QUESTÕES DE DELIBERAÇÃO INTERNA E EXTERNA.....	111
5.3 O CONTROLE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS: PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33 DE 2011.....	117
5.4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A “VAQUEJADA” (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.983)	121
5.5 DIFICULDADE DO MODELO REPRESENTATIVO NO CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E DA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	126
5.6 OUTROS CASOS NOS QUAIS O BRASIL TANGENCIOU UM POSSÍVEL DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	133
5.7 COMPARAÇÕES ENTRE OS MODELOS FRACO DO CANADÁ E DA NOVA ZELÂNDIA E O MODELO FORTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: EXISTE POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO NO BRASIL?	139
6 CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS.....	168
APÊNDICE 1 – TABELA COM RESUMO DE CASOS JULGADOS PELA SUPREMA CORTE CANADENSE EM 2019.....	180
APÊNDICE 2 – TABELA COM RESUMO DE CASOS JULGADOS PELA SUPREMA CORTE NEOZELANDESA EM 2019.....	203

1. INTRODUÇÃO

O contexto de expansão do constitucionalismo nas ondas do pós-Segunda Guerra ensejou a constitucionalização dos Direitos (com *status* superior à legislação) e a sua proteção por meio do exercício do controle de constitucionalidade¹. No século XX, houve o reconhecimento de um rol amplo e aberto de direitos, principalmente os sociais, os quais, por sua vez, exigiram uma atuação forte por parte do Poder Judiciário para lhes conferir efetividade e concretude, especialmente em países nos quais tal efetividade de direitos sociais dependia de políticas públicas, as quais eram inexistentes ou ineficazes. Claudia Maria Barbosa (2013, p. 04) ressalta que, enquanto na Alemanha tal expansão se deu no âmbito dos direitos de liberdade e no sentido de redefinir os limites da igualdade, na América Latina, as Cortes adquiriram um protagonismo crescente, principalmente em temas que envolviam políticas públicas capazes de efetivar os direitos sociais à saúde e à educação.

Ocorre, todavia, que essa exigência de uma postura mais ativa do Judiciário é incompatível com a ideia de poder “neutro” ou “invisível” tradicionalmente a ele atribuída, razão pela qual, contemporaneamente, vem sendo acusado de se imiscuir no âmbito de atuação do Legislativo e do Executivo, ultrapassando a esfera do *check and balances*, legislando e/ou realizando políticas públicas, sem, no entanto, possuir legitimidade para tal. Isto é, há um enfraquecimento dos outros dois Poderes e, diante de tal expansão de atuação do Poder Judiciário, faz-se ainda mais necessário refletir, principalmente, acerca da jurisdição constitucional, importando uma análise crítica a respeito de seu papel na sociedade.

Desse modo, justifica-se, também, refletir criticamente sobre um sistema no qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos e tampouco podem ser cobrados e punidos, assim como possuem o poder de revogar decisões de representantes que o foram. Questiona-se, assim, por que há tanto poder e uma espécie de imunização em relação aos canais democráticos de controle? E, para longe da resposta convencional no sentido de atuação contramajoritária, defesa da Constituição e estabelecimento de padrões decisórios, o Supremo Tribunal Federal se autointitula como “a última trincheira do cidadão” para resguardar seus direitos, “salvando a democracia de si mesma”, como “vanguarda iluminista que empurra a

¹ Como o foco da tese é analisar o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Judiciário e não aquele realizado no Brasil de forma preventiva pelo próprio Legislativo ou Executivo, adota-se a apenas a expressão “controle de constitucionalidade” e não necessariamente a expressão “controle judicial de constitucionalidade das leis”. Nesse sentido, tais expressões são consideradas como sinônimos no presente trabalho.

história”, como destaca Conrado Hübner Mendes² (2018).

Nesse contexto, destaca-se que o Poder Judiciário é importante para resguardar o caráter indissociável entre a democracia política e os direitos fundamentais, assim como a garantia destes pela via judicial. Porém, não há uma única sede onde possam ser interpretados e garantidos os direitos constitucionais. Por isso, vem à tona os diálogos com outros Poderes, que possuem legitimidade popular.

Dessa forma, o que ora se propõe é o estudo de mecanismos dialógicos entre os Poderes, realizando-se um quadro comparativo com ordenamentos jurídicos de outros países, de modo a comparar o *judicial review* exercido em cada um deles, especificamente no Canadá e na Nova Zelândia, pois se acredita que mecanismos como esses podem ser úteis para solucionar uma crise de legitimidade do Judiciário brasileiro, a qual se revela principalmente (mas não somente) quando ele se arvora no direito de definir o conteúdo da Constituição e de suas normas a partir de processos interpretativos, sem dialogar com os poderes representativos. Por isso, ao final, com inspiração no ordenamento jurídico de tais países, pretende-se delinear soluções dialógicas entre os Poderes no Brasil, visando amenizar as implicações antidemocráticas do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário.

Para se atingir o objetivo proposto, diferentes caminhos são trilhados: a) utiliza-se da técnica de pesquisa legislativa, com a análise da legislação canadense, neozelandesa e brasileira necessária para compreender o controle de constitucionalidade em cada um dos países; b) far-se-á pesquisa documental, com a análise de dados constantes nos sites das cortes supremas de ambos os países; c) traçar-se-á, a partir da pesquisa jurisprudencial e com a análise de decisões dos três países, bem como a bibliográfica, por intermédio de coleta de dados em obras de autores clássicos e contemporâneos, um panorama que redunde, de maneira coerente, nas questões ora levantadas. Vale destacar ainda a utilização de doutrinas nacionais e estrangeiras, disponíveis nas línguas inglesa e espanhola para efetivar tal desiderato.

Quanto aos métodos de pesquisa, utiliza-se o dedutivo, que permite a comprovação das alegações realizadas, partindo-se dos teóricos do constitucionalismo dialógico e da descrição do modelo fraco de controle judicial de constitucionalidade, para se especificar o assunto no que se refere aos mecanismos dialógicos do Canadá e da Nova Zelândia, e, ainda, esboçar um controle judicial de constitucionalidade mais dialógico para o Brasil. Também será

² Além disso, os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não representam o entendimento do Tribunal, o que ocorre é o “voluntarismo incontinente de seus membros”. Inclusive, o mesmo autor (MENDES, 2018) ressalta que o argumento constitucional do Supremo “se tornou embrulho opaco para escolhas de ocasião”, bastando olhar atentamente as “incoerências na fundamentação de casos juridicamente semelhantes que recebem decisão diversa”.

utilizado o método comparativo, cujo fio condutor será a comparação do desenho institucional e possíveis soluções dialógicas para o controle judicial de constitucionalidade de tais países.

Esclarece-se que o método comparado é trazido a partir da perspectiva de Pierre Legrand, na obra “Como ler o direito estrangeiro”. Logo no prefácio da obra, Daniel Wunder Hachem (2018, p. 12) resume as quatro ideias mestras do livro a) crítica à visão positivista do Direito e adoção da perspectiva cultural e interdisciplinar; b) crítica ao “paradigma da autoridade” e adoção do “paradigma da alteridade”; c) crítica ao “projeto da similaridade” e adoção da “análise diferencial das jurisprudências”; e d) crítica à crença na objetividade e reconhecimento da incidência das pré-compreensões no trabalho do comparatista.

Quanto à alteração do paradigma da autoridade para o paradigma da alteridade, importa destacar que, neste último, ao invés de se partir da autoridade de seu próprio Direito para julgar o Direito estrangeiro, ou seja, o Direito do outro, “o comparatista deve imbuir-se de uma “ética da comparação” baseada em dois valores primordiais: o reconhecimento e o respeito”. Já a crítica ao projeto da similaridade e a adoção da análise diferencial das jurisprudências, significa dizer que se deve realizar uma análise diferencial das jurisprudências, que tem como objetivo reconhecer e identificar a singularidade (ainda que plural) de cada Direito, de modo a constatar e respeitar as suas peculiaridades, “sublinhando as suas diferenças, sempre buscando explicá-las com apoio nos elementos que são próprios àquela determinada cultura jurídica” (HACHEM, 2018, p. 13-14).

Além disso, rejeita-se, aqui, a ideia de que exista objetividade ao descrever o Direito estrangeiro, pois é impossível separar o sujeito que descreve de sua realidade cultural vivida. Assim, é igualmente impossível analisar o direito objetivamente: não há elementos ontologicamente intrínsecos “capazes de serem revelados sem a intervenção de pré-concepções na atividade do ‘revelador’, mediante uma visão despida de qualquer preconceito (no sentido de pré-conceito)” (HACHEM, 2018, p. 16).

Na introdução da sua obra, Pierre Legrand informa que sua tarefa vai na “contracorrente”, pois, além de ter o desejo de confirmar a relevância do Direito estrangeiro, ainda ambiciona investigá-lo mais profundamente para lhe conferir valor normativo para aprimorar o Direito nacional. Ou seja, o pressuposto fundamental é que “a construção de si (...) deve passar pelo recurso ao outro”, deve-se ter alteridade (LEGRAND, 2018, p. 19). A tarefa do comparatista é justamente a de pensar o próprio sistema jurídico em relação ao outro, porque a identidade de um só existe com relação aos sistemas que lhe são diferentes.

O autor lembra que a comparação também é uma questão de poder pois “é o comparatista que, em seu trabalho, responderá em nome do Direito estrangeiro, e é da sua

capacidade de abertura ao outro que dependerá a qualidade de seu tratamento da alteridade jurídica”. A comparação revela a diferença radical entre modos de vida e sistemas jurídicos, “revela até que ponto inexistem um mundo que seja comum, sistemas jurídicos que sejam os mesmos, práticas jurídicas que sejam iguais ou valores jurídicos que existam de forma compartilhada aqui, ali e ainda lá longe” (LEGRAND, 2018, p. 22-23). É por isso que o outro Direito não é intercambiável, não é possível fazer transplantes jurídicos. A tarefa hercúlea do comparatista é, enfim, a de compreender a alteridade através de termos e conceitos que não lhe são próprios e explicá-los através dos termos e conceitos que são os seus.

Em outros lugares, o Direito é pensado de outra forma, ou seja, cada lugar tem o “seu” direito. Cada Estado, por sua vez, tem sua liberdade de como agir com sua justiça. Os juristas brasileiros não conseguem trazer ao país um Direito inteiro de outro, pois ele não encaixaria com as normas brasileiras, mas eles podem fazer uma projeção daquela lei, a qual levará em conta a interpretação particular de cada jurista brasileiro (LEGRAND, 2018, p. 57). Ou seja, para o autor, o comparatista acaba sendo um “mal” necessário, pois é quem constrói a diferença.³

É exatamente nessa perspectiva que se analisa o controle judicial de constitucionalidade brasileiro, refletindo-se sobre a ausência de diálogo e a cultura que faz prevalecer a palavra do Judiciário na interpretação constitucional, ou seja, pensando-se o próprio sistema, como acima se delineou; de modo a contrapô-lo em relação aos sistemas canadense e neozelandês. Isso, levando em consideração um Judiciário que, não raro, se abstém de julgar questões relevantes do âmbito político, mas que gera um diálogo com o Legislativo sobre a interpretação constitucional. Logo, para se alcançar tal tarefa, compara-se o desenho institucional; os fundamentos do *judicial review* em ambos os países, que é influenciado pelo

³ Nas palavras do autor (2018, p. 112 – 113): “Enquanto ela investe em certas leituras e descarta outras para, finalmente, interromper sua exploração documental, porque isso é preciso, Imogene não o faz sem perceber que o texto que ela constrói sobre as “derivative actions” inglesas não tem contornos, ele é desprovido de margens, de bordas (ao longo do caminho, ela se lembra de uma bela reflexão de Derrida sobre o texto que existe na ausência de bordas). Isto significa que o seu estudo do Direito estrangeiro, essa comparação, essa interpretação, ela é suscetível de se estender ao infinito – ela não será, em todo o rigor do termo, terminada jamais, ela se repetirá incansavelmente até ela fracassar. Não sem melancolia, Imogene diz a si mesma que, pelo fato de “sua” linguagem sobre o Direito estrangeiro estar limitada apenas a inclinar-se em direção ao Direito estrangeiro – já que ela se manifesta apenas de uma maneira assintótica, isto é, ela nunca alcançará algo que seria exatamente o próprio Direito estrangeiro e, portanto, ela permanece afastada daquilo-que-seria-esse-Direito por uma distância suscetível de se reduzir drasticamente, mas não de desaparecer -, o comparatista só pode, no máximo, ir em direção àquilo que ele está examinando, ele só pode observar à distância, através dela. Assim, é no desajustamento de um adiamento (a reprodução fiel do outro Direito – sua duplicação – é sempre adiada) que o Direito estrangeiro escapa, aos poucos, da comparação, porque nenhuma leitura pode, por uma questão de princípio, fornecer uma interpretação integral de tudo aquilo que existe. Escrever sobre o Direito estrangeiro é menos sobre alcançar a linha de chegada a mais sobre trabalhar a lacuna, esse abismo que simplesmente não pode ser superado”.

próprio desenho institucional; e o alcance ou repercussão da decisão, com foco na reação do Poder Legislativo, por meio da análise de casos julgados nos dois países.

Nesse contexto, considera-se que a decisão proferida em sede de controle judicial de constitucionalidade deve ser construída a partir do diálogo, com a sociedade ou com os Poderes majoritários que a representam, diferentemente do que ocorre no caso brasileiro. Ou seja, os mecanismos dialógicos entre Poderes, potencializados em modelos fracos de controle judicial de constitucionalidade, amenizam o déficit democrático do controle judicial das leis, permitindo que as decisões judiciais sejam mantidas (ou não) porque os cidadãos estão de acordo ou discordam de tais decisões (por intermédio dos seus representantes). Além disso, conforme destaca Mark Tushnet (2014, p. 112), o controle judicial de constitucionalidade das leis, quando realizado por meio de mecanismos de diálogo com os Poderes majoritários, traz a vantagem institucional de permitir que as Cortes foquem a atenção em valores constitucionais conectados com problemas específicos. Além disso, uma revisão judicial mais dialógica também favorece a aceitação do diálogo e da revisão de seu próprio posicionamento por parte do Legislativo (se for o caso). Dessa forma, tem-se como hipótese que mecanismos de diálogos canadenses e neozelandeses podem ser úteis para inspirar uma solução da crise de legitimidade do Judiciário brasileiro, a qual se revela principalmente, mas não somente, quando reconstitui significados e conteúdos da Constituição e de suas normas, a partir de processos interpretativos, sem dialogar com os poderes representativos, mas, principalmente, podem inspirar o delineamento de soluções mais dialógicas para o controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Portanto, com a criação de mecanismos dialógicos no Brasil, pretende-se impedir que a interpretação da Constituição seja atribuída apenas ao Judiciário e suprir o déficit democrático que o controle judicial de constitucionalidade das leis traz em seu bojo. Destarte, com tais mecanismos, ao mesmo tempo em que se reconhece a autoridade do Judiciário para interpretar a norma, transfere-se ao legislador o ônus de conformá-la à Constituição. Esse processo de “interpretação dialógica” pode ter ainda o condão de fazer com que o Poder Público se torne menos “infrator” do texto legal, colaborando, inclusive, para uma maior efetividade da norma.

Dessa forma, de modo a tentar comprovar a hipótese estabelecida no trabalho, aborda-se de modo descritivo: a) o histórico do controle judicial de constitucionalidade das leis pelo Judiciário e da expansão do poder judicial, com foco na história do controle norte-americano (especialmente o caso *Marbory v. Madison*, a era *Lochner* e o caso *Carolene products*), tendo em vista a sua grande influência para o modelo brasileiro que é tratado no último capítulo e para o próprio modelo canadense; b) um resumo da controvérsia “todos os poderes aos juizes” (Ronald Dworkin) x “todos os poderes aos legisladores” (Jeremy Waldron), por meio das lentes

de autores como Conrado Hübner Mendes (2008)⁴; c) modelos fracos de controle judicial de constitucionalidade e o constitucionalismo dialógico, com fundamento em autores como Sthepen Gardbaum (2010), Mark Tushnet (2008, 2015) e Peter Hogg e Allison A. Bushell (2014).

Posteriormente, passa-se à uma análise também descritiva dos modelos canadense e neozelandês, tendo em vista que não se vivencia o contexto cultural e jurídico de ambos os países, sendo possível apenas descrever e não interferir na realidade estrangeira, nos termos expostos na obra de Pierre Legrand (2018). Tais modelos foram eleitos para análise e possível inspiração para o modelo brasileiro porque são comumente caracterizados como modelos fracos de controle judicial de constitucionalidade e porque possuem mecanismos considerados dialógicos: a) o Canadá é considerado o modelo mais forte dentre os modelos fracos e possui uma solução criativa constante na Seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a qual a afasta do *judicial review* forte dos norte-americanos sem, todavia, desconsiderar a opinião da Suprema Corte canadense; b) a Nova Zelândia possui o modelo mais fraco dentre os modelos fracos de controle judicial de constitucionalidade das leis, tendo em vista que sua carta de direitos é apenas interpretativa e, diferentemente da carta canadense, não alcança *status* constitucional, com dois mecanismos de interpretação considerados dialógicos – “mandado interpretativo” e “declaração de inconsistência”.

Assim, no capítulo que diz respeito ao Canadá, os seguintes pontos foram abordados: a) o desenho institucional e o acesso à Suprema Corte; b) a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e o controle realizado em relação à esta carta de direitos; c) a possibilidade de diálogo por meio das seções 1 (“cláusula de limitação”) e 33 (“cláusula não obstante”) da carta de direitos; d) casos importantes apontados pela doutrina e todas as decisões proferidas pela corte canadense em 2019, totalizando 70 decisões (apêndice n. 1).

Já no que diz respeito à Nova Zelândia, analisa-se: a) o Judiciário da Nova Zelândia e o acesso à Suprema Corte neozelandesa; b) a cultura jurídica de supremacia do parlamento, a *New Zealand Bill of Rights Act* e o controle judicial de constitucionalidade realizado em relação à tal documento, especificamente o “mandado interpretativo” e a “declaração de inconsistência”; e c) casos apontados pela doutrina e todos os casos julgados pela Suprema Corte da Nova Zelândia no ano de 2019, totalizando 143 casos (apêndice n. 2).

⁴ Embora tal debate se localize nos Estados Unidos, seus reflexos se estendem aos sistemas democráticos contemporâneos. Além disso, a opção de compreender o debate por meio da lente de autores brasileiros oferece um olhar interessante e coerente para a posterior análise do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade no último capítulo da tese.

Por fim, no último capítulo, trata-se do sistema brasileiro, principalmente a história do controle judicial de constitucionalidade e a expansão do poder judicial no Brasil, com fundamento em autores como Katya Kozicki, Cláudia Maria Barbosa e Oscar Vilhena Vieira; assim como a possibilidade de diálogo, já tangenciada pelo Supremo em poucas decisões, como retratado por Conrado Hübner Mendes, Virgílio Afonso da Silva, Jairo Néia Lima, Glauco Salomão Leite e outros autores. No âmbito brasileiro, tendo em vista a ausência de resultados na busca de jurisprudência com termos como “constitucionalismo dialógico”, apenas se analisa a jurisprudência que menciona diálogos constitucionais e aqueles casos apontados pela doutrina como relevantes. Além disso, no capítulo, realiza-se análise propositiva – não apenas descritiva –, refletindo-se sobre as possíveis soluções dialógicas para o sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO JUDICIÁRIO: A NECESSIDADE DE DIÁLOGO

Neste capítulo, os fundamentos do *judicial review* são abordados sob três aspectos diferentes.

Em um primeiro momento, enfatiza-se a constitucionalização de direitos e se realiza um histórico jurisprudencial, analisando-se casos destacados pela doutrina como relevantes na construção do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, principalmente aqueles relacionados ao direito norte-americano. Isso porque a jurisprudência permite evidenciar a evolução do controle, relacionando-o diretamente à atividade interpretativa e ao papel do Judiciário, da Constituição e dos Legisladores. Tal processo facilita a compreensão do *locus* dos diálogos institucionais, além de, como se tratará no quarto capítulo, o modelo norte-americano ter sido uma forte influência para o controle de constitucionalidade brasileiro.

Na sequência, o foco é a dicotomia entre Legislativo e Judiciário, ou seja, “todo poder aos legisladores” ou “todo poder aos juizes”, na interpretação da Constituição, aqui ilustrada pelo debate sobre as teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron e pelos arranjos institucionais de controle de constitucionalidade, forte e fraco. O debate possui como foco o oferecimento da melhor resposta sobre os direitos, evidenciando os argumentos que sustentam a prerrogativa de um ou outro poder; enquanto, nas categorias controle forte *versus* controle fraco, o foco é a intensidade da deliberação e, pode-se dizer, a própria potencialidade para que diálogos entre poderes ocorram no controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Contudo, vale destacar, os resultados de ambos os debates implicam desenhos institucionais que focam o melhor processo de deliberação e que possibilitam o exercício de um controle de constitucionalidade mais dialógico.

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E A HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A temática do controle de constitucionalidade é catalisadora de diversos temas, para além do direito constitucional, abrangendo, inclusive, a hermenêutica constitucional, a separação

de poderes, a democracia, a organização do Judiciário, os direitos fundamentais, o federalismo, a ciência política e a filosofia, como exposto na obra de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 198). Considerando sua relevância, primeiramente, importa destacar como se deu o reconhecimento de direitos na esfera constitucional.

No contexto pós Segunda Grande Guerra Mundial, na Europa, houve a transição de regimes autoritários para regimes democráticos, com um maior reconhecimento de direitos. Tal fenômeno também foi notório nos anos de 1970 na Espanha e em Portugal, assim como nas décadas de 80 e 90 no Leste Europeu e na América Latina. Claudia Maria Barbosa (2013, p. 2) ressalta que as Constituições que resultaram desses processos de transição adquiriram um novo *status* jurídico e político, assim como se tornaram, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de uma teoria constitucional, cujas bases estavam fundadas no modelo norte-americano.

O cientista político canadense, Ran Hirschl (2008, p. 7-8), identificou seis cenários que, pós Segunda Grande Guerra Mundial, ilustraram o papel do Poder Judiciário e das constituições:

a) a onda “reconstrutora”, na qual o fortalecimento judicial foi um subproduto da reconstrução política na esteira da Segunda Guerra Mundial, como a introdução de uma Constituição revisada no Japão em 1946, bem como a adoção de novas Constituições e o estabelecimento de Cortes Constitucionais na Itália (1948), na França (1958) e na Alemanha (1949).

b) o cenário da “independência”, no qual a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade foram parte do processo de descolonização, primeiramente nas antigas colônias britânicas, como os casos da Índia (1947) e de países africanos, como Gana (1957), Nigéria (1959) e Quênia (1960).

c) a “transição única”, na qual a constitucionalização dos direitos e o estabelecimento do controle de constitucionalidade são subprodutos da transição de regimes semidemocráticos ou autoritários à democracia, como os casos da África do Sul (anos 90) e das novas democracias do sul-europeu (Grécia, em 1975; Portugal, em 1976; Espanha, em 1978) e da América Latina (Nicarágua, em 1987; Brasil, em 1988; Colômbia, em 1991; Peru, em 1993; Bolívia, em 1994).

d) o cenário de “transição dual”, no qual a constitucionalização é parte da transição para ambos, um modelo de democracia ocidental e uma economia de mercado, como as numerosas revoluções constitucionais dos países pós-comunistas e pós-soviéticos, destacando o estabelecimento de Cortes Constitucionais na Polônia (1986), na Hungria (1989-

1990) e na Rússia (1991) e a inauguração do controle judicial de constitucionalidade na República Tcheca e Eslováquia (1993).⁵

e) o “cenário da incorporação”, no qual a constitucionalização está associada à incorporação de normais legais internacionais e trans ou supranacionais no sistema jurídico doméstico, cujos exemplos mais importantes são a incorporação da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos no sistema jurídico doméstico da Dinamarca, em 1993, e da Suécia, em 1995; além da recente incorporação do *Human Rights Act* (1998) na legislação constitucional britânica.

f) o cenário de “transição não aparente”, no qual as reformas constitucionais não têm sido acompanhadas sequer pelo resultado de algumas mudanças aparentemente fundamentais nos regimes políticos ou econômicos, como a revolução constitucional e o correspondente estabelecimento de um controle judicial ativo de constitucionalidade na Suécia (1979) e no México (1994); o decreto do *Bill of Rights Act* em 1990, na Nova Zelândia; a adoção de cartas para a proteção de direitos e liberdades em Israel e no Canadá (1982).

Tal constitucionalização de direitos no cenário pós Segunda Grande Guerra Mundial foi acompanhada pela expansão do papel do Judiciário, como apontado pela doutrina (HIRSCHL, 2008). Ou seja, trata-se de um fenômeno de avanço do direito e da ampliação da autoridade dos tribunais, em detrimento da política exercida pelos poderes majoritários.⁶ Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira também lembra que tal processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais “ambiciosas” e com a evidente perda de espaço do Legislativo. Assim, destaca o autor (2008, p. 443):

Diferente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição.

A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.

⁵ No mesmo sentido, apontam Ferejohn e Pasquino (2002, p. 1) que o colapso do comunismo coincidiu como uma nova onda de elaboração de Constituições nos países do Leste Europeu, incluindo um órgão de proteção constitucional, nos termos kelsianos.

⁶ Para Ran Hirschl (2004), inclusive, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado e um meio de promover políticas elitistas.

Nesse contexto, destaca-se que, dentre as tensões entre constitucionalismo e democracia, a análise aqui se concentra no controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, especialmente aquele realizado pelas Cortes Constitucionais. Ademais, para se compreender o papel que o Judiciário exerce nas democracias contemporâneas, importa estudar a história do controle de constitucionalidade, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei pressupõe uma prévia determinação de conteúdo e significado do texto constitucional.

Ademais, a história do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário conecta-se com a história do constitucionalismo norte-americano, contexto no qual se iniciaram as discussões sobre a temática. Os Estados Unidos da América possuem a mais antiga constituição escrita, sendo que não há menção expressa no texto à competência da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos. No entanto, o exercício do *judicial review* foi propiciado por uma construção judicial, e, posteriormente, o sistema norte-americano espalhou-se mundo afora, a exemplo do Canadá, da Austrália, da Índia, do Brasil, da Argentina e de Portugal.

Saul Torinho Leal (2014, p. 161) ressalta que, no período colonial, a anulação de atos legislativos, em conflitos com as Constituições ou Cartas de algumas colônias americanas, consistia na mera aplicação da tradição inglesa aplicada aos países colonizados. Cabe mencionar ainda que “no período de 1700 a 1762, aproximadamente 1.865 atos foram sujeitos ao Conselho Privado e, destes 469 foram revogados”, sendo que, na maioria dos casos, a invocação era do conflito entre ato e a Carta do Estado particular. O caso mais conhecido foi de *Winthrop v. Lechemer* (1727-1728), no qual se impugnava a validade de um ato da Assembleia de Connecticut em face da Carta, tendo sua Majestade, o Rei da Inglaterra, considerando parecer do Conselho Privado, declarado o ato nulo. Inclusive, depois da repercussão de outro caso, denominado *Commonwealth vs. Catan, Whyte*, o então professor de Marshall, esboçou sua tese de controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, também se destaca que, antes mesmo do famoso caso *Marbury vs. Madison*, alguns argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário podem ser encontrados desde a obra “O Federalista”, que se constitui numa série de 85 artigos para argumentar em prol da ratificação da Constituição dos Estados Unidos, os quais são resultado de reuniões que ocorreram na Filadélfia, em 1787, para elaborar a Constituição.

Jairo Néia Lima (2014, p. 3) também enfatiza que a novidade da fórmula não se deu originariamente na decisão *Marbury vs. Madison*, pois, no contexto da entrada em vigor da

Constituição norte-americana, em 1787, havia a discussão em torno da assunção do Judiciário na tarefa de intérprete constitucional. Com o objetivo de atacar a fraqueza do governo central instituído a partir da Confederação das ex-colônias britânicas e defender a ratificação da nova Constituição para os Estados Unidos, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay escreveram uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York, tais artigos, assinados por *Publius*, são conhecidos como “O federalista” supramencionado.

No tocante à revisão judicial, destaca-se o ensaio de n. 78 e de autoria atribuída a Alexander Hamilton. Em seu texto, apresenta o Judiciário como o ramo mais fraco dos três poderes, mas, ao mesmo tempo, ressalta que ele não exerce nenhuma influência sobre a força e a riqueza da sociedade, e, por isso, seria o órgão com menor capacidade de violar os direitos. Para Alexander Hamilton (1840), a possibilidade de o Judiciário declarar a nulidade dos atos legislativos em desacordo com a Constituição não geraria uma hierarquia entre os poderes, pois somente supõe a superioridade do poder do povo em relação aos demais poderes e que, “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”.

Isto é, a partir da publicação do texto n. 78, Hamilton passa a apresentar uma justificativa para a atuação judicial no controle de constitucionalidade das leis. Verifica-se, então, que no “O Federalista”, n. 78, Alexandre Hamilton prossegue com sua defesa da Constituição, remetendo sua guarda para o Judiciário e combate, já no nº 81, frontalmente o argumento da soberania do Parlamento.

Os argumentos lançados pelo autor abrem espaço para construção de um modelo que realmente tenha em consideração a proteção da Constituição. Embora a proposição contida no item 78 não tenha sido acolhida de maneira expressa na Constituição norte-americana, verificasse que a teoria de Hamilton foi aceita pelo juiz Marshall quando da decisão de *Marbury vs. Madison*, desenvolvendo-se a teoria da supremacia judicial. (LIMA, 2014, p. 3)

Sobre o Federalista n. 81, Miguel Gualano de Godoy destaca que:

A associação entre a supremacia da constituição e o controle judicial de constitucionalidade foi feita de forma precursora nos Estados Unidos no começo do século XIX e foi Alexander Hamilton quem tentou responder a essas questões em um artigo que ficou conhecido como O Federalista n. 78. Hamilton sustentou que o fato de o Poder Judiciário ter a capacidade de negar validade a uma lei do Poder Legislativo não implica de forma alguma que os juízes sejam superiores aos legisladores. Para Hamilton, não há que se falar em supremacia judicial, mas sim em supremacia da constituição, entendida como a vontade constituinte do povo. Segundo Hamilton, tampouco significa que tal atuação por parte do Poder Judiciário desconsidere ou ponha abaixo a vontade do povo. Ao contrário, o poder de anular leis por parte do Poder Judiciário serve justamente para se garantir e reafirmar a vontade

soberana do povo – representada em última análise pela constituição. Assim, ao anular uma lei o Poder Judiciário protege e ratifica a constituição, o documento que mais fielmente reflete a vontade popular. (GODOY, 2015, p. 49)

Inclusive, como ressalta Saul Torinho Leal (2014, p. 161-162), até o caso *Marbury vs. Madison*, múltiplas foram as manifestações do Poder Judiciário dos diferentes Estados, notadamente Virginia, New Jersey, North Carolina, Massachusetts. Muitos tribunais estaduais já haviam exercido o poder de revisão de leis inconstitucionais e a própria Suprema Corte já teria declarado inválidos dispositivos da legislação de 1790, sem qualquer elaboração doutrinária mais sofisticada.

2.1.1 *Marbury vs. Madison*

Como se verificou acima, o controle de constitucionalidade surgiu antes mesmo do famoso caso *Marbury vs. Madison*, entretanto, dada sua importância histórica, ainda é necessário se debruçar sobre o clássico caso da jurisprudência norte-americana de 1803. Na ocasião, o juiz Marshall, fixou o *judicial review* nos Estados Unidos, sendo uma lei declarada inconstitucional, apesar do afastamento da decisão do caso concreto.

É relevante destacar o contexto político da época: de acordo com Saul Torinho Leal (2014, p. 162), nas eleições realizadas no final de 1800, o presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, para o Legislativo e para o Executivo, sendo Thomas Jefferson eleito presidente. Na véspera de entrega do cargo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda eram maioria, articularam-se para conservar seu poder, aparelhando o Judiciário. Segundo o autor (2014, p. 162), em 13 de fevereiro de 1801, aprovaram uma lei de reorganização do judiciário Federal, por meio da qual, dentre outras providências: “a) reduzia a quantidade de ministros da Suprema Corte, para impedir nomeações pelo Presidente que entrava; b) criava dezesseis novos cargos de juiz federal, preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado”.

Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os havia recebido, inclusive William Marbury, quem propôs ação, em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789, a

qual outorgara à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações contra atos do Secretário de Estado (LEAL, 2014, p. 163).

A Corte, por sua vez, designou a sessão de 1802 para apreciar o caso, mas o Congresso, com maioria republicana, revogou a lei de reorganização do Judiciário federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Ainda mais: com o propósito de impedir questionamentos a essa decisão, o Congresso suprimiu a sessão da Suprema Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Para agravar o cenário, Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não a cumpriria (LEAL, 2014, p. 163).

Ao decidir o caso, o juiz Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade até hoje:

(i) A supremacia da Constituição; (ii) a nulidade da lei que contrarie a Constituição: um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo; e (iii) é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição [sic]: é enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese (LEAL, 2014, p. 163).

Para Marshall, a nulidade da lei inconstitucional é uma decorrência lógica da supremacia da Constituição sobre as demais leis. Dessa forma, sendo a Constituição a norma maior em um dado ordenamento jurídico, compete a todo juiz ou tribunal realizar a interpretação da constituição e da lei e, assim, negar aplicação a qualquer lei que afronte a Constituição. Além disso, o Poder Judiciário contaria com uma maior capacidade para a interpretação da Constituição, dado o seu benéfico e relativo afastamento da política ordinária e das pressões majoritárias de turno, podendo, assim, garantir também a segurança e proteção das minorias (GODOY, 2015, p. 49-50).

Foi com base nesses argumentos que o caso *Marbury v. Madison* assentou nos Estados Unidos o controle judicial de constitucionalidade das leis, conferindo aos juízes e às cortes o poder de invalidar leis e atos normativos dos demais Poderes. Foi, também, a partir daí que se concluiu que, à Suprema Corte dos Estados Unidos, cabe a última palavra sobre a interpretação constitucional. No entanto, como aponta Miguel Gualano de Godoy (2015, p. 50), tal conclusão não pode ser lógica e consequência automática do poder de revisão judicial das leis por parte do Poder Judiciário.

2.1.2 Era *Lochner*

Muitos anos depois de *Marbury vs. Madison*, a consolidação do *judicial review* veio a acontecer a partir de alguns julgamentos da denominada *Era Lochner*. Segundo Jairo Néia Lima (2014), nesse período, o apoio à atuação da Suprema Corte vinha dos conservadores interessados na manutenção da intangibilidade do direito de propriedade em face das políticas intervencionistas do *New Deal*.

O *case* inaugural dessa fase trata-se de *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45 – 1905), no qual a Suprema Corte foi chamada para se pronunciar a respeito de uma lei trabalhista que proibia os empregados de padarias a trabalharem mais de 60 horas por semana ou mais de 10 horas por dia. O empregador *Lochner* foi acusado de violar a lei, pois permitiu que seu empregado trabalhasse mais de 60 horas em uma semana. A controvérsia girou em torno da validade do poder de polícia estatal na regulamentação das horas de trabalho. A Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da medida legal, pois a liberdade de contratar, de comprar e vender a força de trabalho é parte integrante da liberdade individual protegida pela Constituição. Só haveria legitimidade na medida restritiva se fosse demonstrado algum argumento razoável sobre a existência de perigo material para a saúde pública ou dos trabalhadores, caso não houvesse o limite de horas. Esse julgamento e os outros que se seguiram, ainda que sustentados pelo seu conservadorismo, foram considerados posturas ativistas da Suprema Corte norte-americana e abriram caminho para a afirmação do *judicial review*. Ressalte-se que a postura ativista se deu explicitamente pelos conservadores contrários às leis sociais e antidiscriminatórias (LIMA, 2014, p. 3-4).

Importa ressaltar que, na *Era Lochner*, a discricionariedade política era intangível à análise da Suprema Corte, ou seja, só haveria legitimidade para a invalidação dos atos do Legislativo e Executivo que atentassem contra a descrição legal, não podendo intervir nas questões de agenda governamental, como as políticas públicas, por exemplo. Segundo o mesmo autor (2014, p. 4), essa afirmação pode ser considerada a contribuição de Marshall para a jurisprudência constitucional norte-americana, uma vez que ele utilizou a distinção entre direito e política para solucionar o caso, ou seja, por lidar com questões sujeitas a mudanças, o campo político deveria ser resolvido pelo Legislativo e Executivo por meio da deliberação democrática constante, já a pauta legal, locus dos consensos fixos e imutáveis sobre direitos, teria no Judiciário o ponto de decisão.

2.1.3 *United States v. Carolene Products Co.*

Cabe notar também o caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), cuja controvérsia gira em torno da aprovação do Congresso de uma lei que proibia o transporte de leite contendo qualquer gordura ou óleo que não fosse a gordura do leite no comércio interestadual. Nesse caso, a corte confirmou a proibição federal do transporte interestadual de leite em pó, porque é uma decisão que deve ser tomada pelo Congresso e não pelos tribunais. Contudo, o ponto mais relevante da decisão para a temática do controle de constitucionalidade, é o que diz a sua nota de rodapé n. 4:

Pode haver uma margem mais restrita para a operação da presunção de constitucionalidade quando a legislação parece estar dentro de uma proibição específica da Constituição, como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando consideradas como sendo adotadas dentro da Décima Quarta. Ver *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 US 444, 303 US 452. Não é necessário considerar agora se a legislação que restringe os processos políticos que normalmente se espera que causem a revogação de legislação indesejável deve ser submetida a um exame judicial mais rigoroso sob proibições da Décima Quarta Emenda do que a maioria dos outros tipos de legislação. Sobre restrições ao direito de voto, ver *Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; sobre restrições à disseminação de informações, consulte *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, supra; sobre interferências com organizações políticas, ver *Stromberg v. California*, supra, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, e ver *Holmes, J.*, em *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; quanto à proibição de assembleias pacíficas, ver *De Jonge v. Oregon*, 299 US 353, 299 US 365. Também não precisamos indagar se considerações semelhantes entram na revisão de estatutos direcionados a determinados religiosos, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 ou nacional, *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, ou minorias raciais, *Nixon v. Herndon*, supra; *Nixon v. Condon*, supra: se o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial, que tende a reduzir seriamente a operação desses processos políticos em que normalmente se pode confiar para proteger as minorias e que pode exigir uma ação judicial mais correspondente inquirido. Compare 17 U. S. Maryland, 4 Trigo. 316, 17 U. S. 428; *Carolina do Sul v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, e casos citados.”(1938)⁷

⁷ No idioma original: “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See Stromberg v. California, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; Lovell v. Griffin, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see Nixon v. Herndon, 273 U. S. 536; Nixon v. Condon, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination*

Observa-se que, no início, assevera que pode existir um âmbito mais restrito para a presunção de constitucionalidade quando a legislação se apresenta como violadora de proibições específicas da Constituição. Na sequência, define que legislações que restrinjam processos políticos acabam por se sujeitar a um controle judicial mais exigente, tais como: restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e a proibição de reuniões pacíficas. “O mesmo se aplica no caso de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais, pois o preconceito contra minorias *discretas* e *insulares* implicando restrição indevida de processos políticos, demanda um controle judicial mais rigoroso” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 4).

Ou seja, a nota de rodapé número 4 combinou uma justificação textual e funcional para diferentes níveis de controle de constitucionalidade. Isso porque, como afirma Robert Cover (2004, p. 18), o primeiro parágrafo trata da exigência de um padrão mais rigoroso de escrutínio dos direitos especificamente enumerados ou mencionados na Constituição; e as justificativas constantes no segundo e terceiro parágrafos abordam os termos gerais da dificuldade contramajoritária, estendendo os objetivos do controle de constitucionalidade, não em termos do valor atribuído a certos direitos, mas com foco na sua vulnerabilidade em processos majoritários.

Em resumo, a relevância da nota de rodapé é explicada pela proteção contra abusos no processo político via Judiciário e a defesa do controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional deve ser exercida “apenas nos momentos em que a legislação esteja a impedir a participação de minorias por motivos inaceitáveis associados à crença, nacionalidade ou raça”, mas em outras circunstâncias a corte deve pautar o seu trabalho pela presunção de constitucionalidade das leis e ser deferente perante o trabalho dos legislador. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 4)

of information, see Near v. Minnesota ex rel. Olson, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; Grosjean v. American Press Co., 297 U. S. 233; Lovell v. Griffin, supra; on interferences with political organizations, see Stromberg v. California, supra, 283 U. S. 369; Fiske v. Kansas, 274 U. S. 380; Whitney v. California, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; Herndon v. Lowry, 301 U. S. 242, and see Holmes, J., in Gitlow v. New York, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see De Jonge v. Oregon, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510, or national, Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390; Bartels v. Iowa, 262 U. S. 404; Farrington v. Tokushige, 273 U. S. 284, or racial minorities, Nixon v. Herndon, supra; Nixon v. Condon, supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare 17 U. S. Maryland, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; South Carolina v. Barnwell Bros., 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited.” (1938)

2.1.4 Ampliação da postura ativista e influência do controle de constitucionalidade norte-americano para o mundo

A partir da segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, verifica-se a ampliação da postura ativista no sentido de praticar o *judicial review* como um instrumento de deliberação política e de atendimento de demandas. Desse modo, a revisão judicial emerge, de fato, como uma forma de proteção aos direitos das minorias. De acordo com Jairo Néia Lima (2014, p. 5), sob a direção do *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969), merece destaque o julgamento da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483 – 1954), no qual foi afastada a aplicação da doutrina “*separate but equal*” em relação ao campo da educação, declarando inconstitucional a segregação de crianças em escolas públicas com base em sua raça, “pois a separação entre brancos e negros é interpretada pelas crianças negras como um *status* inferiorizado em relação às brancas e tal sentimento afeta a motivação para o aprendizado”. Após o julgamento do caso, a Suprema Corte passou a considerar a segregação inconstitucional em outros ambientes públicos, tais como praias, ônibus e parques.

Além disso, a pauta política também foi objeto de discussão no período em que Warren Burger atuou como chefe da Suprema Corte norte-americana (1969-1986), a exemplo da controvérsia envolvendo *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113 – 1973). Nesse caso, foi contestada a constitucionalidade de uma lei do Texas que criminalizava o aborto quando não realizado por recomendação médica e a Corte se pronunciou no sentido de que o direito constitucional à privacidade incluía o direito da mulher de escolher o término da gravidez, mas tal direito não seria absoluto, pois o Estado teria o interesse legítimo em preservar a saúde da gestante e da potencialidade de vida por ela trazida. Contudo, por não ter feito distinção entre abortos realizados no início e no final da gravidez, o alcance criminalizador da lei foi muito amplo e, por isso, invalidado (LIMA, 2014, p. 5).

Desse modo, verifica-se que, ao longo da história, a interpretação constitucional nos Estados Unidos passou a ganhar contornos mais subjetivistas, deixando de lado apenas a ideia de vontade da Constituição em prol da vontade criativa do próprio intérprete. Como destacam, inclusive, Georges Abboud e Guilherme Lunelli (2015, p. 5), o caráter aberto conferido ao texto constitucional passou a ser visto como uma forma da própria Constituição delegar aos futuros intérpretes o poder de conferir ao texto constitucional o significado que melhor atendesse as

necessidades de cada época. É o advento de um poder “quase legislativo”, por meio do qual os magistrados que, transitando pelas “vaguezas” do texto constitucional norte-americano, caracterizado pela generalidade e abstração, passam a escolher a interpretação que melhor reflita as *suas* próprias percepções quanto às expectativas e preferências da sociedade.

Nesse contexto, também se destaca que o controle de constitucionalidade passa a ser incorporado em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, principalmente a partir da segunda metade do século XX com a inauguração de diversas Cortes Constitucionais pela Europa. No Brasil, inclusive, já com a Constituição de 1891, houve a acolhida do sistema difuso de controle de constitucionalidade, como se verificará no capítulo quinto. E, apesar de não ser resultado óbvio em um sistema republicano e democrático, no qual as decisões devem refletir o resultado da vontade da maioria, verifica-se que as democracias modernas aceitaram como um dado irremovível a realidade de que juízes revisem a atuação legislativa (LIMA, 2014, p. 5).

Conforme destaca Saul Tourinho Leal (2014, p. 165), hoje, o sistema norte-americano do *judicial review* está presente mundo afora, a exemplo do Canadá, da Austrália, da Índia, do Brasil, da Argentina e de Portugal. Na Suíça, os juízes têm um poder-dever de não aplicar as leis cantonais que contrastem com a Constituição Federal. Na Suécia, a partir da decisão da Suprema Corte, em 1964, há a figura do *judicial review*. Já na Noruega e na Dinamarca, os tribunais exercem o controle de constitucionalidade no caso concreto. Na Alemanha, com a Constituição de Weimar, e na Itália, de 1948 a 1956 (quando o Tribunal Constitucional foi instalado), também vigorou o *judicial review*, assim como vigora no Japão, com a Constituição de 1947.

Ademais, como se verificará na sequência, o instituto do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário não esteve imune às críticas, sendo os principais argumentos aqueles oriundos da tensão entre constitucionalismo e democracia, ou seja, “o poder limitado por meio da concessão de direitos fundamentais consagrados em documentos protegidos contra as decisões parlamentares ordinárias de um lado, e a soberania popular, de outro”. Assim, os Parlamentos sofrem uma limitação em sua atuação, pois, ainda que legitimados pelo processo democrático de representação, são impedidos de deliberarem sobre o conteúdo de determinados direitos previstos na Constituição, podendo, ainda, ter sua legislação afastada da ordem jurídica por meio da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo *judicial review*, o qual não compartilharia da mesma legitimação democrática atribuída aos membros do Parlamento. (LIMA, 2014, p. 5)

2.2 QUEM DECIDE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM UMA DEMOCRACIA? O DEBATE DWORKIN X WALDRON

A expansão da atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas é notória e, no Brasil, não é diferente, tendo em vista o fortalecimento do controle de constitucionalidade, bem como, muitas vezes, inclusive um afastamento do Legislativo em relação à tomada de posição sobre os temas mais controvertidos na sociedade.

Nesse contexto, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, surgem questionamentos, como: a Constituição precisa ou não de um guardião? Se sim, quem deve exercer esse papel e com quais limites? Por isso, com fundamento principalmente na obra de Conrado Hübner Mendes e de Virgílio Afonso da Silva, resumem-se os argumentos a favor e contra a expansão do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e na interpretação da Constituição, para, posteriormente, analisar-se a possibilidade de uma postura dialógica como foco da pesquisa.

Desse modo, dentre os diversos debates possíveis, a questão pode ser tratada na perspectiva da dicotomia entre o fórum dos princípios e a maximização da participação popular, ou seja, trata-se de um embate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204) ressalta que para o primeiro, uma democracia constitucional possui duas dimensões: a) política, em que todos os integrantes de uma comunidade decidem questões relativas ao interesse coletivo de forma conjunta; b) princípios, referente à proteção de direitos individuais, os quais servem como trunfos em face de decisões de política (SILVA, 2009, p. 204). Nesse sentido, demonstra-se que a garantia de direitos confere legitimidade ao controle de constitucionalidade, justificando, assim, o controle sobre os atos políticos.

Em contrapartida, Jeremy Waldron entende que considerar a garantia de direitos como um trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignora o desacordo moral que existe em uma sociedade em que nem todas as pessoas possuem a mesma concepção em relação aos direitos básicos, justiça social ou políticas públicas. No caso de desacordo quanto aos direitos fundamentais, o autor defende a participação em igualdade de condições, o que não ocorre quando uma decisão é tomada pelo Judiciário. (SILVA, 2009, p. 204).

2.2.1 A inclinação pelas Cortes (Ronald Dworkin)

Ronald Dworkin sustenta que juízes podem, de modo legítimo, anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa, sem que haja um prejuízo para democracia. Como ressalta Conrado Hübner Mendes (2008, p. 32), Ronald Dworkin parte da distinção entre argumentos de princípio e de política, para fundar um método de interpretação que está embasado no ideal político do império do direito, isto é, “do direito como integridade, da comunidade governada por princípio”. Em tal ideal político, o papel principal é desempenhado pelo juiz, responsável por fundar as decisões coletivas em um princípio superior, a saber, “a moralidade imanente dos direitos individuais”. Desse modo, a decisão judicial é o cerne da teoria de Ronald Dworkin, mas, apesar disso, o direito não é somente aquele prescrito na legislação, como também deriva “dos princípios morais informadores de uma teoria política subjacente a dada forma de governo” (MENDES, 2008, p. 32).

Conrado Hubner Mendes, ao tratar do assunto, afirma que, para Ronald Dworkin, a leitura moral da Constituição é uma teoria sobre como decidir as controvérsias constitucionais, “compatível com todas as fórmulas institucionais calculadas para alimentar as condições democráticas.” Portanto, não importa qual autoridade realize o procedimento, pois sequer importa o procedimento, o que é relevante é a resposta substantiva. Desse modo, a política deve estar subordinada ao império do princípio, do direito, da integridade, no qual não somente é respeitado o direito posto, mas também todas as regras morais de uma comunidade política. Ademais, apesar de o legislador também ter o dever de guardar os princípios, considera que o ambiente legislativo não é o melhor lugar para decisões que envolvam questões de escolha sensível (MENDES, 2008, p. 73).

Assim, para Ronald Dworkin, a democracia genuína é aquela na qual se busca o melhor argumento, a resposta certa, independentemente de sua demonstrabilidade através da lei, pois “há um núcleo moral intangível do qual não se pode abrir mão”. O juiz não seria mero aplicador de regras, mas um protetor de princípios. “A responsabilidade dos juízes numa democracia seria inserir a dimensão de princípio na esfera pública, resgatar um tipo de reflexão diferente, conferir densidade moral às decisões políticas. Uma cultura jurídica vigorosa compromete-se com a incansável, permanente e perpétua busca do melhor argumento de princípio” (MENDES, 2008, p. 74).

Portanto, nessa linha, a Corte não seria apenas um órgão de revisão, mera instância recursal, mas também deveria decidir sobre os processos materiais da democracia, é o fórum do princípio, “instância da democracia comunal que age em nome de um ente coletivo chamado povo”. A representatividade nessa corte é comunal e não estatística, pois “não debatem

vontades individuais dos eleitores, mas a concepção de comunidade, diferentes concepções de bem comum”. Assim, os juízes são representantes na medida em que representam um ente supraindividual “que é a comunidade política livre, que se auto-governa” e suas partes estão filiadas moralmente (MENDES, [2008, p. 74-75).

Conrado Hubner Mendes (2008, p. 75) também ressalta que, para o autor, a concepção comunal de democracia exigiria filiação moral e a regra da maioria não é capaz de gerar tal filiação, mas tão somente os procedimentos antimajoritários, por isso, restrições à vontade da maioria agem conjuntamente e, para ele, constitucionalismo e democracia não seriam antagonistas. Para Dworkin, democracia é o “governo pelo povo” no sentido comunal. Cada membro sente-se parte de uma comunidade e responsabiliza-se por suas decisões coletivas, mesmo que não concorde com elas.” Assim, para defender o controle de constitucionalidade por parte do Judiciário, Dworkin desvincula o conceito de democracia da definição de “governo da maioria”. Por isso a democracia não seria mero procedimento, mas requer uma substância que é a igual consideração e respeito, participação, reciprocidade e independência (MENDES, 2008, p. 76).

E, como não dá para saber se a instituição encarregada de aferir os princípios democráticos é ela mesma democrática, a legitimidade depende do resultado substantivo:

Dworkin quer combater uma concepção pobre de democracia (e, por extensão, de Estado de Direito). Democracia é um ideal institucionalmente incompleto. Não se esgota em instituições. Deve promover, além de decisões de *policy*, que se legitimam pelo critério majoritário, decisões de princípio, de preferências insensíveis (MENDES, 2008, p. 77).

Portanto, dois seriam os planos da democracia: a) plano do princípio; b) plano da *policy*. O primeiro proporciona as condições democráticas e a filiação moral; o segundo é aquele no qual o procedimento majoritário é o mais justo. Este último diz respeito somente a uma questão de preferências, de cálculos, não de direitos morais. Além disso, a Democracia não é só *policy*. Para Dworkin, o controle de constitucionalidade não é democrático ou antidemocrático *per se*. Só será uma ou outra coisa quando decidir em favor ou contra as condições democráticas. Ele não é um defensor incondicional da revisão judicial e foca nos seus resultados práticos, defendendo que um regime democrático deve tratar seus cidadãos com igual consideração e respeito, e as decisões que tocam nesse coração moral do regime não precisam ser tomadas por representantes eleitos. Nesses momentos, pouco importa quem a toma. Importa que sejam moralmente corretas. Se a Corte consegue decifrá-las, por meio de

argumentos de princípio, não há problema que se sobreponha ao legislador (MENDES, 2008, p. 77-78).

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 8) destaca que, para Ronald Dworkin, o *locus* por excelência de tal plano de princípios é o Judiciário, mais precisamente um tribunal constitucional, pois esses direitos serviriam como trunfos contra decisões do âmbito político. Daí porque um controle de constitucionalidade dos atos políticos para “garantir os direitos individuais contra a política e situações circunstanciais. E a garantia de direitos, na concepção de Dworkin, garantiria a legitimidade do controle de constitucionalidade.

Ou seja, para ele, o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário é compatível com a democracia e legítima desde que respeite direitos, condicionando a legitimidade ao acerto das decisões judiciais e não importando se o juiz é eleito ou não, aliás não ser eleito seria até benéfico já que o juiz não estaria na condição de representante de algum segmento:

Em uma democracia de trabalho decente, como os Estados Unidos, as condições democráticas estabelecidas na Constituição são suficientemente cumpridas na prática, para que não haja injustiça em permitir às legislações nacionais e locais os poderes que têm sob acordos permanentes. Pelo contrário, a democracia seria extinguida por qualquer mudança constitucional geral que desse à oligarquia de especialistas não-colegiados o poder de anular e substituir qualquer decisão legislativa que considerassem imprudente ou injusta. Mesmo que os especialistas sempre melhorassem a legislação que rejeitavam - sempre estipulavam impostos de renda mais justos do que o legislado promulgara, por exemplo -, haveria uma perda no governo autônomo que os méritos de suas decisões não poderiam extinguir. É diferente, no entanto, quando a pergunta é plausível: se alguma regra, regulamento ou política em si prejudica ou enfraquece o caráter democrático da comunidade e o arranjo constitucional atribui essa pergunta a um tribunal. Suponha que a legislatura promova uma lei que torne crime alguém queimar sua própria bandeira americana como um ato de protesto. Suponha que essa lei seja contestada por prejudicar o autogoverno democrático, ao restringir indevidamente a liberdade de expressão, e um tribunal aceita essa acusação e a derruba. Se a decisão do tribunal está correta - se as leis contra a queima de bandeiras de fato violam as condições democráticas estabelecidas na Constituição, pois foram interpretadas e formadas pela história americana, a decisão não é antidemocrática, mas, pelo contrário, melhora a democracia. Nenhum custo moral foi pago, porque ninguém, individual ou coletivamente, está em pior situação em qualquer uma das dimensões que agora examinamos. O poder de ninguém para participar de uma comunidade autônoma foi agravado, porque o poder de todos nesse sentido foi aprimorado. A igualdade de ninguém foi comprometida, porque a igualdade, no único sentido pertinente, foi fortalecida. Ninguém foi enganado pelas vantagens éticas de um papel na deliberação de princípios se ele ou ela teve a chance de participar da discussão pública sobre se a decisão estava certa. Se o tribunal não tivesse intervindo, se a decisão do legislador tivesse sido mantida em pé, todos estariam em pior situação, em todas as dimensões da democracia, e seria perverso considerar isso como de alguma forma ou sentido uma vitória democrática. Obviamente, se assumirmos que a decisão do tribunal estava errada, nada disso é verdade. Certamente, isso prejudica a democracia quando um tribunal competente toma a decisão errada sobre o que as condições democráticas exigem - mas não mais do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão

constitucional errada que é permitida. A possibilidade de erro é simétrica. Portanto, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada.

Estas são conclusões importantes. Elas mostram a falácia no argumento popular de que, uma vez que a revisão judicial da legislação é antidemocrática, a leitura moral, que exacerba os danos à democracia, deve ser rejeitada. Mas é crucial perceber os limites de nossas conclusões. Ainda não temos um argumento positivo a favor da revisão judicial, seja na forma adotada pela instituição nos Estados Unidos ou em qualquer outra forma. Simplesmente estabelecemos um campo de jogo equitativo no qual a disputa entre diferentes estruturas institucionais para a interpretação das condições democráticas deve ocorrer, livre de qualquer padrão ou pressuposto. A dificuldade real e profunda que o argumento constitucional expõe na democracia é que se trata de um esquema de governo incompletamente processual. Não pode prescrever os procedimentos para testar se as condições para os procedimentos prescritos são atendidas (DWORKIN, 1996, p. 32-33).⁸

Assim, para o autor, importa muito mais que a Corte busque encontrar o melhor argumento, fundando-se em princípios, do que estabelecer um consenso para decidir sobre um caso concreto. E, mesmo que a corte erre nas decisões, é a atitude de encontrar esse melhor

⁸ No idioma original: “*In a decent working democracy, like the United States, the democratic conditions set out in the Constitution are sufficiently met in practice so that there is no unfairness in allowing national and local legislatures the powers they have under standing arrangements. On the contrary, democracy would be extinguished by any general constitutional change that gave an oligarchy of unelected experts power to overrule and replace any legislative decision they thought unwise or unjust. Even if the experts always improved the legislation they rejected—always stipulated fairer income taxes than the legislature had enacted, for example—there would be a loss in self-government which the merits of their decisions could not extinguish. It is different, however, when the question is plausibly raised whether some rule or regulation or policy itself undercuts or weakens the democratic character of the community, and the constitutional arrangement assigns that question to a court. Suppose the legislature enacts a law making it a crime for someone to burn his own American flag as an act of protest. Suppose this law is challenged on the ground that it impairs democratic self-government, by wrongly constricting the liberty of speech, and a court accepts this charge and strikes down the law. If the court’s decision is correct—if laws against flag-burning do in fact violate the democratic conditions set out in the Constitution as these have been interpreted and formed by American history the decision is not antidemocratic, but, on the contrary, improves democracy. No moral cost has been paid, because no one, individually or collectively, is worse off in any of the dimensions we have now canvassed. No one’s power to participate in a self-governing community has been worsened, because everyone’s power in that respect has been improved. No one’s equality has been compromised, because equality, in the only pertinent sense, has been strengthened. No one has been cheated of the ethical advantages of a role in principled deliberation if he or she had a chance to participate in the public discussion about whether the decision was right. If the court had not intervened if the legislature’s decision had been left standing everyone would have been worse off, in all the dimensions of democracy, and it would be perverse to regard that as in any way or sense a democratic Victory. Of course, if we assume that the court’s decision was wrong, then none of this is true. Certainly it impairs democracy when an authoritative court makes the wrong decision about what the democratic conditions require—but no more than it does when a majoritarian legislature makes a wrong constitutional decision that is allowed to stand. The possibility of error is symmetrical. So the majoritarian premise is confused, and it must be abandoned.*

These are important conclusions. They show the fallacy in the popular argument that since judicial review of legislation is undemocratic the moral reading, which exacerbates the damage to democracy, should be rejected. But it is crucial to realize the limits of our conclusions. We do not yet have a positive argument in favor of judicial review, either in the form that institution has taken in the United States or in any other form. We have simply established a level playing field on which the contest between different institutional structures for interpreting the democratic conditions must take place, free from any default or presupposition whatsoever. The real, deep difficulty the constitutional argument exposes in democracy is that it is a procedurally incomplete scheme of government. It cannot prescribe the procedures for testing whether the conditions for the process it does prescribe are met.”

argumento o que realmente importa, pois somente isso já tornaria a Corte um “ambiente louvável” (MENDES, 2008, p. 79).

2.2.2 A inclinação pelos legisladores (Jeremy Waldron)

Para Jeremy Waldron, o desacordo é determinante para constituir instituições democráticas, sendo que, além de uma teoria da justiça, deve-se pensar em uma teoria da autoridade, ou seja, quem deve ter poder para tomar as decisões. Nas palavras de Jairo Néia Lima (2014, p. 17):

O referido autor parte da premissa de que se vive em uma comunidade na qual os seus membros discordam sobre o que dá significado à vida, o que faz uma vida boa, entre tantas outras coisas, até mesmo como pessoas que discordam sobre essas questões devem viver juntas. Em consequência disso, também se discorda sobre justiça, no entanto, é preciso que os direitos sejam estabelecidos a fim de que se possa saber sua extensão e seu âmbito de proteção. O fato da necessidade dessa constituição não faz com que os desacordos sobre os termos do estabelecimento desapareçam. (...).

Ou seja, as pessoas discordam sobre o que é justiça, assim, instituições políticas são chamadas a resolver tais desacordos e se deve obediência a elas, ainda que o desacordo persista.

Conrado Hubner Mendes (2008, p. 81-82) aponta que a obra de Jeremy Waldron segue dois caminhos: a) a construção de uma teoria mais sofisticada da legislação, que dê maior saliência ao significado moral da regra da maioria; b) a rejeição das justificativas da revisão judicial. O desacordo moral já referido é o eixo teórico que conduz para todas as suas proposições: 1) a importância da regra de maioria e de uma ideia de igualdade que não pode ser mais do que procedimental, sob pena da supressão da autonomia dos indivíduos para realizar escolhas morais; 2) a insubsistência da revisão judicial e a irrelevância da objetividade moral sobre direitos para a teoria da autoridade; 3) a falácia do pré-comprometimento quando transposto para a ética coletiva; 4) a miopia da democracia deliberativa e seu efeito perverso contra aqueles que discordam da decisão majoritária.

Como não há instituição que resolva tal desacordo, mas apenas decide com autoridade, é relevante saber as razões que justificam a prevalência da decisão de uma instituição sobre a outra (da judicial sobre a legislativa ou vice-versa). Inclusive, os direitos fundamentais também são abrangidos pelo desacordo, assim, as cartas constitucionais com a previsão de direitos

fundamentais não seria uma barreira intransponível (MENDES, 2008, p. 83). Ou seja, os direitos não estão acima dos desacordos.

Além disso, se se assume que os membros da sociedade estão enfrentando, de boa-fé, questões controversas sobre direitos, a relação entre majorias e minorias passa a ser diferente. O voto corresponderia não a um mero interesse, mas a uma opinião pessoal sobre uma preocupação comum. Desse modo, quando a opinião de um não é aceita na comunidade da qual é membro, não significa que esteja sendo vítima de alguma tirania. Se a decisão leva minha opinião em conta, o fato de ela (decisão) não corresponder à minha opinião não viola minha liberdade. Importa notar que falar em tirania da maioria é supor que a questão sobre direitos é uma questão simples de resolver. As pessoas estariam votando a partir de opiniões imparciais e, ainda que nem sempre isso seja verdade, uma teoria normativa deveria aspirar que assim o fosse (MENDES, 2008, p. 84-85).

Assim, a questão é: se juízes também discordam entre si e utilizam a regra da maioria, por que não os representantes?

O Legislativo não esconde divisões. De acordo com Conrado Hubner Mendes (2008, p. 88), Waldron vê na legislação o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por esse motivo, constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos. Inclusive, quanto ao princípio majoritário, inventado pelos gregos, ressalta-se que foi utilizado no curso da história, em quase todo processo decisório empreendido por grupos cujos membros se consideravam iguais. Ademais, nas tensões entre constitucionalismo e democracia, não se trata de discutir a aplicação da regra da maioria, tendo em vista que a discussão não envolve o mérito decisório, mas de representação, até porque os juízes também utilizam a regra da maioria do mesmo modo que o Legislativo. Jairo Néia Lima (2014, p. 9) afirma que Waldron questiona o porquê de o procedimento majoritário ser o mais adequado para instituições que servem justamente para mitigar os efeitos do majoritarismo. Em razão da repetição do método de decisão, o *judicial review* revela-se como um novo julgamento apenas com um grupo com constituição diversa, trata-se, ao final, de uma preferência pela maioria da Corte em detrimento da maioria do Parlamento, a qual Waldron rejeita, uma vez que os procedimentos majoritários não populares não permitem uma voz e um voto no processo de decisão final para todos os cidadãos da sociedade (LIMA, 2014, p. 9).

Waldron se opõe à forma de descrever o controle de constitucionalidade no sentido de proteção de direitos ou do conteúdo de justiça da democracia. A questão, segundo ele, é de procedimento, não de substância. Defende que a abordagem mais correta do controle de

constitucionalidade é a procedimental. Para o autor, não há arranjo político que necessariamente produza decisões justas. O melhor procedimento produz decisões injustas (MENDES, 2008, p. 99).

A descrição procedimental conduz ao centro do problema. O argumento tradicional, segundo o qual a “definição meramente formal de democracia não oferece limites substantivos à decisão majoritária” ofusca o problema. Waldron, em sua definição procedimental, afirma: “Definição formal de revisão judicial é aquela que não prevê limites substantivos à decisão.” Por isso, não haveria como descrevê-la de outra forma: o que a Corte decidir prevalece. Nesse sentido, a opção pela revisão judicial tampouco traz consigo limites substantivos à decisão coletiva (MENDES, 2008, p. 99).

Há a necessidade de definir instituições em termos procedimentais. Se insistirmos numa visão não procedimental do controle judicial de constitucionalidade, dado o desacordo moral, teríamos de prever um novo procedimento para decidir qual a visão sobre a decisão da Corte deve prevalecer. E aí há uma regressão ao infinito. Alguém decide por último. Essa é a regra de ouro da teoria da autoridade. Quem guarda o guardião? Quem vigia o vigia? Quem controla o controlador? Ninguém. Se o vigia (Tribunal) decidir errado, conforme manda a lógica elementar da autoridade, não há a quem recorrer. Simplesmente há que se conviver com o erro (MENDES, 2008, p. 99).

Em resumo, no texto “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, Jeremy Waldron resume suas proposições da seguinte forma:

(...). Nós devemos imaginar uma sociedade com (1) instituições democráticas trabalhando razoavelmente em boa ordem, incluindo uma legislatura representativa eleita com base em normas sufrágio adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente em razoavelmente boa ordem, constituindo uma base não representativa para ouvir ações individuais, resolver disputas, e defender o estado de direito; (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade à idéia de direitos dos indivíduos e das minorias; e (4) discordância persistente, substancial e de boa fé sobre direitos (isto é, sobre o que realmente significa o compromisso com os direitos e o que suas implicações são) entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos.

Argumentarei que, em relação a essas suposições, a sociedade em questão deve resolver as divergências sobre os direitos que seus membros têm usando suas instituições legislativas. Se essas premissas se mantiverem, é fraca e pouco convincente a defesa de consignar tais desacordos aos tribunais judiciais para chegar a uma solução final, e não há necessidade de os tribunais questionarem decisões sobre direitos tomadas pelas legislaturas. E argumentarei que permitir decisões dos tribunais para anular decisões legislativas sobre essas questões não satisfaz critérios importantes de legitimidade política. (...). (WALDRON, 2006, p. 1360).⁹

⁹ No idioma original: “*Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up*

Para ele, o controle judicial de constitucionalidade das leis nada mais é do que um procedimento decisório. Procedimentos de decisão política são a resposta para essa pluralidade de opiniões. Deve existir uma visão que conte como “de todos”, apesar de nem todos concordarem. Essa é a circunstância elementar da política: o desacordo impecável, insuperável e invencível. Questões de direitos fundamentais não são imunes a essa circunstância. Elas também são motivo de desacordo, mesmo de boa-fé. Numa sociedade de uma única decisão, firme e uniforme, mesmo que individualmente não se concorde com ela (MENDES, 2008, p. 103).

As críticas que Jeremy Waldron lança em relação ao controle judicial de constitucionalidade fundamentam-se na proeminência que ele busca dar para o Legislativo, ou seja, nas fragilidades democráticas do controle judicial de constitucionalidade em relação à decisão parlamentar. Nessa seara, ele identifica uma lacuna nos trabalhos filosóficos sobre o Parlamento, diversamente do avanço alcançado nas teorias normativas do direito (LIMA, 2014, p. 8).

Waldron afirma que a atividade legislativa é vista com olhares de desconfiança e ausência de respeito como fonte de decisão política, justamente para valorizar o controle realizado pelo Judiciário. “Construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar”, desenvolvendo, portanto, uma perspectiva de retomada da credibilidade da legislatura para que, assim, a supremacia alcançada pelo *judicial review* possa ser mitigada, e revelada a profunda ligação democrática presente nos Parlamentos – e ausente na revisão judicial –, principalmente em uma sociedade fundada na pluralidade e nos desacordos. Na visão de Waldron, o Parlamento é o lócus estruturado para estabelecer uma opinião em nome da comunidade, não se abrindo mão de um processo político para se determinar qual será essa posição (LIMA, 2014, p. 8-9).

Waldron, indica também que os teóricos deliberativos acreditam que o dissenso é sinal da incompletude ou do caráter politicamente insatisfatório da deliberação, de que algo na

on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.”

I shall argue that, relative to these assumptions, the society in question ought to settle the disagreements about rights that its members have using its legislative institutions. If these assumptions hold, the case for consigning such disagreements to judicial tribunals for final settlement is weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts. And I shall argue that allowing decisions by courts to override legislative decisions on these matters fails to satisfy important criteria of political legitimacy. Let me first elaborate the four assumptions.”

política deliberativa falhou, já que “não há nada que se fazer senão contar cabeça”. Entretanto, o autor busca enfatizar que a decisão majoritária é respeitosa em relação aos indivíduos, diversamente do consenso, já que este pode menosprezar e silenciar as vozes discordantes. A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, já que, além disso, respeita as diferenças de opinião e incorpora tal princípio no processo que irá decidir uma concepção conjunta (LIMA, 2014, p. 9).

Sendo assim, é possível concluir que Jeremy Waldron parte da existência dos desacordos e da necessidade de um processo decisório que estabeleça uma opinião comum, identificando que o Parlamento dá respostas a essa pluralidade de opiniões de forma a respeitar os indivíduos pelo poder de influência que eles podem ter numa assembleia. Na visão do autor, essa dinâmica merece ser valorizada para que o debate em torno do controle judicial de constitucionalidade não reste prejudicado pela pouca atenção dada à dignidade do Parlamento (LIMA, 2014, p. 10).

2.3 MODELOS FORTE E FRACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: POTENCIAL DIÁLOGO ENTRE PODERES

Além da perspectiva exposta sobre a legitimidade para definir o conteúdo sobre desacordos morais, também pode se examinar o controle de constitucionalidade de acordo com a sua intensidade, ou seja, a partir dos aspectos que o caracterizam como forte ou fraco.

Nos modelos fortes de controle de constitucionalidade, como o norte-americano e a grande maioria dos modelos europeus, a superação de uma eventual inconstitucionalidade decidida pelo tribunal, em regra, só pode ocorrer se a constituição for emendada, o que costuma ser algo excepcional. Em contrapartida, em modelos fracos de controle de constitucionalidade, como os modelos canadense e inglês, o legislador pode aceitar a decisão do Judiciário, como também pode superá-la. Consoante afirma Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 213), no último caso, as decisões proferidas no controle de constitucionalidade não vinculam o legislador, sendo que este pode reabrir o diálogo e repromulgar a lei inconstitucional, concedendo a ela imunidade temporária em face de outras declarações de inconstitucionalidade.

Em outros contextos, há um controle ainda mais fraco, como na Nova Zelândia, onde há uma carta de direitos interpretativa sem *status* superior em relação às demais leis ordinárias, conforme será abordado no capítulo quatro.

Jeremy Waldron (2006, p. 1355) ainda considera que, no sistema de controle de constitucionalidade forte, as Cortes têm a autoridade para recusar a aplicação de uma legislação, modificar os efeitos da lei para que se dê conforme os direitos fundamentais ou, ainda, negar a aplicação de uma norma infraconstitucional por incompatibilidade com a Constituição. Inclusive, as críticas do autor em relação ao *judicial review* esboçadas no subtópico anterior (item 2.6) são direcionadas para tal modelo forte. De outro lado, em um sistema fraco, as Cortes podem verificar a conformidade da legislação com os direitos fundamentais, mas não podem negar sua aplicação, apesar de tal verificação por parte do Judiciário possuir alguma espécie de efeito ou potencialidade dialógica entre os poderes.

Para Mark Tushnet (2014), a forma fraca de controle de constitucionalidade possibilita que as decisões judiciais acerca da Constituição estejam abertas para revisão legislativa em curto prazo, ao contrário do que ocorre no caso das formas mais fortes de controle, cuja revisão legislativa não é oportunizada em prazo curto. No caso do controle forte, observa-se que a vinculação das decisões de *judicial review* a todos os ramos dos poderes não é imutável, pois há a possibilidade de emenda à Constituição; e pode ocorrer mudanças por meio do processo de sucessão de juízes da Corte, que podem ser escolhidos com o objetivo de alterar o entendimento anterior. Desse modo, para ele, o controle forte é caracterizado pelo fato de que a interpretação constitucional não pode ser alterada num curto prazo. Nas palavras do autor (2014, p 109-110):

Nesse sentido, a revisão judicial dialógica é uma possibilidade interessante e implica uma modificação bastante significativa da revisão judicial. Em vez de dar à revisão uma forma forte, ela a enfraquece, e esse grau de enfraquecimento dependerá da forma exata que ela tomar. A idéia básica da revisão judicial dialógica é incentivar as interações - diálogos - entre os diferentes ramos sobre quais interpretações rivais razoáveis das disposições constitucionais estão corretas. Um modelo de diálogo pode assumir esta forma: o Legislativo aprova uma lei que é então declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, violando o que o Tribunal entende por proteção constitucional da liberdade de expressão. O Legislativo pode responder de diferentes maneiras. Por exemplo, observando que o Supremo Tribunal voltou sua atenção para um problema constitucional que o Legislativo havia ignorado ou subestimado antes. Portanto, concentrando sua atenção na questão constitucional, você pode acabar concordando com a interpretação do Tribunal e modificar a lei para ser consistente com essa interpretação. Ou, algo ainda mais interessante, o Legislativo pode concluir, após deliberação, que encontra uma interpretação da provisão da liberdade de expressão segundo a qual a lei original era constitucional e, sem modificação, mais razoável do que a de a Corte. É importante observar que, em um sistema com revisão judicial dialógica, deve haver algum mecanismo - como o poder de veto da seção 33 - para tornar legalmente legal a insistência do Legislativo em sua própria interpretação razoável.

Quais são, então, as formas da revisão judicial dialógica? Meu esquema sublinha um ponto importante: o diálogo ao longo do tempo - ou sequencialmente. A dimensão temporal do diálogo nos permite incluir alguns aspectos que já são familiares no modelo geral da revisão judicial dialógica. Talvez mais obviamente, as emendas

constitucionais que respondem às interpretações judiciais podem ser vistas como uma forma de diálogo. Se modificar a Constituição é bastante fácil - como em alguns sistemas constitucionais - o processo de modificação pode fazer parte de um sistema de revisão judicial dialógica. É verdade que existem muitas razões que demonstram o quão difícil é modificar a Constituição, mas mesmo com uma regra de modificação relativamente difícil, decisões judiciais, juntamente com modificações constitucionais, podem ser consideradas como um diálogo (muito lento).¹⁰

Stephen Gardbaum (2010, p. 3-4) denomina esse modelo fraco como o novo modelo ligado ao Commonwealth, afirmando que são três os fatores que o caracterizam: a) a existência de uma carta de direitos; b) alguma forma de maior poder do Judiciário para fazer valer esses direitos, avaliando a legislação (assim como outros atos governamentais) quanto à consistência com a carta, que vai além das presunções tradicionais e dos modos comuns de interpretação estatutária; e c) mais distintamente, não obstante esse papel judicial, um poder legislativo formal para ter a palavra final sobre a interpretação da legislação pelo voto da maioria comum. Para o autor, em conjunto, as duas primeiras características distinguem o novo modelo da concepção tradicional de soberania parlamentar; e a terceira da supremacia judicial. Desse modo, é intermediário entre essas duas opções anteriormente expostas. Ao passo em que autoriza alguma forma de revisão constitucional da legislação pelos tribunais em nome dos direitos, também atribui o poder legal da palavra final ao Legislativo, dissociando o poder da revisão judicial da supremacia ou finalidade judicial.

Para o autor, o novo modelo engloba quatro espécies:

¹⁰ No idioma original: “*En este sentido, la revisión judicial dialógica es una posibilidad interesante, e implica una modificación bastante significativa de la revisión judicial. En vez de dar a la revisión una forma fuerte, la debilita, y esse grado de debilitamiento dependerá de la forma precisa que tome. La idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones -diálogos- entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta. Un diálogo modelo puede tomar esta forma: la Legislatura promulga una ley que luego es declarada inconstitucional por la Suprema Corte al violar lo que la Corte entiende por protección constitucional a la libertad de expresión. La Legislatura puede responder de distintas formas. Por ejemplo, señalando que la Suprema Corte, servicialmente, ha dirigido su atención a un problema constitucional que la Legislatura había ignorado o infravalorado antes. Por lo tanto, al centrar su atención en la cuestión constitucional, puede que termine estando de acuerdo con la interpretación de la Corte y modifique la ley para que sea consistente con esa interpretación. O, algo aún más interesante, puede que la Legislatura concluya, luego de deliberar, que encuentra una interpretación de la provisión de la libertad de expresión según la cual la ley original era constitucional y, sin modificación alguna, más razonable que la de la Corte. Es importante observar que, en un sistema con revisión judicial dialógica, debe haber algún mecanismo - como el poder de veto de la sección 33- para hacer que la insistencia de la Legislatura en su propia interpretación razonable sea legalmente efectiva.*

¿Cuáles son entonces las formas de la revisión judicial dialógica? Mi esquema subraya un punto importante: el diálogo ocurre a lo largo del tiempo -o en forma secuencial. La dimensión temporal del diálogo nos permite incluir en el modelo general de la revisión judicial dialógica algunos aspectos que ya son familiares. De modo quizá más obvio, las enmiendas constitucionales que responden a interpretaciones judiciales pueden ser vistas como una forma de diálogo. Si modificar la Constitución es bastante fácil -como lo es en algunos sistemas constitucionales-, el proceso de modificación puede ser parte de un sistema de revisión judicial dialógica. Es cierto que existen muchas razones que demuestran lo dificultoso que es modificar la Constitución, pero incluso sistema con una regla de modificación relativamente dificultosa, las decisiones judiciales, junto con las modificaciones constitucionales, pueden ser consideradas como un (muy lento) diálogo.”

Portanto, em um espectro em que a supremacia judicial e legislativa tradicional marca os dois pólos, o novo modelo pode e assumiu pelo menos quatro formas diferentes, ocupando assim quatro posições intermediárias ligeiramente diferentes. Partindo do pólo da supremacia judicial, o primeiro deles é exemplificado pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982, (1) uma declaração constitucional de direitos (2) que concede ao poder judiciário a invalidação de estatutos conflitantes, mas (3) com uma palavra final formal do Legislativo na forma da seção 33 que substitui o poder exercível pelo voto da maioria ordinária. O segundo é uma declaração de direitos “estatutária” ou parlamentar que concede ao judiciário o mesmo poder para invalidar estatutos conflitantes, com um poder legislativo similar. Essa posição é ilustrada pela Declaração de Direitos do Canadá, ainda em operação em 1960. A terceira posição é exemplificada pela HRA, pela Lei de Direitos Humanos do Território da Capital Australiana de 2004 (ACT HRA) e pela Carta Vitoriana de Direitos Humanos e Responsabilidades de 2006 (VCHRR): uma declaração de direitos estatutária sem poder de invalidação judicial da legislação, mas, em vez disso, um novo poder judicial para declarar estatutos incompatíveis com direitos protegidos que não afeta sua validade contínua, e um segundo novo poder judicial (e obrigação) para dar aos estatutos uma interpretação consistente com os direitos sempre que possível. Ambos os tipos de decisão judicial - declarativa e interpretativa - estão sujeitos ao poder legal comum do legislador de ter a palavra final.

A quarta posição seria uma declaração de direitos semelhante com o segundo poder judicial - o interpretativo - mas sem o primeiro ou poder declarativo, como na versão original, pré-Moonen, da Lei de Direitos da Nova Zelândia, 1990 (NZBORA). Uma declaração de direitos sozinha, sem o dever interpretativo ou o poder declarativo, embora certamente seja uma opção geralmente disponível, não seria aquela que satisfaz o segundo requisito da minha definição do novo modelo e, portanto, qualquer que seja sua independência, méritos, não se afasta da soberania parlamentar tradicional. (GARDBAUM, 2010, p. 5-6).¹¹

Nota-se que as espécies descritas pelo autor, dependem da possibilidade de a Corte declarar a legislação infraconstitucional inválida, ainda que se tenha posterior resposta do Legislativo, até se ter apenas o poder interpretativo e não declarativo do Judiciário em relação

¹¹ No idioma original: “So, on a spectrum in which traditional judicial and legislative supremacy mark the two poles, the new model can and has taken at least four different forms, thereby occupying four slightly different intermediate positions. Starting from the judicial supremacy pole, the first of these is exemplified by the 1982 Canadian Charter of Rights and Freedoms, (1) a constitutional bill of rights (2) granting the judiciary power to invalidate conflicting statutes but (3) with a formal legislative final word in the form of the section 33 override power exercisable by ordinary majority vote. The second is a statutory or parliamentary bill of rights granting the judiciary the same power to invalidate conflicting statutes, with a similar legislative override power. This position is illustrated by the still operative 1960 Canadian Bill of Rights. The third position is exemplified by the HRA, the Australian Capital Territory’s Human Rights Act of 2004 (ACT HRA) and the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities of 2006 (VCHRR): a statutory bill of rights without the power of judicial invalidation of legislation but instead one new judicial power to declare statutes incompatible with protected rights that does not affect their continuing validity, and a second new judicial power (and obligation) to give statutes a rights-consistent interpretation wherever possible. Both types of judicial decision – declaratory and interpretive – are subject to the ordinary legal power of the legislature to have the final word. The fourth position would be a similar statutory bill of rights with the second judicial power — the interpretive one -- but without the first or declaratory power, as in the original, pre-Moonen, version of the New Zealand Bill of Rights Act, 1990 (NZBORA).⁹ A statutory bill of rights alone without either the interpretive duty or the declaratory power, while certainly a generally available option, would not be one that satisfies the second requirement of my definition of the new model and thus, whatever its independent merits, does not depart from traditional parliamentary sovereignty.” (GARDBAUM, 2010, p. 5-6)

à Carta de direitos. O Canadá e a Nova Zelândia, analisados nos capítulos subsequentes, enquadram-se nesses dois modelos, respectivamente.

Também se ressalta que o novo modelo proporciona um novo balanço entre dois valores tradicionais modernos da política liberal democrática: a) o reconhecimento e efetiva proteção de certos direitos fundamentais; e b) a própria distribuição de poder entre cortes e ramos do governo, incluindo limites adequados para ambos. O novo modelo promete recalibrar as duas opções existentes acima delineadas, protegendo adequada e efetivamente os direitos por meio de uma realocação de poder entre o judiciário e os ramos políticos (aumentando o poder judicial se partindo da soberania parlamentar e reduzindo-o se partindo da supremacia judicial). (GARDBAUM, 2010, p. 6-7)

Stephen Gardbaum (2010, p. 7-8) também destaca que o novo modelo reúne o benefício da proteção eficiente de direitos da Corte, mas, por meio da palavra legislativa final, é mantida a legitimidade democrática dos poderes judiciais, ainda mais aprimorados.

É importante notar que, no sistema fraco, caracterizado por uma resposta legislativa em curto prazo de tempo após o julgamento da corte, o legislador tem o benefício de visualizar o julgamento no caso concreto e refletir sobre a aplicação da legislação em um caso específico e eventuais problemas que podem não ter sido analisados no momento da elaboração da lei. Nesse sentido, destaca Mark Tushnet (2014, p. 112) que o controle de constitucionalidade das leis, quando realizado por meio de mecanismos de diálogo com os Poderes majoritários, traz a vantagem institucional de permitir que as Cortes foquem a atenção em valores constitucionais conectados com problemas específicos. Nas palavras do autor (2014, p. 112):

A revisão dialógica capitaliza a vantagem institucional que os tribunais têm, dentro da estrutura do fórum legislativo, para focar a atenção em valores constitucionais relacionados a problemas específicos. Isso promove o valor constitucional das limitações ao autogoverno democrático. Uma vez que a atenção dos legisladores é atraída para os problemas, podemos promover o valor do autogoverno democrático, deixando a decisão final para o Legislativo. (TUSHNET, 2014, p. 112).¹²

Inclusive, o modelo reúne benefícios para defensores de ambas as posições acima tratadas:

Além disso, uma das melhores e mais sofisticadas defesas recentes da legitimidade democrática da revisão judicial - que o ponto da revisão judicial de exigir uma

¹² No idioma original: “*La revisión dialógica capitaliza la ventaja institucional que tienen las Cortes, en el marco del foro legislativo, para centrar la atención en valores constitucionales conectados con problemas específicos. Esto promueve el valor constitucional de las limitaciones al autogobierno democrático. Una vez que se llama la atención de los legisladores acerca de los problemas, podemos luego promover el valor del autogobierno democrático, dejando la decisión final a la Legislatura.*”

justificação razoável para atos de autoridades públicas é uma condição prévia para a legitimidade da lei - pode, penso eu, ser adaptado como defesa do novo modelo, perguntando por que esse "diálogo democrático" deve terminar com a palavra final dos tribunais, em vez de permitir a possibilidade de mais deliberações por parte de uma oposição política e cidadã agora alertada. De fato, há sugestões de que o novo modelo da Commonwealth possa ser aceitável tanto para aqueles que defendem quanto para contestar a revisão judicial, pois os primeiros às vezes afirmam que sua defesa é neutra quanto à forma pela qual a revisão constitucional deve assumir (forte ou fraca) e a segunda que seu desafio é apenas a supremacia judicial ou revisão de forma forte¹³. (GARDBAUM, 2010, p. 7-8)

Ademais, o novo modelo permite que os direitos contidos em uma carta legalizada sejam protegidos de maneira menos centrada nos tribunais, o que proporciona um papel maior na deliberação de direitos, tanto para os ramos políticos quanto para os cidadãos. Stephen Gardbaum (2010, p. 9-10) ressalta que, ao fazê-lo, também pode abordar e ajudar a resolver os problemas conhecidos de (1) superlegalização ou judicialização do discurso público de princípios e (2) debilitação legislativa e popular que há muito tempo são identificadas como um importante custo institucional da constitucionalização. Onde os legisladores nunca têm responsabilidade final pelos direitos, e ainda mais onde (como costuma acontecer) os tribunais não levam a sério a consideração legislativa em suas próprias deliberações, há uma tendência compreensível de deixar questões de constitucionalidade para o judiciário e gastar seu tempo em coisas que eles decidam. Ao dar às legislaturas o poder legal da palavra final, o novo modelo prometeu criar incentivos para esse debate. De maneira mais ampla, o novo modelo dissolve radical e diretamente a dificuldade contramajoritária.

Com uma manifestação do Legislativo posterior à eventual julgamento da corte, também pode ocorrer uma melhora na qualidade dos debates legislativos sobre os direitos:

Alguma forma de poder de execução judicial é importante para ajudar a lidar com a preocupação padrão de certas patologias relevantes para os direitos ou "pontos cegos" aos quais legislaturas e executivos podem estar sujeitos: particularmente reivindicações de direitos de várias minorias eleitorais, inércia legislativa baseada na tradição e convenção ou resultante do poder de bloqueio de partidos e grupos de interesse, e hipérbole ou ideologia do governo. Além disso, se (pelas razões já expostas) conceder ao judiciário a palavra final legal é problemático, isso não se aplica necessariamente a todas as contribuições judiciais para o discurso de direitos. Pelo contrário, esse contributo pode ser útil como a palavra legalmente penúltima, tanto para informar / estimular a revisão de direitos pelos ramos políticos antes e depois da consideração judicial, quanto para aumentar os custos políticos do desacordo

¹³ No idioma original: "Moreover, one of the best and most sophisticated recent defenses of the democratic legitimacy of judicial review – that judicial review's point of requiring reasonable justification for acts by public authorities is a pre-condition for the legitimacy of law¹⁴ – can, I think, be adapted as a defense of the new model by asking why this —Socratic dialogue¹⁵ must end with courts having the final word, rather than permitting the possibility of further deliberation by a now alerted citizenry and political opposition. Indeed, there are suggestions that the new Commonwealth model may be acceptable to both those who defend and challenge judicial review, as the former sometimes state that their defense is neutral as to the form constitutional review should take (strong or weak)¹⁶ and the latter that their challenge is only to judicial supremacy or strong-form review."

legislativo, alertando os cidadãos. Dessa forma, promete melhorar a qualidade do debate sobre os direitos legislativos em comparação com o *status quo*¹⁴. (GARDBAUM, 2010, p. 11-12)

Por fim, desse modo, há maior conscientização sobre os direitos entre os cidadãos, ou seja, um crescimento da cultura de direitos e o próprio debate sobre eles.

Também se ressalta que o novo modelo pode trazer desvantagens. Assim, no âmbito normativo, podem existir objeções democráticas básicas, como existe a qualquer grau de poder judicial sobre a legislação. No âmbito empírico, Stephen Gardbaum (2010, p. 12-13) aponta: a) não há necessidade de proteger mais os direitos ou de maneira diferente; o *status quo* acaba por ser bom; b) os direitos não são, de fato, melhor protegidos pelo novo modelo; c) o novo modelo é instável - o equilíbrio teórico da posição intermediária não existe ou não pode ser mantido na prática, mas inevitavelmente leva a excessos de poder e direitos judiciais, comumente associados a sistemas fortes como o dos Estados Unidos.

Em relação às duas primeiras críticas, cabe destacar que a proteção de direitos, de fato, ocorre de maneira mais forte em um modelo mais forte de controle de constitucionalidade que possua uma carta de direitos com *status* constitucional.

Inclusive, mesmo em modelos mais fracos, ainda que não exista uma carta dotada de *status* constitucional, sentiu-se a necessidade de um reforço no que diz respeito aos direitos fundamentais. É o caso da Nova Zelândia, país que não possui constituição escrita, mas que promulgou uma carta de direitos, de modo a contribuir com uma “cultura de direitos” na sociedade, ainda que seja uma carta com *status* de lei ordinária. Ou seja, ainda que possua um sistema onde prevalece a supremacia do parlamento e que este seja atuante na proteção dos direitos, também foi necessária uma carta de direitos para reforçar os direitos fundamentais e os pactos de direitos humanos.

Assim, não se nega que é necessária a proteção de direitos e, dependendo do contexto cultural e histórico vivenciado pela sociedade de um dado país, essa necessidade pode ser mais ou menos intensa. Inevitavelmente, é necessário considerar a cultura de direitos que prevalece em cada país e se há uma necessidade maior ou menor de estabelecimento de tais direitos em

¹⁴ No idioma original: “Some form of judicial enforcement power is important to help deal with the standard concern of certain rights-relevant pathologies or —blind spots that legislatures and executives may be subject to: particularly rights claims of various electoral minorities, legislative inertia based on tradition and convention or resulting from the blocking power of parties and interest groups, and government hyperbole or ideology.²³ In addition, if (for the reasons already given) granting the judiciary the legal final word is problematic, this does not necessarily apply to all judicial input into rights discourse. To the contrary, such input can be helpful as the legally penultimate word in both informing/spurring rights review by the political branches both before and after judicial consideration and raising the political costs of legislative disagreement by alerting the citizenry. In these ways, it promises to enhance the quality of legislative rights debate compared to the *status quo*.”

documentos dotados de *status* constitucional ou não. Se se trata de um país onde prevalece a cultura de direitos na sociedade e, conseqüentemente, no próprio Legislativo, menor será a necessidade de uma ampla constitucionalização de direitos e de um controle de constitucionalidade tão forte para a sua proteção. Ao passo que, países que passaram por grandes restrições de direitos, períodos ditatoriais ou, simplesmente, não possuem uma cultura de direitos, precisarão de um sistema de proteção mais forte, inclusive pelo Judiciário.

Assim, diante do contexto histórico e cultural de cada país, de fato não será possível se obter um perfeito equilíbrio na posição intermediária entre juízes e legisladores, como apontado por Stephen Gardbaum na terceira crítica acima retratada. Até porque, como ressalta Jorge Roa Roa (2019, p. 451), a divisão entre sistemas fracos e fortes de controle de constitucionalidade é uma questão de grau, de maneira que o suposto caráter forte de alguns sistemas também incorpora mecanismos de sistemas fracos e vice-versa.

Ademais, independentemente da necessidade de uma maior ou menor proteção e de se conseguir o equilíbrio da posição intermediária, tendo em vista que sempre haverá características de um modelo mais forte ou mais fraco, a depender da cultura de direitos e do contexto vivenciado por aquela sociedade, é necessário possibilitar a interpretação de tais direitos a mais de um ator. Desse modo, importa criar arranjos institucionais criativos, que, embora não proporcionem um equilíbrio na participação de ambos Poderes, podem proporcionar a interpretação constitucional a ambos, mantendo, assim, um diálogo entre eles.

Ou seja, é necessário refletir acerca da criação de arranjos que possam espelhar soluções compartilhadas na interpretação das constituições e/ou cartas de direitos, possibilitando a manifestação de ambos os Poderes na construção da interpretação constitucional. Nesse contexto, compreende-se porque o modelo canadense, apesar de ter sido pouco utilizado no que diz respeito à sua cláusula 33, seja exaltado pelos doutrinadores em geral, pois combina um modelo de proteção de direitos forte e com *status* constitucional com uma cláusula que possibilita ao Legislativo o impedimento da vigência da decisão que eventualmente anulou a legislação. Ou seja, tal modelo protege os direitos, ao passo que reconhece não ser o Judiciário o único intérprete possível, sendo, por este último fator, considerado como um sistema fraco de constitucionalidade.¹⁵

¹⁵ Cabe mencionar que há divergência a respeito da classificação do modelo canadense, se este seria forte ou fraco, pois outros autores, como Jorge Roa Roa (2019, p. 479), acreditam que, como o legislador foi autorizado a usar a salvaguarda da cláusula - não obstante antes da decisão judicial-, podendo proteger uma lei contra uma declaração potencial e futura de inconstitucionalidade, logo este modelo seria o mais fraco de todos. Contudo, diante das duas posições, no presente trabalho, adota-se a posição de Mark Tushnet, acima referida, no sentido de que o Canadá é um modelo fraco, tendo em vista que possui mecanismo rápido de resposta à decisão da corte; assim como se concorda com Stephen Gardbaum, cujo pensamento também foi exposto acima, no sentido de

Assim, como destaca o próprio autor (GARDBAUM, 2010, p. 49-50), a diferença entre os países inseridos nesse novo modelo de controle fraco e aqueles que adotam o modelo de supremacia judicial, é apenas a última palavra do Legislativo. Diferentemente dos EUA e da Alemanha, dotados de jurisdições fortes, em países como o Canadá e a Nova Zelândia, a opinião da sociedade sobre as decisões da Corte são imediatas e mais frequentes. Por esse motivo, segundo Stephen Gardbaum (2010), as decisões das Cortes nestes países levam mais em consideração aspectos democráticos e as cláusulas de superação pelo Legislativo não são tão utilizadas na prática. Além disso, não são tão utilizadas, porque o novo modelo tem a intenção de aumentar o poder judicial em comparação com a soberania parlamentar tradicional.

Inclusive, destaca-se que um modelo mais fraco de controle de constitucionalidade proporciona postura mais responsável pela proteção de direitos de ambos os poderes, tendo em vista que após a análise da norma pelo Poder Judiciário em um caso concreto, existe a revisão da legislação envolvida no caso pelo próprio Legislativo.

No que diz respeito à responsabilidade do Judiciário:

(...) A segunda etapa do novo modelo é a revisão dos direitos pelos tribunais sob seus respectivos novos poderes. Aqui, dois fatores devem distinguir, pelo menos em parte, a revisão judicial sob o novo modelo da supremacia judicial. Primeiro, por causa da responsabilidade conjunta pretendida, ou de três ramos, pelos direitos, que é uma das vantagens potenciais do novo modelo, os tribunais devem levar a sério a revisão dos direitos políticos no estágio um e não ignorar ou tratar com desprezo como uma usurpação judicial. supremacia das deliberações de direitos dos ramos políticos, como às vezes ocorre nos sistemas ao estilo dos EUA. Essa postura judicial também reconhece adequadamente a realidade e a inevitabilidade de discordâncias razoáveis sobre ambos os direitos e seus limites na declaração de direitos, que é uma das principais razões para o novo modelo (novamente, pelo menos em comparação com a supremacia judicial) em primeiro lugar. Obviamente, na medida em que a revisão dos direitos políticos na primeira etapa se aproxima da versão ideal sugerida acima, a base para essa postura judicial em relação a ela é ainda mais fortalecida. Segundo, e não obstante o primeiro, dado a palavra final legal conferida aos ramos políticos, a comunidade política como um todo e seus representantes eleitos serão os que mais se beneficiarão do melhor julgamento do judiciário sobre os méritos; isto é, uma consideração independente que leva em consideração, mas não é impedida pelas visões dos ramos políticos expressas na primeira fase. Desse modo, novamente, a natureza e a função da “penúltima revisão judicial” dentro do novo modelo a diferenciam da supremacia judicial - na qual o judiciário tem total responsabilidade prática pela decisão final e suas conseqüências¹⁶. (GARDBAUM, 2010, p. 14-15).

que o Canadá é um modelo fraco, mas dentre os fracos é o mais forte em razão da proteção de direitos com status constitucional.

¹⁶ No idioma original: “*The second stage of the new model is legal rights review by the courts under their respective new powers. Here, two factors should distinguish, at least in part, judicial review under the new model from that under judicial supremacy. First, because of the intended joint, or three-branch, responsibility for rights that is one of the potential advantages of the new model, courts should take seriously the political rights review at stage one and not ignore or treat contemptuously as a usurpation of judicial supremacy the rights deliberations of the political branches, as sometimes occurs in US-style systems.*”³⁰ *This judicial posture also properly acknowledges the reality and inevitability of reasonable disagreement about both rights and their limits in the bill of rights that is one of the major reasons for the new model (again, at least as compared with judicial supremacy)*

Ou seja, o Judiciário se torna mais responsável pela prática da sua decisão final, assim como pela própria repercussão da decisão, e o Legislativo leva a sério a visão judicial e não simplesmente pratica deferência a ela. Um processo semelhante deve ser encorajado após o exercício do dever interpretativo, no qual o legislador contempla a anulação da interpretação do tribunal de um estatuto como errado.

Além disso, pode-se pensar que, ao considerar o modelo fraco de constitucionalidade, há soberania do parlamento, sem qualquer controle. Entretanto, conforme afirma Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 213-214), tal análise pode restar equivocada pelas seguintes razões: a) a decisão do tribunal necessariamente cria um ônus deliberativo, em que decisões legislativas podem ser repensadas com base em argumento de uma suprema corte ou tribunal constitucional; b) considerar que a superação das decisões judiciais significa ausência de controle ignora a experiência concreta, até porque a decisão da corte ou tribunal gera um ônus político e caso o legislador conceda imunidade à lei declarada inconstitucional ou insista nela, seu agir poderá ser visto como inconstitucional; c) o controle de constitucionalidade não é um processo apenas jurídico-formal, ou seja, a superação legislativa não deve ser entendida como a transferência da última palavra ao legislador, ou seja, o diálogo está sempre aberto a todos, por parte do legislador, do tribunal e da sociedade civil.

Inclusive, como afirma Jorge Roa Roa (2019, p. 485), no que diz respeito ao debate em torno da compatibilidade do controle de constitucionalidade com a democracia, novos desenhos institucionais e um controle mais fraco têm permitido que se defenda o controle de constitucionalidade, sem que isso implique, necessariamente, uma defesa da supremacia judicial, ou que se critique o controle de constitucionalidade sem a necessidade de uma defesa ferrenha da supremacia parlamentar.

Por fim, há que se ter em mente que nem sempre um modelo é totalmente forte ou totalmente fraco. E, ainda, que os modelos fracos também requerem controle de constitucionalidade, mas possuem maior potencial para ensejar diálogos institucionais, na linha do que se defende a seguir como “constitucionalismo dialógico”.

in the first place. Obviously, to the extent that the political rights review at the first stage approaches the ideal version suggested above, the basis for this judicial posture towards it is further strengthened. Second, and notwithstanding the first, given the legal final word that is bestowed on the political branches, the political community as a whole and its elected representatives will benefit most from the best judgment of the judiciary on the merits; that is, an independent consideration that takes into account but is not foreclosed by the views of the political branches expressed at stage one. In this way again, the nature and function of —penultimate judicial review within the new model differentiate it from judicial supremacy³¹ — in which the judiciary has full practical responsibility for the final decision and its consequences”

2.4 CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

Para a superação de posições polarizadas, como a referida dicotomia entre “poder aos juízes” *versus* “poder aos legisladores”, é necessário se pensar em soluções dialógicas. Tais soluções, que figuram como conciliatórias aparecem potencializadas em um modelo fraco de controle de constitucionalidade.

Tal constitucionalismo, denominado dialógico, baseia-se em uma relação de paridade entre Cortes e Parlamentos, e encontra respaldo teórico em fundamentos já conhecidos da teoria constitucional contemporânea. Em primeiro lugar, cabe lembrar que, em uma sociedade plural e complexa, a interpretação constitucional não pode ficar enclausurada pelo Poder Judiciário, sem que os demais atores estatais e sociais também participem da concretização constitucional¹⁷. Glauco Salomão Leite (2017) enfatiza que as Cortes e os Parlamentos, embora separados organicamente, podem estar conectados dialogicamente, com a construção das decisões constitucionais feitas a partir de uma atuação compartilhada entre ambos.

Nesse contexto, questiona-se por que juízes – e não legisladores – ficam a cargo, de forma principal, da interpretação constitucional, se ambos, de igual maneira, são atingidos pelas dificuldades de interpretação. O questionamento ainda se expande: é aceitável que, no contexto de uma comunidade democrática, os juízes tenham o direito de pronunciar a última palavra? Roberto Gargarella (2014, p. 9) traz essas e outras questões:

A primeira pergunta refere-se à maneira pela qual a revisão judicial é realizada. A questão é: por que os juízes, e não os legisladores, estão encarregados da tarefa principal, em termos de interpretação constitucional? Por que é dado como certo que os legisladores, como representantes do povo - de todos nós - saberão menos ou tratarão pior do que os juízes os valores constitucionais fundamentais? A verdade é que, se houver vieses ou dificuldades na interpretação do que a Constituição diz, esses vieses afetam a todos nós (também aos juízes), não apenas ou fundamentalmente aos legisladores¹⁸. (GARGARELLA, 2014, p. 9)

¹⁷ Nesse sentido, destacam-se os clássicos ensinamentos de Peter Häberle (1997) no sentido de que deve haver a participação dos cidadãos na interpretação e construção constitucional, sendo importante o aspecto cultural, propõe-se uma teoria de interpretação aberta da Constituição. Nessa linha, quanto menor for a densidade das normas constitucionais, tanto maior deverá ser o caráter amplo e participativo dos intérpretes para fins de se estabelecer os seus conteúdos. Ou seja, no processo de interpretação constitucional devem participar todas as potências públicas, inclusive os legisladores, o que pode ocorrer por meio da superação de uma decisão da corte.

¹⁸ No idioma original: “*La primera pregunta se refiere al modo en que se lleva adelante la revisión judicial. La cuestión es: ¿por qué es que los jueces, y no los legisladores, quedan a cargo de la tarea principal, en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué se da por sentado que los legisladores, en cuanto representantes del pueblo -de todos nosotros- van a conocer menos, o van a tratar peor que los jueces, los fundamentales valores*”

O autor (2014, p. 9) ressalta, ainda, que os juízes podem participar em discussões difíceis, as quais comprometem o próprio significado da Constituição, tais como: aborto, liberdade, direito à vida, etc. Todavia, não cabe a tais juízes que se arroguem no direito exclusivo de intervir nesses assuntos.

Para além dessa função dos juízes, Gargarella também traz à tona a discussão sobre o grau de força, questionando a escolha de um sistema institucional tão rígido (2014, p. 10):

A terceira pergunta diz respeito a um problema de desenho institucional. A questão seria a seguinte: por que adotamos um sistema institucional tão rígido, no qual as relações entre os poderes são marcadas por formas grosseiras como as que ainda hoje são dominantes (ou seja, juízes que validam ou invalidam uma lei, como se o problemas constitucionais eram do tipo "tudo ou nada")? Por que não é possível pensar em um desenho institucional diferente, que os juízes - pelo seu conhecimento especial - ajudem os legisladores a criar normas jurídicas mais sólidas ou menos questionáveis; Ou o Poder Executivo (em vez de simplesmente "vetar" ou não uma lei) começa a cooperar com os legisladores para que eles melhorem o que fizeram?¹⁹

Para o autor (2014, p. 11), o constitucionalismo dialógico, dado seu caráter de coesão entre as partes, pode oferecer melhores respostas às três perguntas, sendo que “os assuntos constitucionais fundamentais devem ser resolvidos mediante uma conversada estendida, persistente no tempo e que deve envolver os distintos ramos do poder, tanto como a própria população²⁰”.

Em termos históricos, reconhece-se que o constitucionalismo dialógico, na prática, nasceu no Canadá, quando se adotou a *Canadian Bill of Rights and Freedoms*, com a conhecida “cláusula não obstante”, a qual permite ao Legislador insistir na vigência de sua legislação

constitucionales? Lo cierto es que, si existen sesgos o dificultades en la interpretación de lo que dice la Constitución, dichos sesgos nos afectan a todos (también a los jueces), no sólo o fundamentalmente a los legisladores.”

¹⁹ No idioma original: “*La tercera pregunta atañe a un problema de diseño institucional. La cuestión sería la siguiente: ¿por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido, en que las relaciones entre los poderes aparecen marcadas por formas tan toscas como las hoy todavía dominantes (esto es, jueces que validan o invalidan una ley, como si los problemas constitucionales fueran del tipo "todo o nada")? ¿Por qué no es posible pensar en un diseño institucional diferente, en que los jueces -desde sus especiales conocimientos- ayuden a los legisladores en la creación de normas jurídicamente más sólidas o menos cuestionables; o el Poder Ejecutivo (en lugar de simplemente "vetar" o no una ley) comience a cooperar con los legisladores para que estos mejoren lo que han hecho?*”

²⁰ O foco da tese é a vertente de constitucionalismo dialógico entre Legislativo e Judiciário, porém, essa proposta não exclui outras formas de diálogos e mecanismos, inclusive, com a própria população.

Na linha do que se denomina constitucionalismo popular, verificar: KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, *Circa* 2004. *California Law Review*, vol.92, n.4, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/31pDc0L>. Acesso em: 16 fev. 2020.

Já no que diz respeito ao constitucionalismo democrático, verificar: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.) *Constitution 2020*. Oxford. Oxford University Press, 2009.

durante cinco anos, ainda que a corte a tenha declarado incompatível com a Carta. Roberto Gargarella (2014) destaca que, mesmo sendo modesta, essa novidade abriu a porta institucional a uma forma diferente e mais consensual de relação entre juízes e legisladores, sendo que este arranjo institucional canadense inspirou vários países do *Commonwealth* (Reino Unido, 1998; Nova Zelândia, 1990; Austrália, 2004), dando lugar a uma novo constitucionalismo, menos rígido (GARGARELLA, 2014, p. 10)²¹. Se o dialogismo é a estrutura na qual se sustenta a possibilidade da instituição, insta compreender o que configura um diálogo entre cortes e parlamentos.

Peter Hogg e Allison Bushell (2014, p. 22-23) definiram diálogo como os casos nos quais uma decisão judicial, a qual anula uma lei com fundamento na carta de direitos, segue alguma ação do corpo legislativo correspondente. Nesses casos, há uma reflexão, por parte do Legislativo sobre a decisão judicial, sobre o qual, inclusive, ele deverá se posicionar.

Os autores afirmam ainda, de maneira acertada à concepção que ora se delineia, que diálogo pode ocorrer quando as leis são mantidas pelo legislador.

Nas palavras dos autores (2014, p. 20):

(...) quando uma decisão judicial está aberta a revogação, modificação ou anulação, faz sentido considerar a relação entre o Tribunal e o órgão legislativo competente como um diálogo. Nesse caso, a decisão judicial causa um debate público em que os valores da Carta têm um lugar mais proeminente do que teriam se não houvesse decisão judicial. O órgão legislativo está em posição de elaborar uma resposta que respeite os valores da Carta que foram identificados pelo Tribunal, mas que atenda aos objetivos sociais e econômicos que a decisão judicial impediu²².

Conforme ressalta Luc Tremblay (2005, p. 618), o diálogo não descreve apenas uma característica peculiar da estrutura constitucional canadense, a teoria tem pertinência e apelo muito mais amplos para além do contexto em que foi criada. O autor ressalta que um diálogo institucional pode ocorrer em qualquer lugar em que as legislaturas sejam capazes de reverter, modificar, evitar ou responder a decisões judiciais que anulem a legislação.

Dentro do contexto dialógico, mesmo a preocupação sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade é reduzida quando tal decisão, uma vez que invalide uma lei com fundamento na Carta, possa ser revogada, modificada ou anulada por uma nova lei. Ademais,

²¹ Como também já referido acima no item 2.6.

²² No idioma original: "(...) cuando una decisión judicial está abierta a la revocación, modificación o anulación legislativa, tiene sentido considerar la relación entre la Corte y el órgano legislativo competente como un diálogo. En ese caso, la decisión judicial causa un debate público en el que los valores de la Carta tienen un lugar más prominente que el que habrían tenido si no hubiese habido decisión judicial. El cuerpo legislativo está en condiciones de idear una respuesta que respete los valores de la Carta que han sido identificados por la Corte, pero que cumpla con los objetivos sociales y económicos que la decisión judicial ha impedido".

os autores (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 19 e 22) ressaltam que a carta pode atuar como um catalisador para um intercâmbio entre o Judiciário e o Legislativo sobre direitos humanos e liberdades, mas que ela raramente levanta uma barreira absoluta aos desejos das instituições democráticas.

Por fim, ainda importa destacar que cláusulas que permitem essa manifestação legislativa posterior a uma decisão judicial podem gerar visibilidade para a discussão política, pois, em um regime de proteção de direitos, a aplicação de tais cláusulas merece grande atenção pública, como ocorre nos modelos do Canadá e da Nova Zelândia, a seguir apresentados.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS CANADENSES

Como se verificou na parte introdutória, tem-se por hipótese que os mecanismos de diálogos canadenses e neozelandeses podem ser úteis para inspirar a construção de mecanismos dialógicos no Brasil, de modo a solucionar uma crise de legitimidade do Judiciário brasileiro, a qual se revela principalmente quando este reconstitui significados das normas constitucionais a partir de processos interpretativos, sem dialogar com os poderes representativos.

Desse modo, após o estudo da teoria dialógica, faz-se necessário aprofundar o estudo sobre o sistema dialógico de controle de constitucionalidade dos dois países, para, no último capítulo da tese, realizar um aprofundamento quanto ao sistema brasileiro. Observa-se que os mencionados países foram escolhidos especialmente porque o Canadá foi o berço de tais mecanismos dialógicos e a Nova Zelândia possui controle ultra fraco (da legislação em relação à Carta de Direitos) e uma cultura jurídica de supremacia do Parlamento.

Assim, neste capítulo, primeiramente, realiza-se um brevíssimo panorama sobre o Judiciário canadense e o acesso à sua Suprema Corte, para, posteriormente, tratar da Carta de direitos canadense, do controle de constitucionalidade realizado no Canadá e de alguns casos julgados naquele país. O estudo do sistema neozelandês ocorrerá no capítulo seguinte.

3. 1 O DESENHO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO CANADENSE E O ACESSO À SUPREMA CORTE

A Suprema Corte do Canadá constitui-se em tribunal recursal final e decide questões legais de importância pública, sendo independente e contribuindo com a consolidação da democracia no país, fundado num Estado de Direito. De acordo com o *Supreme Court Act*, a Corte é formada por nove juízes, incluindo o *Chief Justice of Canada* (CANADA, 2017a).

Pode-se imaginar o Judiciário canadense como uma pirâmide, cuja base é formada pelas cortes provinciais e territoriais, nas quais os juízes são indicados pelos governos provinciais e territoriais. Esses tribunais são geralmente divididos dentro de cada província em várias divisões definidas pelo assunto de suas respectivas jurisdições; portanto, geralmente se

encontra uma Divisão de Tráfego, uma Divisão de Pequenas Causas, uma Divisão Familiar, uma Divisão Criminal e assim por diante (CANADA, 2017b).

Os juízes de todos os outros níveis são indicados pelo Governo Federal. Em uma segunda categoria, há as Cortes superiores territoriais e provinciais, cujos julgamentos são passíveis de recurso aos Tribunais Recursais (*Court of Appeal*) provinciais ou territoriais. Também existem as Cortes federais: Tribunal Recursal Federal (*Federal Court of Appeal*), a Corte Federal, a Corte de Imposto do Canadá e o Tribunal Recursal Marcial (*Martial Court of Appeal*). Diferentemente das Cortes provinciais superiores, as quais exercem jurisdição inerente, a jurisdição dessas cortes é definida por lei e engloba matérias que recaem sobre a competência do Governo Federal. Por fim, a Suprema Corte do Canadá está no topo da pirâmide, sendo a corte recursal final do Canadá (CANADA, 2017a).

A Suprema Corte do Canadá acolhe recursos das decisões das mais altas cortes de última instância das províncias e territórios, bem como das decisões provindas do Tribunal Recursal Federal (*Federal Court of Appeal*) e do Tribunal Recursal Marcial (*Court Martial Appeal Court of Canada*). Sua competência é regulamentada principalmente no *Supreme Court Act*, assim como em alguns outros *Acts of Parliament*, como o Código Penal (*Criminal Code*). Há três procedimentos pelos quais os casos chegam perante a Corte: a) na maior parte dos casos, a parte que deseja interpor recurso de decisão de corte inferior deve obter permissão, ou licença da Corte para recurso (*leave to appeal*); b) em outros casos, há os chamados recursos “de direito” (“*as of right*”), em que não é requerida a licença para recurso (*leave to appeal*). Estes incluem certos casos criminais e recursos de opiniões pronunciadas pelos tribunais recursais (*courts of appeal*) nas matérias que lhes foram remetidas por um governo provincial. Além disso, c) a Corte fornece aconselhamento em questões que lhes são remetidas pelo Governante em Conselho (*Governor in Council*) (CANADA, 2017a).

3.2 CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

O Canadá é um dos poucos exemplos de institucionalização do diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo a respeito da interpretação da Constituição. A tradição jurídica no país é oriunda do sistema de *Common Law* e, portanto, em consonância com o princípio da soberania do Parlamento, como ocorre no Reino Unido.

Anteriormente, o país contava com uma declaração de direitos datada de 1960,

denominada *Statutory bill of rights*, com estatura infraconstitucional, que, somado a um Judiciário habituado a conviver sob o regime de soberania do parlamento, tornava a *Statutory bill of rights* pouco efetiva (RAMOS; PINHEIRO, 2015, p. 18).

Já a atual *Canadian Charter of Rights and Freedoms* elevou os direitos fundamentais ao plano constitucional e o Poder Judiciário ao patamar dos demais poderes. Ou seja, passou-se a proteger direitos, ainda que tenha sido incluída a seção n. 1 conhecida como *limitation clause*, que deixa clara a possibilidade de restrição legislativa a esses direitos “*the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”. Como afirmam Paulo Roberto Barbosa Ramos e Análissa Barros Pinheiro (2015, p. 19), no mesmo documento, os canadenses elevaram a status constitucional os direitos fundamentais, como também realizaram previsão expressa da possibilidade de sua limitação pelo legislador, o que foi importante, já que levou a uma discussão mais nítida sobre as justificativas e os méritos das escolhas políticas, principalmente quando dizem respeito a restrições a direitos, as quais devem ser justificadas de forma rigorosa, corroborando também com a ideia de diálogo e de debate institucional.

Ressalta-se que a carta canadense entrou em vigor em 17 de abril de 1982, mas o seu item n. 15 teve seus efeitos três anos depois do restante da carta, em 17 de abril de 1985, para dar ao governo tempo de ajustar as suas leis e direitos de igualdade de tal seção. O item 16.1 foi adicionado em 1993, deixando claro que as comunidades falantes de inglês e francês do New Brunswick teriam iguais direitos, e que o Governo do New Brunswick deve assegurar e promover esses direitos.

Além disso, antes da carta de direitos entrar em vigor, outras leis canadenses protegeram alguns direitos e liberdades que agora estão inclusos na carta de direitos, como, por exemplo, a legislação promulgada pelo parlamento em 1960, que se aplica à legislação e políticas do governo federal e garante direitos e liberdades semelhantes aos encontrados na carta. De qualquer forma, esta legislação específica não é parte da Constituição do Canadá (GUIDE TO THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, 2019).

A *Canadian Charter of Rights and Freedoms* estabelece os direitos e liberdades que os canadenses acreditam serem necessários em uma sociedade livre e democrática, constituindo-se uma parte da Constituição canadense, a lei suprema do país. Todas as outras leis devem estar de acordo com ela, no entanto, as liberdades e direitos contidos na carta não são absolutos, eles podem ser limitados para proteger outras leis e importantes valores nacionais, tal como a liberdade de expressão, a qual é limitada por leis contra a propaganda de

ódio ou pornografia infantil, no sentido do que prevê a seção n. 1 da carta, ou seja, os direitos da carta podem ser limitados por lei, desde que os limites sejam razoáveis em uma sociedade livre e democrática.

Importa notar que qualquer pessoa no Canadá, seja cidadão canadense, residente permanente ou recém-chegado, terá os direitos e liberdades contidos na Carta, salvo exceções expressas, como o direito a voto contido no item 3 e o direito a “entrar permanecer e sair do Canadá”, previsto no item 6.

Ainda se destaca que a carta tem sido fonte de mudanças, progresso e afirmação dos valores da sociedade. Os tribunais canadenses proferiram centenas de decisões nas quais aplicam a carta para alinhar as leis canadenses aos princípios e valores da sociedade canadense, como o respeito aos direitos linguísticos, tendo em vista que a carta reforçou os direitos dos idiomas oficiais minoritários; aos direitos à igualdade, pois reconheceu a aplicação dos direitos de vários grupos minoritários e desfavorecidos; e, em matéria penal, esclareceu os poderes do Estado em relação aos direitos do acusado (GUIDE TO THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, 2019).

3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO À *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*

O Canadá possui tradição jurídica e política ligada à Inglaterra, e, assim, convivia com o princípio da supremacia do Parlamento. Todavia, por ocasião das discussões para a implementação de sua Carta de Direitos de 1982, acabou optando por fazer a previsão de um tipo de controle judicial de constitucionalidade que institucionaliza o diálogo. Cumpre salientar ainda as notas características da ordem jurídica daquele país: sistema do *Common Law*, somado a uma tradição de soberania do Parlamento de molde inglês, com recente introdução do *judicial review*, mitigado, porém, por uma cláusula que permite ao Parlamento a manutenção de legislação em vigor, ainda que contra decisão judicial expressa em sentido contrário (cláusula *notwithstanding*) (VICTOR, 2015, p.187).

No mesmo sentido, Ramos e Pinheiro (2015, p. 18) também afirmam que o Canadá buscou uma construção própria para o seu controle de constitucionalidade, tendo em vista o receio de um controle que concebesse a supremacia judicial e a preocupação com a dificuldade contramajoritária. Desse modo, não se espelharam no modelo norte-americano de *judicial*

review, o que poderia ter sido uma via natural diante da proximidade dos dois países. Dessa forma, foi criado um modelo que pudesse evitar um monólogo judicial sobre a Constituição, nos moldes norte-americanos, e proporcionava o diálogo entre a corte e o parlamento, com a possibilidade de superação da decisão judicial por parte do Legislativo.

Jorge Roa Roa (2019, p. 476) destaca que o modelo de controle de constitucionalidade canadense é o mais forte dentre os modelos fracos de controle da constitucionalidade. Isso porque é o único dos três que estabelece um sistema de garantia judicial por meio da jurisdição dos tribunais a desconsiderar leis contrárias aos direitos estabelecidos na própria Carta de direitos. Comparado a mandatos interpretativos e declarações de incompatibilidade²³, esse poder dos tribunais induz o modelo canadense a ser colocado dentro dos fortes sistemas de controle de constitucionalidade²⁴.

Esse novo sistema de controle judicial de constitucionalidade, sobretudo em virtude da adoção da chamada cláusula *notwithstanding*, foi considerado por Hogg e Bushell (2014) como caracterizador de um modelo dialógico de *judicial review*, em razão de a referida cláusula permitir essa resposta legislativa à decisão da Suprema Corte. Para os autores, o novo modelo ajudaria a dissolver a dificuldade contramajoritária. Isto é, diante dessas objeções aos papéis das Cortes, em especial da Suprema Corte como detentora da última palavra sobre o significado da Constituição, surge, com naturalidade, a ideia de diálogo institucional.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos também ressalta que o desenvolvimento do ativismo judicial no Canadá está relacionado, principalmente, às destacadas transformações institucionais operadas pela *Canadian Charter of Rights and Freedom*, a “Charter”, de 1982, que é uma Carta de direitos dotada de status constitucional e de forte proteção judicial. Com a Carta anterior de 1960, a Suprema Corte do Canadá pouco se ocupava de questões constitucionais e exerceu a *judicial review* em uma única oportunidade. Mas, com o novo modelo, a Corte passou a ter especial interesse pelas questões constitucionais e na interpretação das leis de ampla aplicabilidade. Desse modo, a Corte afastou leis que restringiram o aborto, permitiram a discriminação por orientação sexual, limitaram a condição de cônjuges a casais

²³ Como no sistema neozelandês, verificar capítulo quarto.

²⁴ Observa-se que ainda há posição minoritária que considera o modelo canadense como forte. Para Waldron, a principal cláusula caracterizadora do diálogo no Canadá (do artigo 33 da carta de direitos) não trata de maneira isonômica o Judiciário e o Legislativo quanto à interpretação da Constituição. Para ele, a carta autoriza o parlamento conceder à lei declarada inconstitucional pelo Judiciário uma sobrevida, o que difere da concessão ao parlamento de interpretar a Constituição em pé de igualdade com a corte. Além disso, para o autor, o fato de que a cláusula é raramente invocada pelo legislativo também contribui para incluir o controle judicial de constitucionalidade canadense no rol das formas fortes de *judicial review* (WALDRON, 2010, p. 102).

heterossexuais, reduziram o acesso ao seguro-saúde, violaram direitos eleitorais de prisioneiros, por exemplo (CAMPOS, 2014, p. 137-138).

Além da nova Carta, outros fatores contribuíram para a expansão do ativismo judicial da Suprema Corte canadense, como a disposição dos diferentes atores políticos em transferir para a Suprema Corte a autoridade decisória sobre questões fundamentais; assim como as mudanças legislativas que ampliaram a discricionariedade da Corte na determinação de sua agenda; a estrutura do *judicial review* que mistura o controle difuso e concreto com o controle abstrato na Suprema Corte; e a própria jurisprudência, a qual ampliou o campo de legitimados e de terceiros intervenientes que lhe podem deduzir pretensões (CAMPOS, 2014, p. 138-139).

Sobre este ativismo judicial no Canadá, destacam-se os mecanismos de legitimação das decisões da Corte:

(...) os canadenses, diferentes dos norte-americanos, não devem temer o ativismo judicial ou a supremacia judicial haja vista a estrutura da Charter permitir que mesmo as decisões mais ativistas sejam revistas em meio a um **diálogo democrático** entre cortes e poderes políticos – **mecanismos institucionais da Charter** fazem com que a Suprema Corte não tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, sendo suas decisões, na realidade, uma etapa importante, mas não a única nem mesmo a definitiva, do processo de interpretação constitucional e infraconstitucional que envolve reações e respostas pelos poderes Executivo e Legislativo e pela própria sociedade. (CAMPOS, 2014, p. 139, grifo do autor)

Ou seja, no Canadá, existe a possibilidade de uma interpretação mais dialógica no controle de constitucionalidade. Os referidos diálogos ocorrem com fundamento em alguns dispositivos da Carta de Direitos Canadense, especialmente o item 33, conforme se verifica adiante.

3.4 A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*

De acordo com Hogg e Bushell (2014, p. 23), os diálogos acima destacados ocorrem com fundamento em quatro aspectos da Carta de Direitos Canadense: a) o item 33, que contém o poder de invalidação legislativa; b) o item 1, que menciona os “limites razoáveis” sobre os direitos garantidos pela carta; c) os direitos qualificados nos itens 7, 8, 9 e 12, que permitem ações dentro dos padrões de imparcialidade e razoabilidade, d) a garantia de direitos de igualdade do item 15.1, que pode ser cumprido por meio de uma variedade de medidas

corretivas. Cada uma dessas disposições concede ao Legislativo espaço para avançar nos seus objetivos, ao mesmo tempo em que respeita os mandamentos da carta que os tribunais expressam.

Quanto aos direitos qualificados, destacam-se os direitos garantidos no artigo 7º da Carta, como o direito à vida, à liberdade e a seguridade. Já o artigo 8º garante o direito de estar protegido contra prisões abusivas, o 9º de não ser detido ou encarcerado arbitrariamente e o 12º contra o castigo cruel e não usual. No que diz respeito a tais direitos, há certa ausência de exatidão na jurisprudência se estão ou não submetidos ao artigo 1º da Carta de direitos, que se passa a analisar a seguir, sendo que a opinião dominante diz que sim. Inclusive, se não fosse aplicável, de todo modo, seus próprios termos admitem a possibilidade de ação legislativa corretiva depois de que uma decisão judicial tenha anulado uma lei por violação a um dos direitos (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 29).

No tocante aos direitos de igualdade, o artigo 15.1 proíbe leis que discriminam com base em nove motivos – raça, origem étnico ou nacional, escolha religiosa, sexo, idade e deficiência física ou mental – ou, ainda, as que o façam com fundamento análogo a algum desses numerados. Desse modo, com fundamento nesse dispositivo, uma decisão judicial obriga o Legislador a integrar a pessoa ao grupo do qual foi excluído. Mas há várias maneiras de se cumprir tal dispositivo que permitem aos corpos legislativos competentes estabelecer suas próprias prioridades. Assim, a solução mais óbvia é estender o benefício da lei menos inclusiva ao grupo excluído. Exemplo disso foi quando a Corte de apelação da Nova Escócia sustentou que uma lei que estendia os benefícios familiares às mães solteiras, mas não aos pais solteiros, era inconstitucional, assim, os benefícios familiares dessa província foram imediatamente modificados para garantir a igualdade para ambos os sexos. O Legislador de Nova Escócia considerou o benefício de tal importância que entendeu, então, pela extensão ao invés da eliminação (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 32).

Sobre o assunto, assim destacam Hogg e Bushell (2014, p. 33):

No entanto, remover (ou reduzir) um benefício estatal é outra opção aberta ao Legislativo quando uma lei é considerada menos inclusiva. Afinal, não é sobre o direito do demandante a um cheque do governo, mas um direito à igualdade, ratificado pelo Tribunal.

Mas, é claro, eles geralmente optam por estender leis menos inclusivas em vez de eliminá-las por completo. No entanto, isso reflete uma decisão política do órgão legislativo competente. Se o objetivo da legislação é de importância substancial, este fato, muitas vezes, justifica o custo adicional ou encargos administrativos (se houver) necessários para eliminar a discriminação. Às vezes, o Legislativo pode optar por fornecer benefícios um pouco reduzidos para todos aqueles que têm o direito de serem incluídos. O art. 15.1 abre espaço para diferentes escolhas legislativas dessa espécie, para que os órgãos eleitos democraticamente permaneçam responsáveis por

estabelecer suas próprias prioridades orçamentárias, embora de uma maneira que não discrimine grupos desfavorecidos. Portanto, decisões baseadas no art. 15.1 deixam a porta aberta para o diálogo entre os tribunais e os legisladores.²⁵ (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 33)

Além dos direitos qualificados e de igualdade, que podem gerar alguma espécie de diálogo, passa-se a analisar a seção 1 e a 33, nas quais a possibilidade de diálogo se torna mais evidente.

Assim dispõe a Seção n. 1 da carta de direitos canadense: “a carta de direitos e liberdades garante os direitos e liberdade nele estabelecidos, sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos por lei que possam ser comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática”²⁶, constituindo-se em grande veículo regulador dos intercâmbios que ocorrem entre Legisladores e Judiciário.

É por meio dessa seção que o legislador e a Suprema Corte podem entrar em diálogo sobre quais medidas razoáveis as leis podem adotar para restringir direitos da *Charter*.

De acordo com Hogg e Bushell (2014, p. 25-26), em princípio, todo os direitos garantidos, ainda que formulados em termos incondicionais, podem ser limitados por uma lei que cumpra com os seguintes padrões judiciais: a) a lei deve perseguir um objetivo importante; b) a lei deve estar racionalmente conectada com o objetivo; c) a lei deve afetar o objetivo não mais do que o necessário para alcançá-lo; d) a lei não deve ter um efeito desproporcional severo em relação às pessoas que se aplica.

A experiência, no que diz respeito ao artigo primeiro, indica que quase todas as leis cumprem o que restou numerado em 1,2 e 4. A disputa quase sempre está concentrada no item 3, ou seja, na exigência de um mínimo impedimento ou do meio menos restritivo. Assim, segundo os autores (2014, p. 26), quando uma lei é anulada por infração à carta de direitos quase sempre significa que não persegue seus objetivos por um meio que menos restrinja um

²⁵ No idioma original: “*Sin embargo, quitar (o reducir) un beneficio estatal es otra opción que está abierta a una Legislatura cuando una ley ha sido considerada menos inclusiva. Después de todo, no se trata del derecho del demandante a un cheque del gobierno, sino de un derecho a la igualdad, que la Corte ha ratificado. Pero, como es lógico, suelen optar por extender leyes menos inclusivas en lugar de eliminarlas por completo. Sin embargo, esto refleja una decisión política por parte del órgano legislativo competente. Si el objetivo de la legislación es de importancia sustancial, este hecho a menudo va a justificar el gasto adicional o la carga administrativa (si la hay) que se necesita para eliminar la discriminación. A veces, la Legislatura puede, en cambio, optar por proporcionar beneficios un tanto reducidos a todos aquellos que tienen derecho a ser incluidos. El art. 15.1 da margen para diferentes elecciones legislativas de este tipo, de modo que los órganos democráticamente elegidos en última instancia siguen siendo los responsables de establecer sus propias prioridades presupuestarias, aunque de una manera que no discrimine a los grupos desaventajados. Por lo tanto, las decisiones basadas en el art. 15.1 dejan la puerta abierta para el diálogo entre los tribunales y los legisladores.*”

²⁶ No idioma original: “*1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.*”

direito da Carta. Até porque, se houvesse realizado de tal forma, a violação estaria justificada com fundamento no artigo 1º. Segundo os autores (2014, p. 26-27):

Quando uma lei que afeta um direito da Carta não satisfaz a justificação do padrão 3, é claro, ela é anulada. No entanto, o tribunal de revisão explicará por que o padrão do art. 1º não foi atendido, o que significa indicar a lei alternativa menos restritiva que a satisfaria. Essa lei alternativa está disponível para o organismo promotor e, em geral, será ratificada. Mesmo que o tribunal tenha um entendimento ruim dos aspectos práticos de um campo específico de regulamentação, de modo que a alternativa do tribunal não seja realmente viável, os legisladores muitas vezes podem conceber uma alternativa menos restritiva que seja viável. Com exposições adequadas na legislação e, se necessário, com evidências suficientes disponíveis para apoiar a escolha legislativa, geralmente pode-se ter certeza de que uma "segunda tentativa elaborada diligentemente será ratificada contra qualquer desafio futuro da Carta.

Mais uma vez, o caso "Ford" pode ser um exemplo, no qual a Suprema Corte do Canadá declarou que a proteção da língua francesa era um objetivo suficientemente importante para justificar um limite à liberdade de expressão. No entanto, ele argumentou que a proibição absoluta do uso de outras línguas em sinais comerciais afetava mais do que o necessário os direitos das pessoas que falam para cumprir esse objetivo. Ele então apontou que uma exigência de que o francês fosse usado, mesmo que o francês fosse predominante, cumpriria o objetivo por meio de um meio menos restritivo de liberdade de expressão. Como dissemos antes, inicialmente o governo de Quebec não estava preparado para seguir o caminho menos restritivo e usar artigo 33 para proteger a nova promulgação da proibição absoluta. No entanto, cinco anos depois, após o término da cláusula "no obstante", a recomendação do Tribunal foi seguida. A lei de 1993 nunca foi contestada e, se fosse, seria apoiada pelo art. 1º²⁷. (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 26-27)

Outros casos de liberdade de expressão proporcionam exemplos similares. Em "Rocket c. Royal College of Dental Surgeons of Ontario", a Suprema Corte anulou uma proibição de Ontário sobre publicidade comercial de dentistas, deixando claro na decisão que *“las restricciones a la publicidad por parte de profesionales serían sostenidas si fueran más acotadas y dirigidas al mantenimiento de estándares profesionales y a la presentación de*

²⁷ No idioma original: *“Cuando una ley que afecta un derecho de la Carta no logra satisfacer la justificación del estándar 3, por supuesto, es anulada. Sin embargo, el tribunal de revisión explicará por qué no se cumplió con el estándar del art. 1º, lo que supone indicar la ley alternativa menos restrictiva que lo habría satisfecho. Esa ley alternativa está disponible para el cuerpo promulgador y en general será ratificada. Incluso si el tribunal tiene una comprensión deficiente de los aspectos prácticos del campo particular de regulación, de manera que la alternativa del tribunal no sea en realidad factible, a menudo los legisladores podrán idear una alternativa menos restrictiva que sea viable. Con adecuadas exposiciones en la legislación y, de ser necesario, con suficiente evidencia disponible para apoyar la elección legislativa, por lo general uno puede estar seguro de que un "segundo intento diligentemente redactado será ratificado contra cualquier desafío futuro de la Carta. Una vez más, puede servir de ejemplo el caso "Ford", en el cual la Corte Suprema de Canadá declaró que la protección del idioma francés era un propósito lo suficientemente importante como para justificar un límite a libertad de expresión. Sin embargo, sostuvo que la prohibición absoluta del uso de otros idiomas en carteles comerciales afectaba los derechos de las personas que hablan inglés más de lo necesario para cumplir el propósito. Señaló entonces que un requisito de que el francés fuera usado, incluso el de que el francés fuera predominante, cumpliría el propósito a través de un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Como dijimos antes, inicialmente el gobierno de Quebec no estaba preparado para tomar la vía menos restrictiva y utilizó el art. 33 para proteger la nueva promulgación de la prohibición absoluta. Sin embargo, cinco años después, luego del vencimiento de la cláusula "no obstante", siguió la recomendación de la Corte. La ley de 1993 nunca fue desafiada y, si lo fuera, sería respaldada bajo el art. 1º.”*

información precisa al público". Como resposta à decisão, publicou-se novas legislações sobre publicidade odontológica (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 27).

Em "RJR-MacDonald Inc. c. Canada (A.G.)", a Corte anulou uma lei federal que proibia a publicidade de produtos derivados de tabaco; e, no seu debate sobre o padrão médio de seu meio menos restritivo, esclareceu que se deveria ter restrições limitadas à publicidade sobre estilos de vida ou publicidade dirigida às crianças. Dois anos depois, o Parlamento promulgou uma nova lei sobre o tabaco que proíbe a publicidade sobre estilos de vida e limita a publicidade para meios dirigidos a adultos, mas que os produtores deveriam utilizar publicidade informacional para tais adultos (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 28).

Em resumo, como aponta Jairo Lima (2014, p. 11-12), a seção I da Carta canadense também é um mecanismo facilitador do diálogo institucional, ao estabelecer que os direitos previstos naquele texto estão sujeitos aos limites razoáveis prescritos em lei e justificados em uma sociedade livre e democrática. A dinâmica envolve um trabalho conjunto entre Corte e Parlamentos, sendo que, após verificar os parâmetros acima mencionados, a Corte pode entender que o objetivo da lei invalidada não seguiu o meio menos restritivo, ou seja, o limite razoável do disposto na seção I, em razão disso, deixa espaço para o legislador responder com a utilização de um instrumento de menor prejuízo.

Portanto, diante da cláusula n. 1 e da cláusula n. 33 (que será tratada na sequência), o processo democrático é influenciado pela Corte, mas não é por ela simplesmente anulado. Ou seja, existe diálogo marcado pelas respostas legislativas às decisões da Corte, o que caracteriza uma forma mais fraca de *judicial review* em relação aos Estados Unidos e, sob o ponto de vista normativo, minimiza o discurso de ilegitimidade democrática do ativismo judicial em torno da Carta de direitos canadense. "Em um primeiro momento, podemos ter decisões ativistas, em um segundo, respostas legislativas a essas decisões de forma que o processo legislativo resulte de uma dinâmica institucional bilateral, dialógica e não unilateral". – g. n (CAMPOS, 2014, p. 142-143).²⁸

No que diz respeito à seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* há que se destacar o seu desenho criativo em torno do controle de constitucionalidade:

33. (1) O Parlamento ou o legislador de uma província pode declarar expressamente em um Ato do Parlamento ou do legislador, conforme o caso, que o Ato ou uma cláusula da mesma funcionará independentemente da cláusula incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.

²⁸ Nesse sentido, verificar: Allan J. Stitt. *Mediating commercial disputes*, Ontario: Canada Law Book, 2003.

- (2) Uma lei ou disposição de uma lei em relação à qual uma declaração feita de acordo com esta seção esteja em vigor deverá ter as operações que teria, mas para a previsão desta Carta mencionada na declaração.
- (3) Uma declaração feita sob a subseção (1) deixará de produzir efeito cinco anos após sua entrada em vigor ou em data anterior, conforme especificado na declaração.
- (4) O Parlamento ou o legislador de uma província pode prorrogar uma declaração feita sob a subseção (1).
- (5) A subseção (3) se aplica a uma encenação feita sob a subseção (4).²⁹

A cláusula 33 é denominada de cláusula “não obstante” (*notwithstanding clause* ou *override clause*) e permite a superação legislativa da decisão da Suprema Corte do Canadá através da reedição da lei declarada inconstitucional, compreendendo matérias concernentes a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade). Nesse caso, evita-se a supremacia judicial, pois o Parlamento possui a prerrogativa de tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) anos, com a possibilidade de prorrogação pelas legislaturas seguintes.

Ou seja, por meio dessa cláusula, o Parlamento está autorizado a editar uma lei e expressamente prever que ela produzirá seus efeitos, ainda que seja incompatível com as disposições que protegem as liberdades fundamentais. Assim, como afirma Jairo Lima (2014, p. 10), possibilita que as maiorias legislativas ordinárias substituam a interpretação judicial da Constituição num prazo relativamente curto, sem a necessidade de se fazê-lo por meio de Emendas Constitucionais que exigem quórum qualificado na maioria das vezes. O autor afirma que a origem da seção 33 da Carta Canadense está associada à tarefa de evitar o modelo de supremacia judicial do controle de constitucionalidade norte-americano e manter o compromisso com a supremacia parlamentar num contexto de rearranjo constitucional do Canadá como uma nação multicultural e não dividida em razão dos persistentes conflitos com Quebec (LIMA, 2014, p. 11).

No entanto, a utilização deste instrumento também envolve um contexto político importante, tendo em vista que se desenvolveu um clima de resistência ao uso desse mecanismo e que somente na província de Quebec a prática tornou-se politicamente aceitável, como no caso *Ford v. Quebec* (1988), no qual a Suprema Corte do Canadá derrubou uma lei de Quebec

²⁹ No idioma original: “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).”

que bania o uso de outras línguas, além do francês, nos letreiros comerciais. Após essa decisão, a província editou uma nova lei repetindo o conteúdo de proibição de uso de qualquer língua que não fosse a francesa em todos os outdoors e protegeu essa legislação por meio da referida cláusula (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 24 - 25).

Nas palavras de Hogg e Bushell (2014, p. 25), também existe uma restrição na utilização do mecanismo em relação ao prazo de cinco anos previsto no parágrafo terceiro do dispositivo, em razão das eleições que ocorrem nesse período:

Una restricción al uso del art. 33 es que, en virtud del párr. 3º, el efecto de una cláusula "no obstante" expira al término de cinco años y tiene que volver a ser promulgada para que continúe vigente, lo cual exige una revisión periódica del uso de ese artículo. El período de cinco años siempre incluye una elección que, a menudo, producirá un cambio de gobierno. La ley del idioma de los carteles de Quebec, con su cláusula "no obstante", fue promulgada en 1988 a fin de que el efecto de la cláusula expirara en 1993. Para ese entonces, a pesar de que no había habido un cambio de partido en la provincia (todavía estaba el gobierno liberal del primer ministro Robert Bourassa), las pasiones que soportaban las políticas draconianas del idioma francés de Quebec se calmaron lo suficiente como para que el gobierno se sintiera capaz de abandonar la cláusula. En 1993, la Asamblea Nacional de Quebec promulgó una nueva ley que permitía el uso de otros idiomas en todos los carteles exteriores, siempre que se usara también el francés y que fuera "predominante". La nueva ley de 1993 no contenía una cláusula notwithstanding.

Nesse sentido, também importa destacar que a aplicação da cláusula em questão pode gerar visibilidade para a discussão política, pois, em um regime de proteção de direitos, a aplicação da cláusula é um evento que merece grande atenção pública. Para Tsvi Kahana, (2001, p. 278), se a cláusula não obstante é usada em resposta à decisão da Suprema Corte, há uma grande chance de ser vista como excepcional e produto de uma excepcional discussão pública. Ainda se destaca que a sua aplicação pode ter um efeito extremamente positivo ao ocasionar uma abertura para a *accountability*.

Desse modo, é de extrema importância a observação realizada por Jairo Lima (2014, p. 11), no sentido de que para a deliberação pública seja estimulada, o mecanismo da Seção 33 deve ser usado apenas como resposta do Legislativo à decisão da Corte e não na forma de bloqueio antecipado ao controle de constitucionalidade, ainda que a referida disposição não proíba a edição de uma lei já protegida pela cláusula. Assim, o autor (2014, p. 11) destaca que se tem que a espera pela decisão da Suprema Corte coloca a questão na pauta da agenda política por um período razoável de tempo, o qual possibilita a criação de pluralidade de vozes e oportunidade para gradual discussão. Nas palavras do autor (2014, p. 11):

A previsão da Seção 33 da Carta Canadense oportuniza que a interpretação judicial em torno da Constituição não seja exclusiva, pois o Legislativo pode realizar uma interpretação constitucional diversa da Corte e, para que não seja alegada uma possível inconstitucionalidade em razão do entendimento judicial diverso, faz-se o uso da cláusula não obstante.

Verifica-se, portanto, a ausência de subordinação hierárquica entre os poderes e a abertura para um diálogo entre as instituições, nos termos expostos no capítulo anterior, no sentido de que o diálogo é a possibilidade de que uma decisão judicial derrubando uma lei em face da Constituição possa ser seguida por alguma ação pelo corpo legislativo competente. Ilustrar é fundamental para a compreensão da dimensão prática.

3.5 EXPRESSÃO DOS DIÁLOGOS CANADENSES NA PRÁTICA

3.5.1 O reconhecimento das uniões homoafetivas no Canadá e o artigo 53 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

A teoria dos diálogos, por vezes, não encontra reflexos diretos na jurisprudência canadense. No entanto, há alguns casos nos quais os diálogos ocorreram, os quais são apontados pela doutrina e merecem maior aprofundamento como forma a dar corpo à concepção ora apresentada.

Um deles tem especial destaque: o reconhecimento das uniões homoafetivas no Canadá e a utilização de um diálogo anterior à elaboração da legislação com fundamento no artigo 53 do *Supreme Court Act*, o qual obriga a corte a se pronunciar sobre toda questão de direito ou de fato que lhe for submetida pelo governo federal, para que o legislador saiba previamente a posição da Corte em questões que envolvam matéria constitucional^{30 31}.

³⁰ O item 1 do dispositivo em questão possui a seguinte redação: “*The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning (a) the interpretation of the Constitution Acts; (b) the constitutionality or interpretation of any federal or provincial legislation; (c) the appellate jurisdiction respecting educational matters, by the Constitution Act, 1867, or by any other Act or law vested in the Governor in Council; or (d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised*”. (SUPREME COURT ACT)

³¹ No entanto, como destaca Claudia Maria Barbosa (2002, p. 132-133), apesar desta disposição legal, a corte já decidiu que sua resposta é necessária (e obrigatória) apenas quando não se tratar de uma questão de natureza meramente política e não jurídica.

O reconhecimento das uniões homoafetivas foi objeto de discussões no Canadá no ano de 2004, quando o governo enviou uma proposta de lei envolvendo o direito de casais homoafetivos a celebrarem o casamento para a Suprema Corte. Tal proposta contava com dois principais pontos: a) o casamento civil seria a união de duas pessoas, com a exclusão de todas as outras; e b) nada na lei afetaria a liberdade de religiosos de se recusarem a celebrar casamentos que não estão de acordo com sua crença religiosa (CANADA, 2004, p. 699).

A corte atendeu ao pedido feito pelo governo e elaborou um parecer respondendo quatro questões: a) se a autoridade exclusiva para legislar sobre o casamento homoafetivo seria do parlamento; b) se a ampliação da capacidade de casamento para pessoas do mesmo sexo era harmônica com a carta de direitos; c) se a liberdade religiosa garantida pela carta de direitos protege os religiosos de serem obrigados a realizar um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo; e d) se o requisito do código civil de que houvesse um sexo oposto seria consistente com a carta de direitos (CANADA, 2004, p. 699).

A respeito da primeira questão, a resposta foi afirmativa, no sentido de que sim, é competência exclusiva do parlamento legislar sobre a união civil, pois o primeiro ponto da proposta de lei refere-se à capacidade legal para o casamento civil (CANADA, 2004, p. 709). Em relação à segunda questão, a corte respondeu que sim, a Carta de Direitos do Canadá é harmônica, e, portanto, constitucional o casamento de pessoas do mesmo sexo (CANADA, 2004, p. 728).

Já em relação à liberdade de religiosos a se negarem a realizar o casamento homoafetivo em razão de suas crenças religiosas, a corte também afirmou ser possível essa negativa, uma vez que a carta de direitos também a garante a liberdade religiosa, sendo consequentemente constitucional o disposto no segundo ponto da lei proposta (CANADA, 2004, p. 728).

E por fim, o Tribunal exerceu o poder de não responder ao quarto questionamento, pois, segundo a argumentação exposta no parecer, caso o tribunal respondesse à pergunta, estaria correndo o risco de minar a uniformidade da lei proposta, uma vez que a uniformidade seria mantida apenas se a resposta ao quarto questionamento fosse não, ou seja, declarando inconstitucional o disposto no código civil (CANADA, 2004, p. 727).

3.5.2 Casos julgados pela Suprema Corte do Canadá em 2019

No ano de 2019, a Suprema Corte do Canadá julgou setenta casos, que estão disponíveis no seu site na rede mundial de computadores, conforme tabela com resumos de todos os casos constante no Apêndice n. 1. Desses setenta casos julgados, apenas 10 versam sobre direito constitucional e mencionam a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

São eles:

a) *Canada (Attorney General) v. British Columbia Investment Management Corp.* (2019SCC 63): julgado em 13.12.2019. O caso versa sobre a questão da imunidade tributária constitucional da Corporação da Coroa provincial, no que diz respeito ao tributo relacionado ao consumo. O caso não trata da carta de direitos canadense, que possui *status* constitucional, mas do artigo 125 do *Constitutional Act*.

b) *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.* (2019SCC 58): julgado em 28.11.2019, o teor trata de questão de competência, especificamente de cláusula de eleição de foro de contrato firmado pela Companhia de navegação e fornecedor de peças e motores marítimos, tendo em vista os danos causados ao motor de navio em razão defeitos nas peças. A decisão também não abordou a carta de direitos especificamente, mas o *Constitution Act, 1867*, especificamente os artigos 91(10) e 92(13).

c) *R. v. K.J.M.* (2019SCC 55), julgado em 15.11.2019, trata da carta de direitos canadense, especialmente da seção n. 11 (b) sobre o direito a qualidade e celeridade processuais, tendo em vista o atraso de quase 19 meses entre as acusações e o final do julgamento do jovem acusado.

d) *R. v. Poulin* (2019SCC 47), julgado em 11.10.2019, também trata da seção n. 11 da carta de direitos, com pedido do réu condenado por crimes sexuais históricos para se beneficiar apenas da punição aplicável no momento da ofensa.

e) *R. v. Stillman* (2019 SCC 40), julgado em 26.07.2019, versa sobre direitos do réu constante na seção 11 da carta de direitos, com pedido para julgamento por júri no caso de crime que envolve exceção militar.

f) *R. v. Le* (2019 SCC 34), julgado em 31.05.2019, discute as seções 9 e 24 da carta de direitos, no que diz respeito a prisão arbitrária e direitos do réu.

g) *R. v. Mills* (2019 SCC 22), julgado em 18.04.2019, menciona direitos do réu constantes na carta de direito canadense e discute a utilização de técnica de investigação sem autorização judicial, tendo em vista que a polícia usou software de captura de tela para criar registro das comunicações *on-line* com acusado de “atração” infantil.

h) R. v. Morrison, (2019 SCC 15), julgado em 15.03.2019, também trata de “atração” infantil e versa sobre direitos do réu constantes na seção 11 da carta, porém, especificamente sobre presunção de inocência.

i) Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd., (2019 SCC 5), julgado em 31.01.2019, trata das responsabilidades do administrador de falências de empresa de petróleo e gás em relação aos passivos ambientais. Apesar de tratar de questões soberania federal e ter sido classificado como caso de direito constitucional, não menciona a carta de direitos especificamente.

j) Frank v. Canada (Attorney General) (2019 SCC 1), julgado em 11.01.2019, menciona a seção 1 e 3 da carta de direitos e trata da Lei de Eleições do Canadá que nega aos cidadãos canadenses residentes no exterior por cinco anos consecutivos ou mais o direito de votar nas eleições federais.

No ano de 2019, portanto, não se encontra nenhuma aplicação da seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms Charter*, mas apenas a invocação de alguns direitos mencionados na carta.

Importa notar que somente no caso Frank v. Canada (Attorney General) (2019 SCC 1), julgado em 11.01.2019, citou-se um precedente no qual a cláusula 33 havia sido invocada, assim como a corte teve uma postura deferente ao Legislativo, nos seguintes termos:

(...) Não obstante a cláusula 33 não deve, em nossa opinião respeitosa, ser concedida licença judicial para derrubar legislação com base em desacordo com os objetivos políticos do Parlamento ao legislar sobre o exercício do direito de voto. Pelo contrário, deve incentivar a contenção judicial ao considerar esses objetivos, sabendo que uma constatação de invalidez constitucional impediria absolutamente o Parlamento de persegui-los. Três considerações sustentam a opinião de que o Parlamento está autorizado, dentro de certos limites, a moldar o escopo dos direitos de voto sob s. 1³². (tradução nossa)

Desse modo, a Suprema Corte canadense não proveu o apelo, considerando que a restrição de voto para as pessoas que estão fora do Canadá durante cinco anos é razoável para

³² No idioma original: “*The majority’s approach leaves no room for a meaningful limitations analysis by reasoning that “the Charter tethers voting rights to citizenship, and citizenship alone” (para. 29). This Court did not go so far in Sauvé #2 as to state the s. 3 right in such absolutist terms; indeed, the very indication that the s. 3 right to vote “cannot lightly be cast aside” and is subject to a “stringent justification standard” confirms that this right can be justifiably limited (Sauvé #2, at para. 14). Further, the majority’s point that s. 3 cannot be overridden by s. 33’s notwithstanding clause should not, in our respectful view, be taken as conferring judicial license to strike down legislation on the basis of disagreement with Parliament’s policy objectives in legislating on the exercise of the right to vote. Rather, it should encourage judicial restraint in considering those objectives, knowing that a finding of constitutional invalidity would absolutely foreclose Parliament from pursuing them. Three considerations support the view that Parliament is permitted, within limits, to shape the scope of voting rights under s. 1.*”

os termos da seção 3 da carta e “comprovadamente justificável em uma sociedade livre e democrática”. Na decisão, também se ressaltou que negar a alguns cidadãos o direito de votar não é substancial, mas é moderado pelo fato de que a restrição é reversível e não permanente, sendo que qualquer canadense pode imediatamente reter o direito de votar ao restabelecer a residência no Canadá.

3.5.3 Obstáculos à prática do diálogo institucional no Canadá

Evidencia-se algumas barreiras para o diálogo institucional, as quais são apontadas por Hogg e Bushell (2014), sendo três as situações que o excluem: a) o art. 1º da Carta não é aplicável; b) o juiz declara que o objetivo da legislação impugnada é inconstitucional; c) as forças políticas façam ser impossível que o legislador dê uma resposta à decisão constitucional do juiz.

Na primeira hipótese, aponta-se o caso "Quebec School Boards", sendo que a decisão da Corte no sentido de que o artigo 1º não se aplicava se baseava em afirmação de que a lei de Quebec era uma “negação de” e não um “limite a um direito” da Carta. Os autores destacam que a Corte não havia se negado a considerar a possibilidade de justificação do artigo 1º em nenhum outro caso, apenas erroneamente nesse. Porém, "Quebec School Boards" é um exemplo de situação na qual não era possível que a decisão fosse superada pela Corte, tendo em vista que não cabia nem uma justificativa do artigo 1º, tampouco uma invalidação do artigo 33. Assim, Quebec foi obrigada a abandonar seu objetivo legislativo original e a cumprir as diretivas da Corte (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 35).

Na segunda hipótese, quando o objetivo da lei é inconstitucional, ressalta-se que, mesmo quando um tribunal estiver disposto a argumentar nos termos do artigo 1º, a decisão de revogar uma lei por violação da Carta será praticamente impossível de ser superada se o Tribunal determinar que a lei não passa no primeiro teste de justificação do referido artigo, ou seja, a exigência de um "motivo urgente e substantivo" que justifique a limitação de um direito da Carta. Na prática, os tribunais raramente declararam que uma lei não atinge esse limite inicial. No entanto, existem algumas exceções na jurisprudência, especialmente quando o objetivo da lei, e não seus efeitos, viola a Carta (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 35 - 36).

O primeiro exemplo é o caso "R. c. Big M Cart Ltd.", no qual a Corte revogou a lei federal do Dia do Senhor. Nesse caso, a Corte observou que o objetivo da lei era obrigar a

observância de um domingo cristão, o que se constituiria violação à liberdade religiosa prevista no artigo 2º da Carta. Assim, tendo em vista que a Corte sustentou que o objetivo principal da lei era contrário à Carta, não havia possibilidade de avançar no mesmo objetivo por intermédio de uma correção legislativa posterior. A Corte deu sua última palavra revogando a lei, que foi eliminada da posterior consolidação dos estatutos federais (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 36).

Outro exemplo mais recente de legislação que não inclui ou limita "razões urgentes e substantivas" é o caso "Somerville v. Canadá (AG)", em que o Tribunal de Apelações de Alberta declara, por unanimidade, que as disposições contidas na Lei Eleitoral do Canadá - a qual limita as eleições de terceiros e estabelece censos de propaganda não inicial e não final de campanhas nacionais -, era inconstitucional por violar os artigos 2.d (liberdade de expressão e de associação) e 3º (direção de votação) da Carta. Quanto aos gastos de terceiros, argumentou-se que esse objetivo da lei "visava principalmente à preservação de um sistema eleitoral que dá uma voz privilegiada aos partidos políticos e candidatos oficiais dentro desses partidos". A maioria dos juízes considerou os objetivos que fundamentam as disposições de censura ilógicos e não meritórios. Ademais, a decisão da Câmara de Apelação de Alberta para ir mais além do feito de derrubar os gastos de terceiros e as disposições de censura, também parece excluir a possibilidade de promover os objetivos da legislação por meio de uma emenda às disposições. Hogg e Bushell ressaltam que "cuando una decisión judicial sostiene que una ley tiene *"objetivos objetables"*, la única manera de que el Parlamento o una Legislatura supere la decisión es mediante el uso de la invalidación legislativa del art. 33", mas, neste caso, não é possível, tendo em vista o objetivo inconstitucional (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 36 - 37).

Por fim, sobre a última hipótese, no sentido de que as forças políticas façam impossível que se dê uma resposta ao tribunal, destaca-se que ocorre quando a situação de fato é tão polêmica que parece excluir uma resposta legislativa à decisão judicial de derrogar uma lei por violar a Carta. Um exemplo foi o que aconteceu após a sentença proferida no caso "R. c. Morgentaler", no qual as restrições ao aborto do Código Penal foram derrogadas ao privar indevidamente as mulheres grávidas da liberdade de abortar, contrariamente ao artigo 7º da carta. Na decisão, mencionou-se que uma lei de aborto menos restritiva também poderia ser defendida. Em 1990, foi apresentado um projeto no Parlamento pelo qual poderia ter sido implementada uma lei de aborto menos restritiva, porém, foi impugnado em debate no Senado e, assim, o controvertido tema do aborto não voltou a ser revisado, nem em termos de uma nova lei, tampouco por meio da revogação formal da lei que foi declarada inconstitucional em 1988. Segundo Hogg e Bushell, "*aunque ni la Carta ni la Corte excluyeron una respuesta legislativa a la decisión en "Morgentaler"*, la cuestión del aborto es políticamente tan polémica que elude

el consenso democrático”, assim, a decisão da Corte de derrogar a antiga lei de aborto no Canadá segue sendo a última palavra no tema. (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 37 - 38)

Quando uma lei é derogada com fundamento na carta, as forças políticas e não as sentenças em si, são a razão da ausência de resposta de um órgão legislativo. A decisão em relação à carta introduz um tema difícil na arena pública, que, de outra maneira, haveria permanecido inativo e obriga o legislador a encarregar-se das velhas leis que provavelmente já haviam perdido grande parte do apoio de seu público original (HOGG; BUSHELL, 2014, p. 38).

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NEOZELANDESES

A ilustração feita, bem como embasamento teórico, permitem que a tese aqui proposta, de que os países de controle de constitucionalidade fraco são naturalmente dialógicos, se sustente, uma vez que esse controle considerado fraco potencializa o diálogo entre os poderes.

Fica evidente, também, que o modelo fraco favorece o diálogo, na medida em que refuta a ideia de que exista uma última palavra, condicionando-a a ser sempre provisória. Nesse modelo, além do Canadá, berço de constitucionalismo dialógico e considerado o mais forte dos países que são comumente classificados como detentores de um fraco controle de constitucionalidade, destaca-se, na outra ponta, a Nova Zelândia, o país que detém o controle mais fraco dentre os modelos fracos.

Uma breve história da Nova Zelândia permite que se construa o cenário de discussão judiciária. Cabe lembrar, por exemplo, que o país foi originalmente habitado pelo povo Maori, o primeiro a chegar na região, por meio de viagens em canoas desde Hawaiki. O holandês Abel Tasman, por sua vez, foi o primeiro europeu a avistar o país, mas foram os britânicos que acabaram tornando a Nova Zelândia parte de seu império. Em 1840, foi assinado o Tratado de Waitangi, um acordo entre a coroa britânica e os maoris, considerado como o documento fundador do país. O local onde o tratado foi assinado se chama *Waitangi Treaty Grounds* e atualmente é uma atração popular (NEW ZEALAND, 2017).

O Tratado de Waitangi rege as relações entre os Maori, ou seja, os povos indígenas da região (*tangata whenua*) e os demais, garantindo que os Maori tenham o direito de se organizar, proteger seu modo de vida e controlar os recursos que possuem, assim como exigindo que o governo aja de maneira razoável e de boa fé em relação a eles, sustentando que todos os neozelandeses são iguais perante a lei. Há que se destacar, inclusive, que a representação maori no Parlamento é garantida com assentos reservados e muitos são membros do Parlamento via eleições gerais. Também existe um Tribunal de Waitangi, o qual toma decisões legais nos casos em que terras maori e outros recursos foram tomados ilegal ou injustamente no passado (NEW ZEALAND, 2017).

Inclusive, a Nova Zelândia, como colônia inglesa, adotou diversas características do modelo jurídico inglês. Um dos seus mais importantes princípios é a supremacia do parlamento, sendo um dos poucos países do mundo que não adota uma constituição escrita e, assim, até pouco tempo atrás, não se vislumbrava a existência de um ambiente propício para o surgimento

de um controle de constitucionalidade. Além disso, o Parlamento sempre foi tido como a fonte última para a concretização dos direitos, devendo as cortes, portanto, “apenas seguir o que fora proposto por aquele poder, mesmo que para isso, ao fazê-lo, devesse passar por cima de princípios e regras advindos da *Common Law*”, que teriam sido desenvolvidos no âmbito do Judiciário (JOÃO, 2016, p. 45).

Nesse sentido, a Nova Zelândia é considerada um modelo de repúdio ao *judicial review* adotado nos Estados Unidos, seguindo a posição britânica. A situação se modificou quando o Parlamento, em 1990, aprovou a Carta de Direitos da Nova Zelândia - *New Zealand Bill of Rights Act* – NZBORA. Apesar de a Carta não possuir *status* normativo superior em relação às demais leis, pode-se dizer que há um controle de constitucionalidade, cujo objetivo é o de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais no país, segundo o seu preâmbulo, o que o aproximou dos tratados internacionais de direitos humanos.

Desse modo, no presente capítulo, para compreender tal controle de constitucionalidade, primeiramente, descreve-se o Judiciário neozelandês e como funciona o acesso à Corte, principalmente no tocante ao *leave* (permissão dada pela Corte) para julgamento de um recurso. Na sequência, é necessário entender a cultura de supremacia do Parlamento e as características da *New Zealand Bill of Rights Act*, que não é apenas uma lei como qualquer outra, tampouco pode ser considerada uma Constituição em sentido estrito, podendo ser reformada ou derogada pelo Parlamento do mesmo modo do que as demais leis, compreendendo como ocorre o controle de constitucionalidade, ainda que seja considerado “fraco”, em relação à tal carta de direitos. Além disso, também se trata da “declaração de inconsistência” e do *Human Rights Review Tribunal*, verificando as hipóteses nas quais prevalecem a palavra da Corte e não do Legislativo no que diz respeito à interpretação da carta de direitos.

Por fim, analisa-se alguns casos polêmicos, com foco no caso “Quilter”, que trata da união homoafetiva na Nova Zelândia, assim como todos os casos julgados no ano de 2019 pela Suprema Corte neozelandesa.

4.1 O JUDICIÁRIO NEOZELANDÊS E O ACESSO À SUPREMA CORTE

A maior parte dos neozelandeses que procura o Judiciário passa por todo o processo judicial na Corte distrital (*District Court*), a qual é a maior corte na Australásia. A cada ano,

165 juizes, em 58 tribunais, lidam com aproximadamente 200.000 casos nas áreas de direito criminal, família, juventude e civil (NEW ZEALAND, 201-b).

Já a Alta Corte (*High Court*) é a corte superior de jurisdição geral na Nova Zelândia e tem a responsabilidade principal de manutenção da legalidade por meio de sua jurisdição legal supervisória e administrativa. Além de lidar com os casos criminais e cíveis mais sérios, exercendo papel supervisório significativo, é jurisdição apelativa sobre as cortes inferiores. Inclusive, as suas decisões são vinculantes para todas as cortes inferiores até que, eventualmente, sejam anuladas pelo Tribunal de Recurso (*Court of Appeal*). A Alta Corte tem a responsabilidade particular de assegurar a legalidade da condução de todas as seções da comunidade, incluindo cortes e tribunais inferiores, a proteção dos direitos legais e imunidades, assim como assegura a legalidade de toda condução do setor público (NEW ZEALAND, 201-a).

A sua obrigação de supervisionar decorre da própria herança do *Common Law*, assim como do *Judicial Review Procedure Act 2016*. Cabe mencionar que o poder para supervisionar é central para a manutenção do direito por meio de um processo judicial. A Alta Corte, não tem poder, entretanto, para supervisionar o Parlamento, não podendo, por isso, invalidar os seus atos (NEW ZEALAND, 201-a).

Na estrutura do Judiciário neozelandês, também se destaca o Tribunal Recursal (*Court of Appeal*), o qual lida com recursos criminais e cíveis de casos tratados na Alta Corte e com casos criminais mais graves da Corte Distrital. Alguns recursos de casos da Alta Corte, de origem da Corte Distrital e de certos tribunais, podem ser interpostos para o Tribunal Recursal (*Court of Appeal*), se uma segunda apelação for justificada (NEW ZEALAND, 201-c).

Por fim, a Suprema Corte neozelandesa, cujo item 68 do *Senior Courts Act* prevê a possibilidade de recursos contra decisões da *Court of Appeal* em processos civis, a menos que exista na própria legislação previsão de que não há recurso cabível contra determinada decisão; ou, ainda, a decisão recorrida constitui-se em uma recusa em conceder permissão especial para recorrer ao Tribunal de Recurso. Já em relação aos recursos contra decisões da Alta Corte (*High Court*) em processos civis, de acordo com o item 69 do *Senior Courts Act*, os recursos são cabíveis, a menos que exista previsão legal no sentido de que não seja cabível recurso de determinada espécie de decisão; ou a decisão for uma recusa em conceder permissão especial para apelar ao Supremo Tribunal ou ao Tribunal de Recurso; ou, ainda, em sede de decisão interlocutória. Já em relação aos recursos contra decisões de outros tribunais em processos civis, de acordo com o item 70 do *Senior Courts Act*, a Suprema Corte pode determinar o processamento de um recurso, na medida em que exista legislação específica que prescreva a

possibilidade de recurso contra a decisão do Supremo Tribunal³³ (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 34).

Todavia, quando do caso dos recursos contra decisões em processos penais, o item 71 da *Senior Courts Act* (2016, p. 34), prevê que o Supremo Tribunal pode ouvir e determinar recursos autorizados por: a) Parte 6 da Lei de Processo Penal de 2011; ou (b) seção 10 ou 10A da Lei de Recursos Marciais da Corte de 1953.³⁴

De modo geral, também se observa que os recursos para a Suprema Corte podem ser julgados somente com o aceite da Corte, nos termos do item 73 do *Senior Courts Act* de 2016³⁵. Isto é, não deve ser dado seguimento ao recurso, a não ser que seja constatado o entendimento de que é necessário para os interesses da justiça, que a Corte o receba e o processe. (NEW ZEALAND, 201-e). Desse modo, na Nova Zelândia, a Suprema Corte pode ouvir e determinar o processamento de um recurso proposto nos casos previstos no *Senior Courts Act* de 2016³⁶, inclusive, o item 74 do *Senior Courts Act* de 2016 trata dos critérios para autorização de recurso, chamada de *leave*:

Critérios para autorização de recurso

- (1) O Supremo Tribunal não deve autorizar o recurso, a menos que esteja convencido de que é necessário, no interesse da justiça, que o tribunal ouça e determine a recurso.
- (2) É necessário, no interesse da justiça, que a Suprema Corte ouça e determinar uma apelação proposta se:

³³ “68 Appeals against decisions of Court of Appeal in civil proceedings

The Supreme Court may hear and determine an appeal by a party to a civil proceeding in the Court of Appeal against a decision made in the proceeding, unless: (a) an enactment other than this Act makes provision to the effect that there is no right of appeal against the decision; or (b) the decision is a refusal to give leave or special leave to appeal to the Court of Appeal.

69 Appeals against decisions of High Court in civil proceedings

The Supreme Court may hear and determine an appeal by a party to a civil proceeding in the High Court against a decision made in the proceeding, unless: (a) an enactment other than this Act makes provision to the effect that there is no right of appeal against the decision; or (b) the decision is a refusal to give leave or special leave to appeal to the High Court or the Court of Appeal; or (c) the decision is made on an interlocutory application.

70 Appeals against decisions of other courts in civil proceedings

The Supreme Court may hear and determine an appeal against a decision made in a civil proceeding in a New Zealand court other than the Court of Appeal or the High Court to the extent only that an enactment other than this Act provides for the bringing of an appeal against the decision to the Supreme Court”. (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 34)

³⁴ “71 Appeals against decisions in criminal proceedings

The Supreme Court may hear and determine appeals authorised by: a) Part 6 of the Criminal Procedure Act 2011; or (b) section 10 or 10A of the Court Martial Appeals Act 1953.” (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 34)

³⁵ “73 Appeals to be by leave

(1) Appeals to the Supreme Court may be heard only with the court’s leave.

(2) A reference in an enactment other than this Act to the leave of the Supreme Court must be read subject to sections 74 and 75”. (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 35)

³⁶ Tal normativa, inclusive, reconheceu a Nova Zelândia como uma nação independente com sua própria história e tradições, com foco no aprimoramento do acesso à justiça e possibilitando questões legais importantes, incluindo aquelas relacionadas ao Tratado de Waitangi, que devem ser solucionadas de acordo com a história e as tradições da Nova Zelândia (NEW ZEALAND, 201-e).

- (a) o recurso envolve uma questão de importância geral ou pública; ou (b) um erro substancial da justiça possa ter ocorrido ou pode ocorrer a menos que o apelo seja ouvido; ou
- (c) o recurso envolve uma questão de importância comercial geral.
- (3) Para os fins da subseção (2) (a), uma questão significativa relacionada ao Tratado de Waitangi é uma questão de importância geral ou pública.
- (4) O Supremo Tribunal não deve permitir recorrer contra uma ordem proferida pelo Tribunal de Recurso sobre um pedido interlocutório, a menos que esteja convencido de que necessário, no interesse da justiça, para o Supremo Tribunal ouvir e determinar o recurso proposto antes da conclusão do processo em questão.
- (5) A subseção (2) não limita a generalidade da subseção (1) e da subseção (3) não limita a generalidade da subseção (2) (a). (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 35)³⁷ – (tradução livre)

O rol estabelecido no item n. 74, n. 2, é exemplificativo, oportunizando maior flexibilidade para a Suprema Corte. (NORLING, 2015, p. 09-10). Além disso, o item seguinte assim dispõe:

75 - Nenhum recurso direto do tribunal que não seja o Tribunal de Apelação, a menos que seja excepcional circunstâncias estabelecidas.
O Supremo Tribunal não deve permitir recorrer diretamente contra uma decisão tomada, uma condenação proferida ou uma sentença imposta em um processo em um Tribunal da Nova Zelândia que não seja o Tribunal de Recurso, a menos que o tribunal esteja satisfeito, - (a) de acordo com a seção 74, que é necessário, no interesse da justiça, que o tribunal ouça e determine o recurso; e (b) que existem circunstâncias excepcionais que justificam a tomada da proposta apelar diretamente ao tribunal. (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 35-36)³⁸ – (tradução livre)

Assim, destaca-se o papel de corte recursal final da Suprema Corte, desde que exista apelo necessário aos interesses da justiça e o aceite prévio da Corte, possuindo o papel de manter coerência global do sistema legal. Para tais julgamentos, a Corte se reúne com a composição de

³⁷ No idioma original: “Criteria for leave to appeal:

(1) *The Supreme Court must not give leave to appeal to it unless it is satisfied that it is necessary in the interests of justice for the court to hear and determine the appeal.*

(2) *It is necessary in the interests of justice for the Supreme Court to hear and determine a proposed appeal if: (a) the appeal involves a matter of general or public importance; or (b) a substantial miscarriage of justice may have occurred, or may occur unless the appeal is heard; or (c) the appeal involves a matter of general commercial significance.*

(3) *For the purposes of subsection (2)(a), a significant issue relating to the Treaty of Waitangi is a matter of general or public importance.*

(4) *The Supreme Court must not give leave to appeal to it against an order made by the Court of Appeal on an interlocutory application unless satisfied that it is necessary in the interests of justice for the Supreme Court to hear and determine the proposed appeal before the proceeding concerned is concluded.*

(5) *Subsection (2) does not limit the generality of subsection (1) and subsection (3) does not limit the generality of subsection (2)(a).”* (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 35)

³⁸ No idioma original: “75 - *No direct appeal from court other than Court of Appeal unless exceptional circumstances established: The Supreme Court must not give leave to appeal directly to it against a decision made, a conviction entered, or a sentence imposed in a proceeding in a New Zealand court other than the Court of Appeal unless the court is satisfied,— (a) in accordance with section 74, that it is necessary in the interests of justice for the court to hear and determine the appeal; and (b) that there are exceptional circumstances that justify taking the proposed appeal directly to the court.*” (SENIOR COURTS ACT, 2016, p. 35-36)

cinco membros, sendo possível apontar juízes aposentados da Suprema Corte ou do Tribunal Recursal (*Court of Appeal*), quando não é possível convocar uma corte de cinco membros permanentes, desde que tenham idade inferior a 75 anos (NEW ZEALAND, 201-e).

Inclusive, os juízes da Suprema Corte continuam a ser juízes da Alta Corte, a qual mantém a integração formal das cortes sênior da judicatura. O *Senior Courts Act* não impede expressamente os juízes da Suprema Corte de compor a Alta Corte. Contudo, não é apropriado, exceto em circunstâncias excepcionais, quando juízes da Suprema Corte componham o quórum inferior para julgamento de um caso que pode chegar à Suprema Corte (NEW ZEALAND, 201-e).

4.2 A CULTURA JURÍDICA NEOZELANDESA DE SUPREMACIA DO PARLAMENTO E A *NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT*

A Nova Zelândia é considerada um modelo de repúdio ao *judicial review* adotado nos Estados Unidos, seguindo a posição britânica até o início dos anos 1990. Recentemente, entretanto, há uma Carta de Direitos no país, o que a aproxima um pouco do criticado *judicial review*. É a *New Zealand Bill of Rights Act*, com o objetivo de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais no país, o que o aproximou do compromisso com a convenção internacional dos direitos humanos (CANAVEZ JÚNIOR, 2012, p. 31). Jorge Roa Roa (2019, p. 465) destaca que é equivocado pensar que a NZBORA é apenas mais uma lei como qualquer outra, tampouco há que se falar em uma Constituição em sentido estrito, pois tem a mesma hierarquia de uma lei ordinária, ou seja, pode ser reformada ou derogada pelo Parlamento do mesmo modo do que as demais leis, sem a necessidade de satisfazer um requisito adicional.

Segundo Gardbaum, a *New Zealand Bill of Rights Act* contém um conjunto de direitos civis e políticos relativamente estreitos, comparativamente aos padrões derivados (seletivamente) e explicitamente declarados para corroborar o compromisso da Nova Zelândia com o ICCPR - *International Covenant on Civil and Political Rights*, junto à cláusula de limitações gerais emprestada da seção 1 da Carta canadense (GARDBAUM, 2010, p. 24-25).

De acordo com o seu item 3, a Carta é aplicável em relação aos atos realizados: a) pelos Poderes Legislativo, Executivo, ou Judiciário da Nova Zelândia; ou b) por qualquer pessoa no exercício de qualquer função pública, de poder, ou dever conferido ou imposto àquela

pessoa nos termos da lei.³⁹ Além disso, na ocasião da elaboração de um projeto de lei, atenta-se para as disposições da Carta, conforme preceitua o seu item 7:

Onde qualquer projeto de lei seja introduzido na “House of Representatives”, o Procurador-Geral deve: (a) no caso de projeto de lei, na sua introdução; ou (b) em qualquer outro caso, desde que praticável após a introdução do projeto de lei; trazer à atenção da “House of Representatives” qualquer provisão naquele projeto de lei que aparece como inconsistente com qualquer dos direitos e liberdades contidos nesta Carta de Direitos.⁴⁰

Nesse ponto, importa destacar que, até 2010, houve aproximadamente 40 ocorrências de relatórios de inconsistências aparentes de Procuradores-gerais, o que é bem diferente da situação no Canadá e no Reino Unido, onde alguns mecanismos dialógicos não são tão utilizados na prática; e, como o Canadá, mas diferentemente do Reino Unido, não há um comitê parlamentar especializado que considera estes relatórios e outras evidências da compatibilidade de um projeto de lei com a *New Zealand Bill of Rights Act* (GARDBAUM, 2010, p. 27-28).

Ademais, apesar de ser um estatuto ordinário, que não empodera as Cortes formalmente para declarar a nulidade da legislação inconsistente com as suas provisões (como se verá com a seguir com a análise das Seções 4, 5 e 6), a Carta de Direitos buscou reduzir a probabilidade de infração dos direitos elencados. Além disso, tal Carta se robusteceu com a criação, em 2001, de um Tribunal de direitos humanos, a quem se atribuiu a prerrogativa de se declarar uma norma comum contrária aos direitos estabelecidos na Carta e no “Human Rights act” de 1993 (CANAVEZ JÚNIOR, 2012, p. 31).

Assim, o que se pretendeu com a Carta não foi a criação de uma lei suprema, hierarquicamente superior às demais, portanto, que dotasse as cortes de tamanho poder que ameaçasse a tradição de soberania parlamentar herdada do Reino Unido.⁴¹

³⁹ Literalmente, o item 3 – “Application”:

“This Bill of Rights applies only to acts done: (a) by the legislative, executive, or judicial branches of the Government of New Zealand; or (b) by any person or body in the performance of any public function, power, or duty conferred or imposed on that person or body by or pursuant to law.”

⁴⁰ No idioma original: “7 Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights.

Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,— (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill;

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

⁴¹ Nesse mesmo sentido, Henrique Pandim Barbosa Machado, em artigo específico sobre o tema, também trata do controle de constitucionalidade jurisdicional classificado como “fraco”, que se mostra presente em alguns países como o Canadá, a Nova Zelândia, Israel e Inglaterra, ressaltando que, apesar das peculiaridades, são unidos pela premissa de que não cabe ao Judiciário exercer de forma isolada e soberana o controle de constitucionalidade das leis (MACHADO, 2012. p. 40-41).

Com certeza, a *New Zealand Bill of Rights Act* reforça os direitos garantidos na Nova Zelândia e a própria cultura de direitos humanos. No entanto, como ressalta Butler (2006, p. 27) ao analisar o aniversário de quinze anos de vigência da Carta de direitos, há quem diga que os direitos humanos já estavam protegidos antes da *New Zealand Bill of Rights Act*, assim como outros diriam que a Carta não garante uma proteção efetiva de direitos, tendo em vista que, por meio dela, o Judiciário não possui poder suficiente para anular uma legislação inconsistente. Também se aponta que a proteção de direitos humanos é limitada, tendo em vista a não inclusão de alguns direitos sociais, assim como o direito à privacidade e direitos de propriedade.

A própria autora (2006, p. 27-28) rebate tais críticas salientando que o requisito de relatório do item 7 da *New Zealand Bill of Rights*⁴² garantiu uma consideração mais ampla das implicações de direitos humanos por parte do próprio Legislativo e, dessa forma, aumentou a proteção dos direitos humanos. Além disso, ressalta que mesmo que os tribunais provavelmente não possam ser chamados de "ativistas" ao interpretar a legislação conforme a NZBORA, eles demonstraram vontade de seguir os parâmetros criados pela carta, sendo que os tribunais e o Parlamento mantêm um diálogo entre si, como se verá na sequência. Inclusive, tal debate em relação à NZBORA não é apenas uma questão importante para os tribunais, mas também para os outros ramos do governo.

4.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO EM RELAÇÃO À *NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT*

A Nova Zelândia possui uma espécie de *weak form of judicial review*, em razão da *New Zealand Bill of Rights Act*, sendo que tal diploma legal não possui superioridade formal em relação às demais normas jurídicas, conforme se depreende dos itens 4 e 5 da Carta:

4 – Outros decretos não afetados:

Nenhuma corte deve, em relação a qualquer decreto (seja aprovado ou feito antes ou depois da promulgação desta Carta de Direitos):

(a) sustentar qualquer provisão do decreto a ser implicitamente anulado ou revogado, ou estar de algum modo inválido ou inefetivo; ou

⁴² “7 *Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,— (a)in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b)in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,— bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.*”

(b) recusar a submeter qualquer provisão do decreto – pela única razão de que a provisão é inconsistente com qualquer provisão desta Carta de Direitos.

5 – Limitações justificadas:

Sujeito à seção 4, os direitos e liberdades contidos nesta Carta de Direitos podem estar submetidos somente aos limites razoáveis prescritos por lei como pode ser demonstravelmente justificado numa sociedade livre e democrática.⁴³

Da leitura desta Seção 4, verifica-se que é negado expressamente o poder da Corte invalidar ou negar efeito operativo a qualquer lei, anterior à *New Zealand Bill of Rights Act*.

Por outro lado, no item 6, estipulou-se que os tribunais deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes na *New Zealand Bill of Rights Act*: “Sempre que for possível atribuir a um decreto um significado que é consistente com os direitos e liberdades contidos nesta Carta de Direitos, aquele significado deve ter preferência em detrimento de qualquer outro significado”⁴⁴, situação que se assemelha ao princípio da “interpretação conforme à Constituição” que se tem no Brasil. Dessa forma, sempre deverá se priorizar a interpretação dos atos normativos que “melhor coadune com os direitos e garantias previstos na Declaração de Direitos, ainda que o Judiciário não possua o poder de, propriamente, fiscalizar o ordenamento jurídico” (MACHADO, 2012, p. 40-41).

Afinal, como ressalta Jorge Roa Roa (2019, p. 465 - 466), considerando o outro lado, os tribunais devem presumir que, depois da vigência da *New Zealand Bill of Rights Act*, o Parlamento não aprovaria leis contrárias aos direitos estabelecidos na Carta, uma espécie de “presunção de constitucionalidade”. Os tribunais assumem o dever de realizar a interpretação conforme a *New Zealand Bill of Rights Act*, assim, quando existem várias interpretações possíveis de uma lei, das quais algumas são compatíveis com a *New Zealand Bill of Rights Act* e outras não, os juízes devem preferir aquelas que condizem com a carta. Da mesma forma, entre uma interpretação de uma lei que é restritiva ou ofensiva aos direitos e outra que é

⁴³ No idioma original: “4 - Other enactments not affected:

No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights):

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

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

5 - Justified limitations:

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

⁴⁴ “6 Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred:

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

expansiva ao tutelar um direito, os juízes devem eleger a segunda opção (ROA, 2019, p. 466), o que pode ser identificado como um “princípio da máxima efetividade”.

O legislador, contudo, pode deixar sem efeito a interpretação conforme à carta realizada pelos tribunais, mediante a aprovação de uma lei que seja mais clara no tocante ao direito discutido na respectiva decisão. Os juízes não podem voltar à sua interpretação inicial, mas devem aplicar a nova lei, que contenha a interpretação esclarecedora do legislador. (ROA, 2019, p. 466)

Jorge Roa Roa, inclusive, encontra um paradoxo no modelo fraco de controle da Nova Zelândia:

Nesse modelo fraco, há um paradoxo, porque a voz dos magistrados é mais forte quando podem fazer a interpretação conforme do que quando há uma incompatibilidade absoluta entre uma lei e a NZBORA. No primeiro caso, a interpretação legal da lei que fazem os tribunais se consolida como a última palavra, desde que não se tenha reação do legislador. Se o Parlamento considera que os juízes estão equivocados em relação à interpretação da lei, deve reagir mediante uma nova lei que fixe com maior clareza o sentido pelo qual se deve interpretar a vontade legislativa (ROA, 2019, p. 466 - 467).⁴⁵

A *New Zealand Bill of Rights Act* é uma carta de direitos interpretativa e não exaustiva, a palavra final do legislativo encontra-se no poder legal de decretar um estatuto que não pode ser interpretado consistentemente com os direitos ou emendar um já existente, seja já interpretado pelas cortes ou não. Em outro âmbito, entretanto, a *New Zealand Bill of Rights Act* garante às cortes o poder de invalidar ação executiva que viole os direitos protegidos, a menos que tal ação seja assegurada pela legislação – e isso tem sido, de longe, a área mais ativa da litigância da *New Zealand Bill of Rights Act*, especialmente quanto à ação policial (GARDBAUM, 2010b, p. 25-26).

Confirma-se, então, que a *New Zealand Bill of Rights Act* é uma carta de direitos bastante interpretativa, a qual busca reforçar, por meio do Judiciário, a vontade do Parlamento. Virgílio Afonso da Silva (2009) também valida que o controle de constitucionalidade neozelandês é fraco, o que também é favorecido pelo fato de a declaração de direitos de 1990 não ter status de lei superior às leis ordinárias, não servindo como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de leis posteriores. Como afirma Gardbaum (2013, p. 52-63), no

⁴⁵ No idioma original: “En este modelo débil existe una paradoja, porque la voz de los jueces es más fuerte cuando pueden hacer la interpretación conforme que cuando encuentran una incompatibilidad absoluta entre una ley y el NZBORA. En el primer caso, la interpretación conforme de la ley que realizan los tribunales se consolida como la última palabra hasta tanto el legislador no reaccione de alguna manera. Si el Parlamento considera que los jueces se han equivocado al interpretar la ley, debe reaccionar mediante una nueva ley que fije con mayor claridad el sentido en el cual debe interpretarse la voluntad legislativa.”

sentido de que na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação das leis, mas pela interpretação que dão a elas, em consonância com os direitos, sempre que possível.

No mesmo sentido, Ana Manuela Silva João, em trabalho específico sobre a temática, afirma que, na Nova Zelândia, o controle é ainda mais fraco do que aquele se faz na Inglaterra e no Canadá, ressaltando que tais sistemas se traduzem numa forma mais democrática de se pensar o controle de constitucionalidade, “uma vez que dão mais voz ao Legislativo no processo de decisão acerca do conteúdo e interpretação dos direitos fundamentais” (JOÃO, 2016, p. 53).

Ademais, a *New Zealand Bill of Rights Act* se consubstanciou em uma das mais importantes diretrizes para o Governo, “definindo, assim, que tipos de leis, a partir da sua existência, poderiam ser criadas, para que estivessem de acordo com a *Bill of rights*”, e, ainda, que tipo de atitudes governamentais poderiam ser tomadas com o intuito de respeitar os direitos ali garantidos. Isto é, optou-se pelo princípio da soberania parlamentar e por se criar uma Carta de Direitos flexível, na medida em que suas disposições são passíveis de revogação por simples maioria de votos da única câmara parlamentar da Nova Zelândia, bem como por qualquer lei posterior que lhe seja contrária (JOÃO, 2016, p. 56).

Desse modo, apesar de tal flexibilidade, o que se buscava era que, por meio da promulgação dessa Carta de Direitos, fosse criada uma espécie de valor moral para “educar” os cidadãos o país acerca dos direitos humanos, “desde que, obviamente, esses direitos fossem garantidos prioritariamente pelo poder legislativo”. Isto é, constitui-se em texto flexível, que por abordar direitos reconhecidamente importantes pela sociedade, acaba por adquirir uma condição de “estatuto reforçado” (JOÃO, 2016, p. 56-57).

Ana Manuela Silva João ressalta que a característica de ter uma constituição não escrita é muito importante para a cultura do país, de tal forma que esse fato, e a flexibilidade das normas constitucionais que o acompanha, tornaram-se “tão arraigados na cultura da sociedade que se pode mesmo afirmar se tratar de uma das normas fundamentais da constituição neozelandesa”, o que acaba por justificar a relutância do Parlamento em criar qualquer ato normativo mais rígido. Ainda: a referida constituição, consubstancia-se em leis, decisões das cortes, costumes, etc. “Ou seja, tudo aquilo que reflete a cultura jurídica do país, bem como as disposições que visam a organização do Estado, como um todo” (JOÃO, 2016, p. 56-57).

Assim, como pode se depreender do que foi exposto até aqui, em razão do surgimento da *New Zealand Bill of Rights Act* e do *Human Rights Act* é que se iniciaram algumas nuances do controle de constitucionalidade, tendo em vista que tais leis se constituem em uma espécie de parâmetro para as constituições posteriores. No entanto, respeitou-se a vontade popular no

sentido de que o Judiciário não pode ganhar demasiada força em detrimento da supremacia do Parlamento, e, assim, acrescentou-se nos itens 4, 5 e 6 do *New Zealand Bill of Rights Act* disposições que garantem um fraco controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, não foi concedida às cortes a possibilidade de declarar quaisquer atos legislativos emanados pelo parlamento como inconsistentes com o NZBORA, exceto nos casos que envolvem discriminação e o item 19 da carta, conforme se verá adiante. De acordo com o que está previsto na seção 4 da carta de direitos, proíbe-se que as cortes retirem a validade ou deixem de aplicar quaisquer atos normativos que considerarem em conflito com o NZBORA. Já a seção 5 previu que ao parlamento caberá a possibilidade de limitar determinados direitos, ainda que fundamentais, caso essa limitação seja justificável e respeite os princípios de proporcionalidade, de modo a garantir que a maioria da população seja beneficiada, visando garantir que os benefícios práticos para a sociedade se sobreponham ao prejuízo ao direito ou liberdade individual em análise. Além disso, o item 6 estipulou que as cortes deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes na carta de direitos (JOÃO, 2016, p. 58).

Isto é, no sistema neozelandês, não há espaço para uma atuação criativa por parte do Judiciário, devendo este se conformar com a vontade do legislador. “E, como se trata de uma cultura política bastante arraigada na sociedade – a que privilegia a vontade do legislador como vontade soberana – o judiciário aceita essa competência limitada que lhe foi atribuída” (JOÃO, 2016, p. 58-59).

Dessa forma, o controle de constitucionalidade na Nova Zelândia é considerado “fraco”, pois diante de um ato normativo levado à Corte, os juízes somente analisarão se este pode ser dotado de um significado que esteja de acordo com a *New Zealand Bill of Rights Act*. Ademais, ao encontrarem a interpretação adequada, esta será utilizada para que se preserve a validade daquele ato que é expressão soberana do legislador:

Ou seja, fã-lo-ão por meio do uso das “ferramentas interpretativas” e buscarão a interpretação que dote aquele ato normativo do caráter mais protetivo de direito que podem vislumbrar – e, portanto, conseqüentemente, o revestirão com uma interpretação que seja capaz de restringir o mínimo possível, ou não restringir, o direito em questão.

Agindo dessa forma, protegerão o estatuto, que permanecerá tendo validade, dentro dos limites dessa interpretação adotada – que será aquela que garanta que o ato normativo esteja de acordo, na visão da corte, com o *Bill of rights*; e justificarão propriamente a sua atitude, afim de ser capaz de convencer o parlamento de que sua opinião é acertada. (JOÃO, 2016, p. 60).

O que inclusive pode ocorrer por meio de um “mandado interpretativo”, caso a Corte acredite que sua interpretação está em consonância com a *New Zealand Bill of Rights Act*, ainda que esteja distante do que está posto pelo Legislador.

4.3.1 “Mandado interpretativo”

Além da “interpretação conforme” à *New Zealand Bill of Rights* realizada pela Corte, há que se ressaltar que em algumas situações, os magistrados poderão entender que o ato normativo é restritivo de direitos e o poder legislativo entenderá que o ato é protetivo de direito, sendo que as ferramentas tradicionais de interpretação (analisar o propósito do legislador, etc) podem não ser suficientes neste caso. É aí que a Corte poderá conceder, no uso do que denomina de “mandado interpretativo”, uma interpretação que acredite estar em consonância com a *New Zealand Bill of Rights*, ainda que, na prática, distancie-se daquilo que está posto e da intenção do legislador.

Todavia, neste caso específico, poderá o legislador não concordar com a posição adotada pela corte, podendo se sobrepor à decisão judicial, superando-a por meio da reedição da norma. A reedição da norma poderá seguir dois caminhos: a) “poderá fazer com que o ato normativo que está sendo discutido permaneça no ordenamento da mesma forma que havia entrado em vigor antes, permitindo que prevaleça o próprio entendimento”, e, assim, prevalecendo sobre o entendimento da Corte; b) “poderá reeditá-lo apontando especificamente qual a interpretação que deve ser seguida quando aquele ato normativo for colocado em prática, podendo ser a sua própria interpretação, ou aquela que foi conferida pelos juízes” (JOÃO, 2016, p. 61).

Sobre o assunto, destaca Jorge Roa Roa:

O segundo elemento do sistema da Nova Zelândia adquire relevância quando fracassa a interpretação conforme, ou seja, quando os juízes não encontram uma só interpretação da lei compatível com a NZBORA. Nesses casos, os tribunais só terão competência para declarar a impossibilidade de se realizar uma interpretação coerente da lei com a Carta de Direitos para que o legislador tenha em conta esse feito.

Os juízes não podem não aplicar ou invalidar a lei que entendem contrária a NZBORA. Ou seja, o poder máximo da voz judicial no diálogo constitucional se limita a emitir um mandato imperativo ou, o que é o mesmo, assinalar que a lei é contrária à NZBORA com efeitos declarativos. (ROA, 2019, p. 466)⁴⁶ – tradução livre

⁴⁶ No original: “*El segundo elemento del sistema de Nueva Zelanda adquiere relevância cuando fracasa la interpretación conforme, es decir, cuando los jueces no encuentran una sola interpretación de la ley compatible*”

Por fim, destaca-se que, pela análise das Seções 4, 5 e 6, tem-se um aspecto um tanto controverso na *New Zealand Bill of Rights*, tendo em vista que a Seção 4, obviamente, expressa o valor central da tomada de decisão legislativa e a seção 6 o valor da proteção dos direitos. O que se questiona é como os juízes traçam essa linha e, particularmente, em que extensão eles utilizam o mandato da seção 6 agressivamente para modificar a legislação ao invés de interpretá-la? Segundo Gardbaum (2010, p. 27-28), o consenso geral entre os doutrinadores neozelandeses é que este poder/dever tem sido usado, de modo geral, com razoável moderação.

Ou seja, de modo geral, parece haver amplo consenso entre os principais doutrinadores neozelandeses de que a *New Zealand Bill of Rights* está funcionando razoavelmente bem, sendo que os direitos relacionados à liberdade de expressão foram adequadamente, senão destacadamente, protegidos, enquanto a proteção de outros direitos foi menor. Este consenso inclui que a percepção da legislatura ainda decide sobre problemas básicos ao invés das Cortes. Há certo desacordo, contudo, sobre o balanço exato entre os poderes legislativo e judiciário, e como isso pode ser melhorado (GARDBAUM, 2010, p. 30-31).

4.4 HUMAN RIGHTS REVIEW TRIBUNAL E A “DECLARAÇÃO DE INCONSISTÊNCIA”

O *Human Rights Review Tribunal* é administrado pelo Ministério da Justiça e é completamente separado dos demais órgãos relacionados aos Direitos Humanos: *Human Rights Commission, Privacy Commissioner e Health and Disability Commissioner (HUMAN RIGHTS REVIEW TRIBUNAL, 2019)*.

Os membros do Tribunal são nomeados pelo Governador-Geral por recomendação do Ministro da Justiça. Casos individuais são ouvidos por um presidente e 2 membros do painel. Tais nomeações são baseadas no conhecimento ou na experiência de questões que provavelmente serão apresentadas ao Tribunal, como direitos humanos, Administração pública,

con el NZBORA. En estos casos, los tribunales solo tienen competencia para declarar la imposibilidad de hallar una interpretación coherente de la ley con el Bill of Rights para que el legislador tenga en cuenta ese hecho. Los jueces no pueden inaplicar o invalidar la ley que encuentran contraria al NZBORA. Es decir, el potencial máximo de la voz judicial dentro de la conversación constitucional se limita a emitir un mandato interpretativo o, lo que es lo mismo, señalar que la ley es contraria al NZBORA con efectos eminentemente declarativos.” (ROA, 2019, p. 466)

questões econômicas, de emprego ou sociais e questões culturais (*HUMAN RIGHTS REVIEW TRIBUNAL*, 2019).

No âmbito deste Tribunal, há outro modo de se pensar o diálogo entre as instituições neozelandesas, que também se aproxima a uma espécie de “interpretação conforme”, pois, no ano 2001, o parlamento neozelandês emendou ao *Human Rights Act* 1993 e concedeu ao *Human Rights Review Tribunal* a possibilidade de proferir decisões que expressem formalmente a chamada “declaração de inconsistência”. Esta Declaração poderá ser formalizada tão somente nos casos em que pelo menos a maioria da corte constatar que determinado ato normativo esteja em desacordo com o item 19 da NZBORA (“direito à não discriminação”):

(1) Todos tem o direito à não discriminação nos termos da discriminação na “Human Rights Act 1993”.

(2) Medidas tomadas em boa fé pelo propósito de assistir ou favorecer pessoas ou grupos de pessoas em desvantagem devido à discriminação, que é ilegal pela virtude da “Parte 2” da “Human Rights Act 1993”, não constituem discriminação.⁴⁷

Nesse contexto, Ana Manuela Silva João destaca que para um ato ser considerado inconsistente com o item 19 supracitado, é necessário que não apenas seja capaz de limitar os direitos de não sofrer qualquer tipo de discriminação, “mas que, além disso, em havendo essa limitação, que seja injustificada e desproporcional, seguindo a própria regra da *Section 5* do NZBORA” (JOÃO, 2016, p. 63).

Há que se ressaltar que a “declaração de inconsistência”, também é utilizada em relação à própria seção 4 da Corte. Em um primeiro momento, a *Court of Appeal* da Nova Zelândia declarou que uma aproximação – “genérica” e – “definitiva” à interpretação de direitos era apropriada sob a *New Zealand Bill of Rights Act*. Mais concretamente, na talvez mais ousada ação judicial sob a *New Zealand Bill of Rights Act*, sofreu-se duas mudanças extremamente significantes, ambas de natureza corretiva. Primeiramente, a despeito do silêncio sobre o assunto na *New Zealand Bill of Rights Act*, a “Court of Appeal” criou o remédio de danos de direito público (*public law remedy of damages*) para a violação executiva de um direito tutelado, mesmo em face de um estatuto separado que aparentemente imuniza o corpo governamental da responsabilidade. Em segundo lugar, em 2000, a despeito da ausência de tal poder expresso, a “*Court of Appeal*”, fortemente sugeriu, baseada na inferência do texto legal

⁴⁷ No idioma original: “19 Freedom from discrimination (1) Everyone has the right to freedom from discrimination on the grounds of discrimination in the Human Rights Act 1993. (2) Measures taken in good faith for the purpose of assisting or advancing persons or groups of persons disadvantaged because of discrimination that is unlawful by virtue of Part 2 of the Human Rights Act 1993 do not constitute discrimination. Section 19: substituted, on 1 February 1994, by section 145 of the Human Rights Act 1993 (1993 No 82).”

e estrutura, que tal tem a autoridade formal para – indicar “ou – declarar” que estatutos são inconsistentes com a *New Zealand Bill of Rights Act*, embora tais estatutos permaneçam completamente válidos e aplicáveis. Esta autoridade, contudo, ainda não foi claramente exercida e de fato as cortes tem resistido endossá-la nos últimos casos (GARDBAUM, 2010b, p. 26-27).

Destaca-se, ainda, que apesar da rejeição expressa de um poder judicial para invalidar estatutos na seção 4, o poder de indicar inconsistências é inerente ou embutido na estrutura da *New Zealand Bill of Rights Act*. Desse modo, o processo de determinação de vinculação, pela seção 4, para aplicar um decreto inconsistente é por si só a declaração de inconsistência daquele decreto” (GARDBAUM, 2010b, p. 26-27).

4.5 A PRÁTICA DE DIÁLOGOS ENTRE OS PODERES E A *NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS*

A questão que se coloca nessa discussão é se uma carta de direitos parlamentar pode de fato encorajar o diálogo entre os poderes. Para Butler, por exemplo, pode ocorrer uma verdadeira experiência de diálogo:

A experiência da Nova Zelândia mostra que pode existir um diálogo genuíno. Sob a BORA, o debate sobre direitos não é ditado unicamente pelas cortes. O parlamento pode discordar, e tem discordado, das decisões, das cortes, que são baseadas na BORA, e tem reagido com diversas medidas: *overruling*, minimização, e assim por diante. Igualmente, em outras ocasiões, os braços políticos aceitaram as medidas judiciais, mesmo se somente após um ‘debate robusto’. E o debate robusto é um ponto importante: não é que o Parlamento **deve** aceitar a expressão de um ponto de vista judicial – ele preferencialmente **escolhe** aceitar o ponto de vista judicial. (BUTLER, 2006, p. 23)⁴⁸ – (tradução nossa)

Exemplo de tal diálogo é o caso “Quilter”, por meio do qual a Suprema Corte se absteve de decidir sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas destacou a sua

⁴⁸ No idioma original: “*The New Zealand experience does show that a genuine dialogue can exist. Under BORA the rights debate is not dictated solely by the courts. Parliament can disagree and has disagreed with BORAbased court decisions and has reacted by a range of measures: overruling, minimisation and so on. Equally, on other occasions the political arms have accepted judicial outcomes, even if only after a ‘robust debate’. And the robust debate is an important point: it is not that Parliament must accept the expression of a judicial view – rather it chooses to accept the judicial view. A number of the cases considered earlier provide good illustrations.*”

posição, gerando o necessário debate e repercussão no Poder Legislativo, que, após alguns anos, editou legislação permitindo o matrimônio, como se verá na sequência.

4.5.1 Caso “Quilter”

No caso “Quilter”, julgado em 1997, os juízes entenderam que a disponibilidade de casamento para casais do mesmo sexo deveria ser tomada pelos representantes eleitos do povo. As legislações discutidas no caso eram as seguintes: a) *Marriage Act* de 1955; b) *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990; e c) *Human Rights Act* de 1993.

Os recorrentes admitiram que em 1955, quando a Lei do Casamento foi aprovada, o casamento admitido era apenas o que envolvia um homem e uma mulher. No entanto, argumentaram que, como resultado da *New Zealand Bil of Rights* de 1990, especificamente em razão dos itens 6 e 19, assim como diante da proibição de discriminação com base na orientação sexual no *Human Rights Act* de 1993, era necessária uma nova interpretação do *Marriage Act* de 1955 e do conceito de casamento. Eles alegaram que o conceito tradicional de casamento discriminava os parceiros do mesmo sexo, em violação à ao artigo 19 da NZBORA (1997, p. 1-2).

O governo, demandado, alegou que não havia tal discriminação e alegou que, se houvesse, seria derrotado pelo reconhecimento contínuo do Parlamento do conceito tradicional de casamento. Além disso, também se alegou que qualquer discriminação por esses motivos era justificada pelo artigo 5 da NZBORA, que mantém a exceção para as restrições necessárias em uma sociedade democrática; e, ainda, que se estaria sujeito à exceção do artigo 151 do *Human Rights Act* de 1993, que mantém a validade de uma lei que está em contradição com os direitos nela contidos, como expressão da vontade do Parlamento (1997, p. 1-2).

Na solução do caso, a maior parte da Corte concordou com os argumentos do magistrado Tipping J., sendo voto vencido o juiz Thomas J.

O primeiro ponto abordado por Tipping J. (1997, p. 1-2) foi a definição da discriminação. O magistrado ressaltou que a Seção 19 da NZBORA proclama a liberdade de discriminação pelos motivos listados na *Human Rights Act* de 1993, que incluem sexo e orientação sexual. Contudo, neste caso específico, observou que a discriminação não estava definida, apesar da orientação contida na seção 65, que trata da discriminação indireta. A discriminação indireta é descrita como conduta e outras ações que têm o efeito de tratar uma

pessoa ou grupo de pessoas de maneira diferente em um dos motivos proibidos de discriminação. Ele observou que a lei não identifica o grupo ou a pessoa que se compara, argumentando que deveria ser outra “pessoa ou grupo cujo tratamento é logicamente relevante para a pessoa ou grupo que alega discriminação”. Desse modo, a essência da discriminação reside na diferença de tratamento em circunstâncias comparáveis, e, para que ocorra discriminação, um grupo de pessoas deve ser tratado de forma diferente de outra pessoa ou grupo de pessoas. Por isso, a questão levantada foi a seguinte: qual é o assunto e em que fatores a diferença no tratamento é baseada? Ele também acrescentou que seria apropriado adotar uma abordagem que esteja de acordo com o amplo objetivo das leis antidiscriminatórias, que é "dar substância ao princípio da igualdade".

Após a sua definição, Tipping J. (1997, p. 2) passou a analisar a discriminação, considerando que, se o assunto é o direito de se casar, é discutível que não haja discriminação, pois todas as pessoas são igualmente proibidas de se casar com outro do mesmo sexo. Se o assunto é o direito de casar com uma pessoa de sua escolha, novamente esse direito é concedido a todos igualmente, com exceção das restrições de escolha que também se aplicam a todos. Ele supôs que, se a questão é de impacto, outras restrições impostas ao casamento na Nova Zelândia também seriam consideradas discriminatórias, como por exemplo as restrições ao casamento de pessoas que já são casadas, que impactariam mais notavelmente as pessoas poligâmicas e, portanto, seriam discriminatórias em relação às suas escolhas.

Tipping J (1997, p. 2) concluiu que não seria necessário decidir se havia discriminação para decidir o caso. No entanto, como o argumento foi totalmente discutido e outros membros da Corte expressaram sua opinião, ele também o faria. Ele ressaltou que a *New Zealand Bill of Rights* e o *Human Rights Act* adotam uma abordagem ampla e objetiva, que levou o foco ao impacto, e não à análise rigorosa. Portanto, se algo teve um impacto em uma pessoa ou grupo que diferia de seu impacto em outra pessoa ou grupo por causa da orientação sexual "essa diferença de impacto equivaleria, *prima facie*, a uma diferença de tratamento e, portanto, à discriminação".

Por fim, concluiu que, se houve discriminação, a questão de saber se a sociedade moderna desejava manter o conceito tradicional de casamento era de competência do legislador e não dos tribunais. Tal mudança, argumentou, só deveria ser provocada pelo Tribunal se a interpretação estatutária revelar que essa era a intenção do Parlamento. Assim, concluiu que a preferência da sociedade estava refletida na legislação - a Lei do Casamento - que de acordo com o item 4 da BORA deve, como vontade expressa do Parlamento, prevalecer sobre qualquer violação do item 19. Além disso, Tipping J. observou que a seção 151 do *Human Rights Act*

afirma expressamente que nada na legislação deve limitar ou afetar os termos de qualquer outra lei. Esse caso dependia da construção da Lei do Casamento e, portanto, o artigo 151 (1) se aplicava, mesmo que houvesse discriminação inerente à Lei, que o Tribunal não pudesse intervir (1997, p. 2).

Nesse caso, Tipping J. (1997, p. 2) descobriu que havia uma diferença no impacto classificável como discriminação. Contudo, a discriminação ocorrida era lícita porque a Lei do Casamento proíbe os casamentos entre pessoas do mesmo sexo. A maioria concluiu que nada na *New Zealand Bill of Rights* ou no *Human Rights Act* tinha a intenção de alterar o conceito tradicional de casamento no qual a Lei do Casamento se baseava.

Thomas J. (1997, p. 3) emitiu voto divergente, aprofundando mais na questão da discriminação. Ele concluiu que a Lei do Casamento era discriminatória, pois negava aos casais do mesmo sexo o direito de se casar, o que assegurava aos casais heterossexuais. Ele argumentou que o resultado de suas preferências sexuais é a negação dos direitos e privilégios resultantes do status do casamento, garantidos a pessoas cuja preferência sexual é pelo sexo oposto. E, ainda, que a comparação entre homossexuais e bigamistas, pessoas menores de idade ou mentalmente incapazes (as outras restrições impostas ao direito de se casar) era humilhante. Dessa forma, para ele, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo era discriminação nos termos da carta de direitos, e não podia ser justificado como necessário em uma sociedade livre e democrática, conforme previsto no item 5 da *New Zealand Bill of Rights*. Ele argumentou que era odioso e não poderia ser reconciliado com o ideal de igualdade perante a lei.

No entanto, Thomas J. (1993, p. 3) concluiu que, apesar da clara discriminação dentro da Lei, era impossível para o Tribunal utilizar o item 6 da NZBORA e encontrar uma interpretação da Lei do Casamento que fosse consistente com a não discriminação. Além disso, o legislador rejeitou expressamente uma Declaração de Direitos que permitiria derrubar uma legislação incompatível, mantendo assim a supremacia parlamentar. Para ele, o significado do casamento, conforme referido na Lei do Casamento, não permitiria outra interpretação senão a do casamento entre um homem e uma mulher que não estão impedidos de se casar entre si pelos motivos listados nela. Assim, Thomas J concluiu que nenhuma outra interpretação é possível sem a "supremacia legislativa usurpadora dos parlamentos".

Apesar do reconhecimento da discriminação, seguido pela abstenção da Corte, verifica-se que o caso Quilter gerou repercussão social, que influenciou discussões no Parlamento, iniciando-se diversos projetos de lei. (BUTLER, 2006, p. 26-27). E, apesar da

demora para ocorrer uma reação parlamentar, é importante notar a conclusão de Butler sobre o caso (2006, p. 27):

Em suma, foram necessários oito anos desde o acórdão do Tribunal de Recurso de Quilter até à entrada em vigor da Civil Union Act (2004). Este parece ser um longo período de gestação para um ato. No entanto, notavelmente a iniciativa nasceu de um julgamento que negou a uma parte da sociedade um "direito" que grande parte da sociedade tinha. Liderados pelo Ministério da Justiça, iniciou-se um processo de consulta com todos os neozelandeses, o que deu ao governo e ao parlamento a confiança de permitir aos casais do mesmo sexo direitos semelhantes aos dos casais heterossexuais.⁴⁹

Sthepen Gardbaum (2010, p. 28-29) também comenta o caso:

O exemplo principal geralmente dado de tal limitação (restraint) é a recusa da “Court of Appeal” no “Quilter” (1998), de interpretar a linguagem de gênero neutro do “Marriage Act” de 1995 como abrangendo o casamento entre pessoas de mesmo sexo, considerando não apenas a seção 6, mas também a seção 19 da NZBORA, enquanto emendado pelo “Human Rights Act” de 1993 que proíbe a discriminação no que se refere à orientação sexual. O fato de que seis anos após “Quilter”, a “House of Representatives” promulgou a “Civil Unions Act” depois de sério debate parlamentar, também tem sido apontado como evidência que o diálogo judiciário-legislativo está funcionando razoavelmente bem.

Verifica-se, portanto, que o diálogo entre poderes é de fato encorajado pelos mecanismos presentes na carta interpretativa neozelandesa, sendo que o debate sobre direitos não é exclusivo do Judiciário.

4.5.2 Outros casos

Além do caso Quilter, um outro exemplo de diálogo pode ser bem ilustrado pelo caso Martin, que trata da demasiada demora em julgamentos, constituindo-se em um exemplo de como os três braços do governo podem interagir uns com os outros para evitar novas violações da Carta de Direitos da Nova Zelândia. Martin foi acusado de violação sexual, sendo que houve um atraso de 17 meses entre acusação e julgamento. Butler (2006, p. 25-26) aponta que a

⁴⁹ No idioma original: “*In sum, it took eight years from the Court of Appeal judgment in Quilter to the coming into force of the Civil Union Act (2004). This seems to be a long gestation period for an Act. However, remarkably the initiative was born out of a judgment that denied a part of society a "right" which large parts of society had. Led by the Ministry of Justice, a consultation process with all New Zealanders began which gave the Government and Parliament the confidence to afford same-sex couples similar rights as heterosexual couples.*”

decisão proferida neste caso levou o sistema neozelandês de gerenciamento de casos a passar por uma revisão para tornar mais eficiente o gerenciamento de processos criminais, ou seja, todos os tribunais dentro do sistema examinaram seu procedimento para evitar mais atrasos. O Parlamento, após o julgamento de mais casos como esse, promulgou a “Lei dos Magistrados Comunitários” para diminuir o atraso e evitar a suspensão do processo.

Também se destaca o caso “Baigent”, no qual a polícia realizou uma busca ilegal e a vítima processou os policiais pelos danos sofridos. No julgamento, entendeu-se que o ataque violou a carta de direitos e se determinou que a proibição de conceder indenização por atos públicos prejudiciais presente na legislação não incluía violações da Declaração de Direitos. Em resposta, o governo da Nova Zelândia solicitou à Comissão de Direito que considerasse se o Legislativo deveria adotar alguma regra - presumivelmente uma lei - que substituísse a decisão da corte. Após examinar a questão, a Comissão recomendou que o governo não adotasse nenhuma medida porque, em essência, a Corte chegou à resposta correta (TUSHNET, 2014, p 114-115).

Nesse caso, poder-se-ia pensar que a corte neozelandesa teria convertido seu mecanismo de revisão judicial fraco em uma forma mais tradicional de supremacia judicial. Todavia, como afirma Mark Tushnert (2014, p. 115), o caso “Baigent” “mostra a revisão judicial dialógica em ação: a decisão da corte foi mantida porque o Parlamento ao final estava de acordo com ela”. Para o autor (2014, p. 115), tendo em mente esta história, pode-se fazer uma generalização: “a revisão dialógica permite que as interpretações judiciais sejam mantidas porque os cidadãos estão de acordo com elas”.

Ademais, destaca-se que alguns casos relacionados à interpretação dos direitos garantidos pela *New Zealand Bill of Rights* geraram repercussão na sociedade. Como destaca Butler (2006, p. 28), um dos problemas encontrados por uma declaração de direitos com um âmbito limitado, como a da Nova Zelândia, é que existe o perigo de que a percepção pública sobre o que são os direitos humanos possa se distorcer. No contexto da Nova Zelândia, a preocupação particular é que, aos olhos do público, a carta é vista como um tipo de “carta de trapaceiro”. Isso porque muitos dos principais casos que envolvem a carta de direitos dizem respeito a processos criminais e direitos dos presos. Assim, por exemplo, um dos primeiros casos foi *Noort v Police*, cujo resultado direto foi que dezenas de milhares de condenações por dirigir alcoolizado foram anuladas devido à falha sistemática da *Police* em conceder o direito de um advogado a pessoas submetidos a testes de álcool no sangue. Casos posteriores também envolveram a anulação de condenações resultantes de evidências obtidas de forma irracional; a suspensão de um processo por violação sexual por atraso indevido; e a concessão de \$ 135.000

a cinco presos que foram submetidos a um regime de segregação ilegal. Esses processos criminais raramente foram equilibrados aos olhos do público por litígios que resultaram em reivindicações de outras liberdades civis com as quais é mais provável que o público tenha afinidade.

Contudo, apesar de tal repercussão, de certa forma negativa e equivocada, a respeito da *New Zealand Bill of Rights*, é notório a promoção positiva da cultura dos direitos humanos, tendo em vista que a cada dia crescem as notícias sobre a carta de direitos. Portanto, existe uma crescente conscientização pública sobre a existência de uma medida legislativa específica que visa proteger e promover (alguns) dos direitos dos neozelandeses. Inclusive, em setembro de 2004, a Comissão de Direitos Humanos da Nova Zelândia publicou seu relatório de pesquisa, denominado *Direitos Humanos na Nova Zelândia Hoje*, o qual baseou-se em um número significativo de relatórios de especialistas, seminários, workshops, exercícios de pesquisa e observações sobre o estado dos direitos humanos na Nova Zelândia. Uma das conclusões da Comissão se deu no sentido de que "a maioria dos participantes acha que a Nova Zelândia está se saindo bem na proteção e fortalecimento dos direitos humanos, com legislação razoavelmente abrangente sobre direitos humanos, bem como algumas estruturas e processos para garantir o cumprimento das normas de direitos humanos. E na medida em que a *New Zealand Bill of Rights* é uma das peças mais visíveis da legislação sobre direitos humanos, claramente contribuiu para a percepção pública de que as proteções dos direitos humanos na Nova Zelândia são boas (BUTLER, 2006, p. 28-29).

Os casos mencionados mostram que o Parlamento não foi privado de sua soberania pelas cortes. Geralmente, os juízes na Nova Zelândia estão bastante cientes de que não devem "pisar" na arena do Parlamento. As cortes podem ser compreendidas como suplementares às intenções do Parlamento, preenchendo lacunas na legislação e definindo cuidadosamente os termos abertos. Contudo, como afirma Butler (2006, p. 20-21), o Parlamento abdicou de parte de seu "poder moral" ao permitir-se ser criticado pelas cortes, seja por declarações de inconsistência ou na interpretação de estatutos (ao afirmar que o Parlamento pode não ter intencionado aquele significado, já que poderia, de outro modo, violar a BORA). O poder moral pode ser bastante poderoso, porque o corpo a quem este poder moral foi confiado é obrigado a usá-lo, em referência à norma legal, e, logo, gerando fortes expectativas à sua observância. Contudo, o Parlamento já experienciou esse tipo de simbiose no Tratado de Waitangi e nas recomendações do Tribunal de Waitangi.

Sobre esses últimos casos, Ran Hirschl ressalta que a corte, por exemplo, entendeu possível a investigação de crimes praticados contra o povo maori mesmo antes de 1975, quando

instalado o Tribunal Waitangi. Os direitos do povo maori foram levados diversas vezes à Suprema Corte, como quando pleitearam que as rádios falassem sua língua e divulgassem sua cultura (o tribunal entendeu que o Estado da Nova Zelândia não poderia ser obrigado a tanto); assim como o direito de votar e serem registrados como eleitores maori, e o total direito sobre os peixes pescados (Tratado de Waitangi sobre Solicitações de Pescados de 1992) (HIRSCHL, 2007. p. 193-194).

Esse tratado, contudo, não definia quem seria um maori (já que havia descendentes da tribo que não estavam mais vinculados a ela, mas viviam em áreas urbanas como os demais neozelandeses), questão que foi também judicializada, para se decidir que os maoris residentes em áreas urbanas, ainda que sem acesso ao mar, teriam direitos de pesca. Essa decisão, entretanto, foi revista por um Comitê Judicial em Londres e o Judiciário na nova Zelândia foi obrigado a reenfrentar o problema. (HIRSCHL, 2007. p. 194-195). A decisão foi no sentido de que o Ato de Solicitação de Pescados de 1992 se referia sim a concessão de cotas de pescados exclusivamente aos *iwi* (maior unidade social da cultura maori). Com relação ao que significaria o termo *iwi*, a Corte entendeu que ele seria equivalente a tribo: “um grupo de pessoas reivindicando a descendência de Maoris, que dividem uma mesma cultura, coabitando em uma determinada área, ou descendentes de ancestrais que habitavam a determinada área”. Dessa forma, as cotas de pescaria seriam apenas para as tribos ancestrais, e não para os maoris que vivessem junto com os demais neozelandeses nas cidades. Esses não estariam abrangidos pelas negociações que levaram à edição do Ato de 1992 (HIRSCHL, 2007. p. 194-195).

Por fim, destacam-se os casos julgados pela corte neozelandesa no ano de 2019, o que totalizou cento e quarenta e três casos, cujas decisões encontram-se disponíveis em seu site na rede mundial de computadores e estão resumidas no Apêndice n. 2. Ao se analisar todas as decisões, tem-se apenas que trinta recursos preencheram os requisitos formais para serem julgados pela corte. Ou seja, apenas vinte e um por cento dos recursos que chegaram à corte neozelandesa foram recebidos, preenchendo os requisitos exigidos para julgamento pela Corte Suprema, nos termos expostos no subtópico 4.1.

Desses trinta casos recebidos, apenas dois citaram a *New Zealand Bill of Rights*, fazendo-o *en passant*, sem aprofundar a discussão referente aos direitos estabelecidos na carta.

O primeiro caso, *Shark Experience Limited versus PauaMAC5 Incorporated* (2019, NZSC, 111), foi julgado em 11.10.2019 e o respectivo recurso foi improvido pela corte. A decisão indeferiu o pedido de autorização para a produção de mais provas e declarou nula a decisão do tribunal inferior no sentido de que o mergulho na gaiola de tubarão seria uma ofensa ao artigo 63 do *WildLife Act* de 1953. A *New Zealand Bill of Rights Act* foi citada apenas

superficialmente para tratar de questões relacionadas à liberdade de movimentação e da pessoa inerentes à atividade de mergulho em gaiola de tubarão, sendo que uma das partes mencionou o item 6 da carta, mas a corte não discutiu a interpretação de direitos. Assim decidiu a corte: “os barcos da Shark Experience podem viajar livremente e os mergulhadores podem mergulhar na área, a restrição em nossa interpretação da lei restringe uma forma de conduta ao invés de livre circulação sobre o oceano.”

Já o segundo caso, *Lemuel Misa versus R.* (2019, NZSC 134), foi julgado em 02.12.2019, sendo o recurso da parte improvido. A decisão do caso criminal apenas menciona o item 25 da *New Zealand Bill of Rights Act* para afirmar os direitos de defesa do réu.

Os demais recursos recebidos pela corte diziam respeito ao direito contratual, ao direito criminal ou a questões processuais. As decisões da corte sobre tais recursos não mencionaram a carta de direitos neozelandesa.

Assim, no ano de 2019, não se verifica a utilização do mandado interpretativo ou da declaração de inconsistência acima analisados, tampouco uma análise mais aprofundada de dispositivos da carta de direitos neozelandesa. O que também é indicativo de que a cultura de supremacia do Parlamento de fato prevalece na Nova Zelândia, como acima exposto. Ou seja, é certo que há menor interferência do Judiciário nas questões constitucionais relevantes para a sociedade neozelandesa.

5 EXPRESSÕES DE DIÁLOGO ENTRE PODERES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A discussão sobre o exercício do controle de constitucionalidade do Brasil tem raízes históricas e expressões distintas, ambas retratadas nas diferentes Constituições brasileiras.

Inicialmente, por meio do Decreto n. 510, de junho de 1890 (chamado de Constituição provisória de 1890), no artigo 58, § 1º, “a” e “b”, inseriu-se, no Brasil, o modelo de controle de constitucionalidade com inspiração norte-americana. Na sequência, o Decreto n. 848 de 1890 já autorizava o Supremo Tribunal Federal a julgar, em grau de recurso e em última instância, questões de constitucionalidade. No entanto, oficialmente, o modelo de controle de constitucionalidade das leis foi instituído com a Constituição de 1891, reconhecendo-se a competência do Supremo para: a) rever as sentenças das Justiças nos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal fosse contra ela; ou b) quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnados, nos termos do seu artigo 59, § 1º, “a” e “b”. (LEAL, 2014, p. 165-166).

Sobre a prática do controle e a postura de autocontenção do Tribunal na vigência de tal Constituição, assim destacam Katya Kozicki e Eduardo Borges Araujo (2017, p. 110):

A influência norte-americana far-se-ia presente também no princípio da separação dos poderes. A Constituição de 1891, em seu artigo 15, determinava que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário eram harmônicos e independentes entre si. Adotando uma linha de autocontenção, a Corte hesitaria em exercer a revisão judicial e, assim, pretenderia não interferir sobre as ações dos demais poderes. A autocontenção judicial, contrária ao ativismo judicial, revelar-se-ia em três ações, reiteradamente adotadas pelo menos até 1988. Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-se da discussão sobre políticas públicas. Decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções.

Também se ressalta que a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, trouxe, no seu art. 13, § 10, previsão segundo a qual os juízes e tribunais apreciariam a validade das leis e regulamentos deixando de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente

inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição (LEAL, 2014, p. 166).

Nesse contexto, o primeiro passo mais significativo em direção ao modelo concentrado foi dado no âmbito da Constituição de 1934, cujo texto previa mecanismos de intervenção da União sobre os Estados quando violados os denominados “princípios constitucionais sensíveis” do seu artigo 7º, I, *a a h*. A declaração de inconstitucionalidade, a fim de evitar a intervenção federal, conferida unicamente ao Procurador-Geral da República, condicionava a eficácia de lei interventiva à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que, assim, tornar-se-ia competente para aferir a constitucionalidade de lei em tese. Embora estivesse vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, “a representação seria uma fórmula judicial de resolução de conflito que deslocaria a questão do político ao jurídico” (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 111).

Com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, foi inserida, na Constituição de 1946, a representação de inconstitucionalidade. Confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, a representação era o meio adequado a instar decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, fosse federal ou estadual. Desse modo, a Emenda implantou o controle abstrato, sendo que o alcance material da ação seria ampliado, tutelando não só princípios sensíveis, como também direitos objetivos (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 111).

Além disso, também importa destacar a hipertrofia do Executivo nos períodos autoritários:

Com efeito, nos períodos autoritários (1930 a 1945 e 1988) a hipertrofia do Executivo gerava um arranjo institucional hierarquizado em cujo ápice se encontrava o Presidente da República, não havendo nível significativo de fracionamento de poder que viabilizasse que o Judiciário exercesse, com independência, o controle de constitucionalidade dos atos do governo. Tentativas de resistência judicial à “camisa de força” que lhe era imposta causaram as reações políticas mais diversas: desde o frontal descumprimento da decisão judicial até duros ataques institucionais à Corte, tornando-lhe subserviente ao regime. Nestes períodos, sequer a supremacia da Constituição, o Estado de Direito e o controle de constitucionalidade (um *minus* em relação à supremacia judicial) se mostravam, efetivamente, presentes, na medida em que os governos exerciam poderes praticamente ilimitados pela Constituição. (BRANDÃO, 2017, p. 145)

Finalmente, após o período ditatorial, com a Constituição de 1988, alargou-se a titularidade e o escopo do direito de ação ao Supremo, trazendo em seu artigo 103 sete novos atores legitimados ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, que sucedeu a “representação”. Também foram criados a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e

o mandado de injunção, voltados para a resolução de condutas do legislador que fossem omissivas e colocassem em risco a efetividade das normas constitucionais. Institui-se, ainda, de forma subsidiária, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de reparar ou evitar lesão resultante de ato do Poder Público. Além disso, em 1993, a promulgação da Emenda Constitucional n. 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, cujo papel seria provocar o STF a decidir controvérsia ou dúvida sobre a natureza constitucional de uma norma capaz de gerar um estado de incerteza jurídica; a mesma emenda regulamentou a eficácia *ex-nunc* das decisões do Supremo e o instrumento da ADPF. Após seis anos, o Congresso promulgou duas leis relevantes: a Lei n. 9.868, a qual dispõe sobre os ritos das ADI e ADC, assim como a Lei n. 9.882, que estabelece o processo e o julgamento de ADPF (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 112).

Ademais, é necessário ressaltar a Emenda Constitucional n. 45, aprovada no ano de 2004, a partir da qual se elaborou o instituto da Súmula Vinculante. Quando aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, tal súmula teria o poder de vincular tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública direta e indireta, nos três níveis federativos. Destaca-se, além disso, que essa aprovação - assim como a revisão ou cancelamento - somente pode ser requerida conforme o disposto no artigo 103 da Constituição de 1988. Essa Emenda ainda “condicionou a admissibilidade de recurso extraordinário à presença de repercussão geral, com a Corte aferindo a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria discutida”.

Verifica-se, então, que a discussão sobre o controle de constitucionalidade no Brasil parece ter encontrado no contexto democrático da Constituição de 1988 um novo caminho, porquanto ela consagra uma última palavra do Judiciário em especial do Supremo, como seu guardião primaz. Esse arranjo parece conceder ao STF a prioridade da última palavra, um caminho de certa forma sedimentado ao longo dos 30 anos de processos democráticos no Brasil. No entanto, ao contrário do que poderia ser compreendido como uma “carta branca ao ativismo”, a Constituição fez prevalecer em seu arranjo a supremacia constitucional, e não a supremacia judicial. Sendo a supremacia constitucional responsabilidade dos Poderes, dos cidadãos e da sociedade como um todo, há o pressuposto de diálogo que transparece desse arranjo desenhado para a Constituição.

Oportunidades de diálogo, embora escassas e ainda fracas, transparecem em diferentes momentos do constitucionalismo nesses últimos anos, conforme indicam os vários subitens a seguir.

5.1 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A POTENCIALIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MECANISMO DIALÓGICO

A expansão da atuação do Judiciário é um fenômeno comum nas democracias contemporâneas, conforme destacado no capítulo segundo, especialmente no tópico 2.1. Inclusive, Ran Hirschl (2004) explica as origens do empoderamento judicial a partir de duas hipóteses centrais: ação estratégica e preservação hegemônica. Claudia Maria Barbosa (2019), ao estudar o autor, destaca que, para ele, a *juristocracy* consolida-se como consequência de uma forma autointeressada de preservação hegemônica, na qual as tradicionais elites estrategicamente cedem ao Judiciário parcela do poder político que antes detinham, porque se beneficiam dessa transferência. Ou seja, haveria um acordo entre as elites, que, vendo enfraquecido seu poder nas urnas, decidem transferi-lo às cortes, sobretudo cortes constitucionais. Hirschl explora quatro razões centrais para essa transferência, incluindo aquelas relacionadas aos custos políticos de uma decisão legislativa:

A primeira é a redução dos custos políticos na transferência ao Judiciário da tomada de decisões impopulares que desagradam partes sensíveis dos eleitores. A segunda remete ao apoio popular dado ao político por ele consentir em transferir decisões difíceis a um corpo profissional e aparentemente apolítico que possa tomá-las de forma técnica e, portanto, mais segura. A terceira quando grupos políticos defendendo posições divergentes não têm certeza do resultado e não querem arriscar suas preferências políticas em um debate em que podem ser derrotados, neste caso a transferência do poder decisório à Suprema Corte serve também para criar obstáculos àqueles que defendem interesses divergentes. E finalmente, a transferência de poder de decisão aos juízes acontece porque os detentores do poder político acreditam que suas preferências serão aprimoradas sob o regime político da juristocracia. (BARBOSA, 2019, p. 12)

No Brasil, a Constituição de 1988 inovou no sentido de que ampliou materialmente o escopo da revisão constitucional. Claudia Maria Barbosa (2013, p. 4-5) destaca que a Constituição brasileira, promulgada no seio de um processo de transição para um estado democrático de direito, estabeleceu os direitos sob proteção judicial, inovando quando desenhou o Supremo Tribunal Federal com dupla função de corte final de apelação e de corte constitucional, assim como quando atribuiu ao Judiciário como um todo, principalmente ao Supremo, um exercício amplíssimo de controle de constitucionalidade misto, a um só tempo, difuso e concentrado, concreto e abstrato.

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444) também reforça que a expansão do Judiciário no Brasil ocorre devido à ambição do texto constitucional de 1988, bem como a essa paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, desde 1988. O autor ressalta que o Supremo, o qual, a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e de foro especializado, “no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93 e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99”. Assim, afirma que o “Supremo Tribunal Federal se tornou uma instituição singular em termos comparativos com sua própria história e com a história de cortes existentes em outras democracias”.

Ademais, a fim de denominar a singularidade do arranjo institucional brasileiro, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444-445) cunhou o termo “supremocracia”, com um duplo sentido. Em um primeiro sentido, refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário:

Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (rule) o Poder Judiciário no Brasil. (VIEIRA, 2008. p. 444-445)

Em um segundo sentido, o termo “supremocracia” refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008. p. 445). Nesse sentido, há vários exemplos característicos da atuação ativista do Supremo, expressos em alguns julgamentos, como destacado por Antônio Oliveira (2014, p. 131-132): a) a Súmula vinculante n. 11, disciplinando o uso de algemas; b) a vedação do nepotismo, prevista na Súmula vinculante nº 13; c) a possibilidade de uniões homoafetivas na ADPF 132 e ADI 4.277; d) a criação do aborto eugênico como nova hipótese de excludente de ilicitude no Código Penal (ADPF 54); e) o caso relativo à verticalização das coligações e à cláusula de barreira; f) e as já conhecidas decisões proferidas em demandas relativas à saúde, principalmente as que reivindicam medicamentos. Alguns desses casos, inclusive, serão analisados em alguns tópicos adiante, verificando-se se, mesmo diante da postura ativista, houve abertura para diálogo na decisão do Supremo.

Ademais, no tocante à expansão de atuação do Judiciário, também se deve ressaltar o *caput* do artigo 102 da Constituição de 1988, usualmente citado em decisões, o qual preceitua que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, ou seja, pode-se depreender que o Supremo exerce uma função diferenciada na interpretação constitucional, devendo por ela zelar. Inclusive, com fundamento em tal dispositivo, em suas decisões comumente se verifica um Supremo que utiliza a “retórica do guardião entrincheirado”, afirmando-se como último guardião da Constituição. Sobre o assunto, assim afirma Conrado Hubner Mendes (2011, p. 217):

A mentalidade política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Atribui ao tribunal, ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. A armadura procedimental da Constituição possibilita diferentes tipos de interação, uns mais, outros menos legítimos [...]. A “retórica do guardião entrincheirado”, porém, incentiva um tipo distante do ideal do diálogo [...]. (MENDES, 2011, p. 217)

Ou seja, o Supremo atua sob o argumento de ser a “última trincheira do cidadão”. Entretanto, como ressaltam Katya Kozicki e Eduardo Araújo (2015, p. 114-115), não se deve confundir o ativismo judicial com a judicialização da política, uma vez que o próprio desenho institucional traçado pelo texto constitucional reserva, ao Supremo Tribunal Federal a última palavra no que diz respeito ao circuito decisório final, em razão disso o plenário da corte é palco para decisões moral, social e politicamente relevantes, dada a transferência de poder ao poder judiciário. Em síntese, o ativismo judicial seria uma postura de ocupar lacunas nas quais o poder legislativo e executivo não atuam ou são deficientes, mas, além disso, seria resultado do desenho judicial contemporâneo, sendo três características de uma postura ativista: a) a aplicação direta da Constituição a situações não contidas expressamente em seu texto, ignorando as manifestações legislativas; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos ainda se ausente patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de deveres de fazer ou não fazer ao Poder Público. O ativismo judicial apresenta aspectos positivos e negativos, já que, por uma perspectiva, o Judiciário atende à demanda do cidadão, mas, em contrapartida, desvela as dificuldades vivenciadas pelo Poder Legislativo. (KOZICKI; ARAÚJO, 2015 p.115).

É importante notar que o dispositivo em questão, o artigo 102 da Constituição de 1988, não dispõe que apenas o Supremo Tribunal Federal deva preservar a ordem constitucional. Todos os poderes do Estado devem fazê-lo, possuindo a responsabilidade institucional de justificar as suas decisões de acordo com a Constituição. Ou seja, o Supremo não é o guardião

solitário da Constituição, não podendo se estabelecer relação hierárquica em relação aos demais poderes. Nesse contexto, como ressalta Glauco Salomão Leite (2017, p. 242-243), tampouco o Supremo poderá carregar tal ônus de modo solitário, até porque os objetivos constitucionais não seriam plenamente implementados por seus acórdãos sem a participação dos demais poderes.

Nesse processo, destaca-se o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, que é elucidativo da trajetória de empoderamento da Corte. Esse remédio constitucional está previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em entendimento exarado no Mandado de Injunção n. 107-3/DF o Supremo Tribunal Federal decidiu que não lhe competia elaborar norma onde a Constituição o exigia, afirmando, dessa forma, a competência dos legisladores para tanto. Já em um segundo momento, houve uma tese intermediária no sentido de que se o Congresso Nacional não fizesse a lei, em certo prazo estabelecido na decisão, o Supremo Tribunal Federal poderia tomar conhecimento de reclamação da parte quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. Ou seja, uma posição que concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo direito (MARQUES; BARBOSA; 2017).

Esse entendimento, contudo, enfraqueceu-se na decisão prolatada no Mandado de Injunção n. 283-5/DF, porque, ali, o Supremo inovou quando deixou de exigir prazo para que o Congresso Nacional editasse a norma vindicada. A inexigibilidade do prazo para a edição da norma, embora pareça sinal de respeito por parte do Judiciário ao “tempo da política”, passa ao largo dessa compreensão, vez que, na prática, acabou por autorizar que a Corte reconhecesse imediatamente direito do impetrante que ainda dependeria de edição de norma regulamentadora, conforme previsão constitucional expressa. Tal trajetória sinaliza, por parte do Supremo, a fuga do posicionamento não concretista para uma posição concretista individual.

Uma mudança ainda mais drástica ocorreu por ocasião do julgamento proferido no Mandado de Injunção n. 712-8/PA, oriundo de um Sindicato de servidores públicos que, na ausência de lei regulamentadora dos direitos de greve dos servidores públicos, exigida pela Constituição, pleiteava a aplicação por analogia da lei que rege o direito de greve no setor privado a seus respectivos filiados até que houvesse a regulamentação do dispositivo previsto

no art. 37, VII, da Constituição (OLIVEIRA, 2014, p. 131). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus integrantes, inovou na aplicação da lei de greve da iniciativa privada, estendendo aos servidores públicos alguns dos direitos e garantias nela expressos. A esse respeito, assim observou Antônio Oliveira (2014, p. 131):

Com efeito, diante da norma prevista no art. 37, VII, da CF e da reiterada e longa omissão legislativa, já declarada inconstitucional, determinou-se, diante da singularidade do caso concreto, a aplicação dos artigos 9º, 14, 15 e 17 da lei nº 7.783/1989, com as devidas e necessárias alterações ao atendimento das peculiaridades da greve no serviço público, até o advento da regulamentação da norma constitucional invocada.

Isto é, a Corte determinou que fosse aplicada a lei de greve vigente no âmbito privado aos servidores públicos filiados ao sindicato impetrante, inovando a partir de daí, conforme constatou Oliveira (2014, p. 131), a sua própria jurisprudência. Uma consequência facilmente observável é a ausência, ainda hoje, de uma específica lei de greve para o servidor federal que, de resto, tem o seu direito “mal assegurado” nos termos e nos limites do entendimento “ad hoc” do Supremo Tribunal Federal.

Na linha da “nova” orientação jurisprudencial, fixada no julgamento do Mandado de Injunção 758/DF, o Ministro Marco Aurélio, do mesmo modo que procedeu no Mandado 721/DF, julgou procedente o pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, oriundo da atividade em trabalho insalubre (artigo 40, § 4º, da Constituição de 1988), adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social, a qual dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada (artigo 57 da Lei n.8.231/91). Tratava-se, na espécie, de *writ* impetrado por servidor público federal, lotado na função de tecnologista na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava suprimento da lacuna normativa constante no § 4º do artigo 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial em razão de trabalho, por vinte e cinco anos, em atividade considerada insalubre, na qual mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas, e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que suprisse a omissão legislativa.

Ressalta-se que uma regulamentação específica do próprio procedimento relativo ao mandado de injunção só ocorreu em 2016, com a edição da Lei n. 13.300. Tal lei disciplina

tanto o processo e o julgamento dos mandados de injunção individuais, como os coletivos⁵⁰, conforme o seu artigo 1º, sendo que o mandado de injunção será concedido na hipótese do artigo 2º da lei: “(...) sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Além disso, o parágrafo único do artigo 2º prevê que se considera parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Os legitimados para ajuizamento de mandado de injunção, ou seja, os impetrantes, são as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas referidas no artigo 2º. Já como impetrados, de acordo com o artigo 3º, são legitimados o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. Além disso, a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado, nos termos do artigo 4º da lei.

Uma vez recebida a petição inicial, será ordenada a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações. Do mesmo modo, deve haver a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial para que, querendo, ingresse no feito, nos termos do artigo 5º da legislação. E, ainda, após o referido prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, quem opinará em 10 (dez) dias, quando, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

⁵⁰ “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.”
“Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º. Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.”

Uma vez reconhecido o estado de mora legislativa, de acordo com o artigo 8º, será deferida a injunção para: a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora (inciso primeiro) e b) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado (inciso segundo). O parágrafo primeiro prescreve que será dispensada a determinação de prazo a qual se refere o inciso primeiro quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Quanto à eficácia da decisão em sede de mandado de injunção, ressalta-se que terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora (artigo 9º), sendo que as eficácias *ultra partes* ou *erga omnes* serão atribuídas à decisão quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (§ 1º). Inclusive, uma vez transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator do processo (§ 2º). Ademais, o indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios (§ 3º). Poderá, ainda, haver revisão da decisão a pedido de qualquer interessado, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, desde que sobrevenham relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito, observando a ação de revisão o mesmo procedimento da Lei n. 13.300, de 2016 (em seu artigo 10).

Ademais, a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável, sendo que restará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito (artigo 11).

Antes da legislação de 2016, verifica-se que a trajetória do tratamento dado ao mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal é bastante ilustrativa do movimento por meio do qual o Poder Judiciário paulatinamente amplia seus poderes. No entanto, nesta trajetória, pôde-se verificar uma tentativa de diálogo, tendo em vista que, em um primeiro momento, o Judiciário afirmou que não lhe competia editar norma e devolveu a questão para o Poder Legislativo, ou seja, adotou postura de autocontenção. E, diante da ausência de elaboração de norma por parte do Legislativo, o Judiciário se pronunciou no sentido de que não lhe competia determinar prazo para o Legislativo elaborar a norma. Enfim não havendo resposta

legislativa, o Judiciário acabou por assentar o direito do impetrante do mandado de segurança nos casos acima citados.

Isto é, a tentativa de diálogo não foi bem-sucedida tendo em vista o espaço de manifestação oportunizado pela iniciativa do Judiciário e a ausência de manifestação do Legislativo. Considera-se, assim, que houve postura deferente do Judiciário para com o Legislativo, uma vez que, antes de assumir o espaço de tomada de decisão, acabou por oportunizar a manifestação e decisão do Legislativo.

Nesse sentido, defende-se que o mandado de injunção é um típico mecanismo dialógico, embora a dogmática constitucional brasileira trate-o como um remédio constitucional. Isso porque, em um primeiro momento, reconhece a ausência de uma norma que dê efetividade a um direito constitucionalmente estabelecido, ainda que se refira tão somente ao caso de norma constitucional que de fato dependa da existência de norma regulamentadora e o Legislativo não a tenha elaborado; e, em um segundo momento, existe uma comunicação do Judiciário ao Legislativo sobre a necessidade de elaboração da respectiva norma.

Desse modo, defende-se que a trajetória acima narrada, de julgamento do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal, traz um relato de um mecanismo dialógico que não foi aproveitado na sua total potencialidade, muito em razão da postura do Legislativo, a qual não surpreende quando se considera - entre as razões para a expansão da atuação do Judiciário, como se viu acima - o próprio custo político para o Legislativo na tomada de decisões difíceis ou impopulares. Diante de uma específica regulamentação do procedimento do mandado de injunção com a Lei n. 13.300 de 2016, pode-se vislumbrar uma oportunidade de diálogo entre as instituições, dependente, entretanto, de uma postura de autocontenção do Judiciário, assim como de um Legislativo que, de fato, preocupe-se com a elaboração de eventual norma regulamentadora de tais direitos fundamentais.

5.2 COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE? QUESTÕES DE DELIBERAÇÃO INTERNA E EXTERNA⁵¹

⁵¹ O início da discussão a respeito da deliberação no Supremo Tribunal Federal realizada neste tópico, especialmente nos primeiros oito parágrafos, já foi realizada também no seguinte artigo científico: ARAÚJO, Sylvia. M.C.B; BARBOSA C.M; MARQUES, C.S.P. Desenho Institucional e Judicialização da política nas cortes constitucionais Brasileira e Colombiana: Uma Análise Comparada. Revista Estudos Institucionais. V.4. n2. 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/201>. Acesso em 16 fev. 2020.

Para se compreender o controle de constitucionalidade brasileiro, considerado forte, também há que se verificar como é o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, é necessário entender como ocorre a deliberação interna, entre os próprios ministros, assim como outras disposições que se enquadram no âmbito da deliberação externa, para, posteriormente, verificar o possível diálogo entre o Judiciário e o Legislativo.

Desse modo, primeiramente, destaca-se que a elaboração dos acórdãos pelo Supremo está regulamentada em seu Regimento Interno, especificamente na Seção III, “Das Decisões”, artigos 93 e seguintes. André Rufino do Vale explica que o termo acórdão, substantivo derivado do verbo acordar, foi aplicado “para retratar o fato de a decisão do tribunal ser tomada pela convergência das distintas opiniões expressadas individualmente por cada membro do órgão colegiado”. (VALE, 2015. p. 295). Guilherme Klafke e Bruna Pretzel (2014, p. 94), em seu turno, ressaltam que a disciplina do regimento interno da corte não é fiel à prática da produção dos acórdãos finais, mas apenas diz como esta deveria ser e, ainda, que não é exaustiva no que diz respeito a todas as etapas de elaboração, deixando algumas lacunas.

Segundo o Regimento Interno do Supremo, “as conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento” (art. 93). A transcrição de áudio, por sua vez, “registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão” (art. 96).

A Secretaria das Sessões é responsável por realizar a transcrição da discussão, dos votos orais e das perguntas feitas aos advogados e respectivas respostas (art. 96, §1º), já os Gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, votos escritos e transcrição da discussão em vinte dias contados da sessão de julgamento (art. 96, §2º). Caso esse prazo não seja respeitado, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição do áudio do relatório e dos votos lidos, ressalvando que esses não foram revisados (art. 96, §3º).

Desses dispositivos, extrai-se que o acórdão final pode ser produzido de dois modos não excludentes: (i) pela juntada dos votos escritos liberados pelos Gabinetes dos Ministros ou (ii) pela juntada da transcrição do áudio do julgamento. Em caso de conflito entre o voto escrito enviado pelo Gabinete e a transcrição da gravação de áudio, prevalece a última, conforme decisão do próprio STF.

Uma vez elaborado o acórdão e a ementa e publicados, a outra grande questão é como e se é possível identificar os argumentos do tribunal em relação ao tema objeto de decisão. Essa questão passa pelo formato de deliberação adotado pelo tribunal e pelo modo de exposição da decisão final.

Para Virgílio Afonso da Silva, “há um potencial ainda pouco explorado no que diz respeito à interação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas”. (SILVA, 2009. p. 208-209). O autor explica que a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos dentro de um grupo para que ele chegue a uma decisão (ou seja, entre os juízes), já a deliberação externa, envolve o esforço para convencer atores externos ao grupo (diálogo entre juízes e o mundo externo). Assim, no modelo europeu, a deliberação prevalente é interna, enquanto no processo decisório norte-americano é preponderantemente externa.

Dessa forma, no primeiro caso, há um longo debate entre os juízes e convencimento através do diálogo, gerando uma decisão “única, institucional, clara, objetiva e de consenso” (SILVA, 2009. p. 209-210), o qual será expresso na decisão que será publicada. No modelo norte-americano, ao contrário, “os juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra”, sendo que “é possível indagar, como o fazem Ferejohn e Pasquino, se de fato os juízes da Suprema Corte americana têm como objetivo primordial persuadir seus colegas acerca da correção de suas opiniões”. Conforme adverte Virgílio Afonso da Silva, “sua plateia é externa: é o Congresso, a Casa Branca, as faculdades de direito, são os jornalistas” (SILVA, 2009. p. 210-211).

O modelo brasileiro surge claramente inspirado pelo modelo norte-americano. Ainda assim, em que pese as semelhanças entre ambos, no processo deliberativo da Suprema Corte dos Estados Unidos, o acórdão usualmente expressa o resultado de debate realizado, publicandose apenas excepcionalmente o voto divergente. No Brasil, ao contrário, o “inteiro teor” da decisão informa os textos dos votos vencedores e vencidos, sendo o Acórdão a expressão do resultado da votação da maioria, ainda que as razões dessa maioria sejam diferentes e, não raro, contraditórias.

Para Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 210-211), uma democracia precisa de dois tipos de deliberação. É preciso que o tribunal, enquanto instituição, fale de maneira clara, objetiva e única – deliberação interna – e, também, em uma diferente forma de exercício da deliberação externa, a partir de um diálogo entre tribunal, sociedade civil e poderes políticos (diálogo entre poderes, diálogo constitucional), sem necessária fragmentação da deliberação ou desagregação argumentativa. (SILVA, 2009. p. 210-211)

Para o autor, “o modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus” (SILVA, 2009. p. 216-217), tendo em vista a quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros; a inexistência de unidade institucional e decisória; e a carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal.

Para Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, o fato de o tipo de deliberação adotado no Brasil não privilegiar a troca de votos entre os ministros e não haver, portanto, uma unidade institucional decisória, “dificulta, por exemplo, a distinção entre os aspectos da decisão que são apenas argumentos auxiliares para o voto, as *obiter dicta* e os motivos efetivos que levaram à decisão, as razões de decidir (*ratio decidendi*)”. (CLÈVE, 2015, p. 183-206)

Conrado Hubner Mendes explica bem o fato de que a posição do Supremo em uma determinada matéria acaba por se mostrar apenas um aglomerado dos votos dos onze ministros. Veja-se:

Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, [...] esbarramos numa outra dificuldade: argumentos ‘do tribunal’ quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros [...]. (MENDES, 2010, p. 03)

Para André Rufino do Vale, o formato adotado pelo STF:

privilegia a apresentação pública de cada opinião individual pronunciada pelos Ministros, com suas próprias razões de decidir, o que por um lado favorece a demonstração da pluralidade que caracteriza as diversas posições que compõem o órgão colegiado, revelando de modo mais aberto a realidade da deliberação, mas que, por outro lado, torna bastante difícil e complexa a tarefa de identificar de forma unívoca e inequívoca a *ratio decidendi* do tribunal como unidade institucional. (VALE, 2015, p. 296-297)

O autor explica, inclusive, que “não é nada incomum que votos convergentes quanto à decisão tomada divirjam nitidamente nos fundamentos adotados e que outros votos que são muito semelhantes em técnicas argumentativas cheguem a conclusões opostas”, de modo que mesmo a leitura do acórdão pode se tornar insuficiente para “identificar com precisão as diversas posições e argumentos lançados em variados sentidos por cada Ministro” (VALE, 2015, p. 297).

André Rufino do Vale, assim, conclui que:

os acórdãos acabam resultando em textos muito longos e com conteúdo extremamente diversificado e fragmentado, na medida em que nele estão contidas todas as posições e argumentos lançados na deliberação pública, separados e dispostos na sequência da formatação prevista, e não conforme uma narrativa unitária. (VALE, 2015, p. 297)

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, pondera esses argumentos e advoga a necessidade de o Supremo Tribunal Federal constituir-se enquanto uma instituição que tenha voz própria, que não seja “a soma de 11 vozes dissociadas” (SILVA, 2009, p. 218-219), isso porque a unidade institucional é essencial para o diálogo entre instituições e porque a vinculação de suas decisões depende, em certa medida, da aludida unidade. Para fomentar essa mudança no âmbito da deliberação, segundo o autor, bastariam mudanças no regimento interno do tribunal, não sendo necessárias reformas constitucionais.

No mesmo sentido, Conrado Hubner Mendes afirma: “As “onze ilhas” do STF continuam fortes como nunca”. As decisões do Plenário, cada vez mais fragmentadas, parecem uma colcha de retalhos. E, na maior parte do tempo, o Supremo Tribunal Federal é um tribunal monocrático. Para mudar essa realidade, é preciso um choque de colegialidade”.

Para fomentar essa mudança no âmbito da deliberação, segundo o autor, bastariam mudanças no regimento interno do tribunal, não sendo necessárias reformas constitucionais (SILVA, 2013, p. 218-220).

Vale acrescentar o que ressalta Rodrigo Brandão acerca da efetiva implantação dos efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal que se encontra seriamente prejudicada pelo fato de o STF não colher votos dos seus membros em relação aos fundamentos da decisão, seguindo um modelo de decisão agregativa em que o “acórdão” do Tribunal é a soma de 10 votos, cada qual com a sua *rationale*. Nesse cenário, há forte incompreensão acerca da tese jurídica principal que se extrai da decisão do Supremo, circunstância que gera sérios problemas de não implementação, pois, naturalmente, só se pode cumprir o que se compreende (BRANDÃO, 2017, p. 404).

Além disso, no que diz respeito à deliberação externa, também há que se ressaltar que poderiam existir mais mecanismos de diálogos com as instituições, ou seja, com os demais poderes, pouco tangenciados pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá a seguir; assim como existem alguns mecanismos de diálogo com a sociedade, que ainda precisam ser aprimorados, como o instituto do *amicus curiae*. Tal mecanismo é interessante, pois, por meio dele, o Supremo ouviria representantes de diversos setores da sociedade. No entanto, não pode ser utilizados apenas em seu “aspecto burocrático”, devendo se atentar para sua utilidade no sentido de esclarecer diferentes aspectos de questões complexas, ou seja, para o seu uso substancial.

Inclusive, a figura do *Amicus curiae* (“*Friend of Court*”, “*Freund des gericht*”) atualmente está prevista no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015, sendo exigido o interesse institucional da pessoa física (um médico, professor, etc.) ou jurídica (como

associações, por exemplo). A figura já era prevista para o processo constitucional em legislação esparsa (artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868 de 1999) e o cabimento da sua intervenção nos termos do referido artigo 138 é cabível nos seguintes termos: a) relevância da matéria; b) a especificidade do tema objeto da demanda; c) repercussão social da controvérsia. Nas palavras de Gabriel Dolabela Raemy Rangel (2014, p. 151):

Enfim, o amigo da Corte prestará ao Tribunal Constitucional informações sobre determinada área de conhecimento, aspectos sociais, opiniões políticas, religiosas, éticas, etc. Em última instância, essa figura, além de trazer elementos para facilitar o convencimento dos juizes, trará maior grau de legitimação e aceitação das decisões no seio da sociedade. Hoje, o Supremo do Brasil vem usando de maneira extremamente saudável esse instituto. É comuníssima a participação, em julgamentos, de membros da igreja, de classes profissionais, de estudiosos de várias áreas de conhecimento, dentre outras figuras. Consignem-se aqui os emblemáticos julgamentos sobre a possibilidade de aborto de fetos com anencefalia e sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo, em que houve uma vasta participação de amigos da Corte.

Nesse contexto, verifica-se se de fato as manifestações realizadas por meio desses mecanismos são consideradas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nas suas decisões.

Em artigo intitulado “As Audiências Públicas e os *Amici Curiae* Influenciam as Decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? E Por Que Isso Deve(Ria) Importar?” (2015), Miguel Gualano Godoy verificou se as audiências públicas e os *amici curiae* influenciam ou não as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise argumentos e razões expostos por eles em seus votos. O autor do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 que tratava da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, entre outras ações judiciais, e conclui que os ministros se utilizam dos argumentos esposados nas audiências públicas sim, mas muito mais na primeira hipótese (aspecto burocrático) do que em seus pareceres (2015, p. 143, 149-150).

Assim, o autor reconhece que a forma como o Supremo Tribunal Federal tem utilizado as audiências públicas e participação dos *amici curiae* tem sido pouco dialógica, pois aquelas têm se reduzido apenas à exposição de diferentes posições em relação a um dado caso e “têm funcionado somente como espaço de complementação informativa dos ministros”, assim como não se tem permitido o debate, o desafio e a troca de argumentos, pois os ministros adotam uma posição passiva, abstenendo-se de fazer perguntas (GODOY, 2015, 157-158). Conclui, ainda, Godoy (2015, 157-158) que, para que haja um debate público efetivo e um diálogo genuíno, é preciso que o Supremo Tribunal Federal reconheça e promova o debate

“em todas as diferentes fases que envolvem o julgamento de um caso, notadamente a fase pré-decisional, a fase decisional e a fase pós-decisional”.

5.3 O CONTROLE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS: PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33 DE 2011

Como também se verificou acima, o controle de constitucionalidade brasileiro é considerado forte, tendo em vista o caráter vinculante e *erga omnes* das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, a rigidez no processo de Emenda à Constituição em relação à alteração legislativa ordinária e o protagonismo do Judiciário verificado a partir da Constituição de 1988.

Dessa forma, apesar da possibilidade de interação com o Parlamento, não há mecanismos imediatos de respostas legislativas que caracterizem um controle de constitucionalidade fraco como o apontado no primeiro capítulo deste trabalho. E como ressalta Jairo Néia Lima (2014, p. 12), no sistema brasileiro, o instrumento existente para a realização do diálogo institucional é o processo de Emenda à Constituição, que serve tanto para afirmar que o sistema brasileiro é forte, por ser um procedimento mais dificultoso, nos termos do artigo 60 da Constituição de 1988, como para dizer que, no Brasil, há a possibilidade de diálogo institucional, principalmente em razão da sua grande utilização (já podem se contar mais de oitenta emendas à Constituição de 1988).

No entanto, há que se destacar que a emenda constitucional, por si só, sinaliza ser um mecanismo tímido para harmonizar a interlocução entre os poderes, tendo em vista que ela ainda pode ser objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do mesmo autor (2014, p. 13):

Ainda que o legislador tenha liberdade para responder à interpretação constitucional dada pelo STF, tal prerrogativa é limitada pelo fato de a Emenda Constitucional poder ser objeto de controle de constitucionalidade quando tendente a abolir as cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, CF/1988). Pode-se afirmar que esse controle não difere substancialmente da verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, já que tais cláusulas envolvem direitos amplos (forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais). Por conseguinte, a Corte permanece com um poder constituinte permanente, já que as respostas legislativas não encontram mecanismos para se estabelecerem no ordenamento jurídico. A incoerência dessa situação está na desvalorização do Legislativo em um Estado Democrático, justamente o órgão que diante dos problemas complexos da sociedade é mais aberto à participação do que a

natureza adversarial de um processo judicial e também por ser aquele que tem o poder e a liberdade de definir sua agenda e produzir decisões maduras e conciliatórias.

No contexto de tal cenário desarmônico, há que se destacar a Proposta de Emenda Constitucional n. 33 de 2011, apresentada em maio de 2011 pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles, com o objetivo de alterar a quantidade mínima de votos dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis. A referida proposta condicionava o efeito vinculante das súmulas aprovadas pelo Supremo à aprovação do poder Legislativo e submetia ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição (BRASIL, 2011 p. 1).

Dentre as mudanças propostas, constava a alteração do artigo 97 da Constituição, que atualmente dispõe sobre a necessidade de ter a maioria absoluta dos votos para que seja declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, passando a se exigir o voto de quatro quintos de seus membros para poder declarar a inconstitucionalidade (BRASIL, 2011, p. 1).

Além disso, constava da proposta a alteração do artigo 103-A que, atualmente, dispõe sobre a possibilidade de o Supremo editar súmula vinculante após aprovação de 2/3 de seus ministros. Se fosse aprovada, o texto passaria a vigorar com redação impondo a quantidade de 4/5 dos votos para aprovação da súmula e a apreciação do Poder Legislativo para que o Congresso Nacional deliberasse sobre o efeito vinculante da súmula, o que ocorre automaticamente com o texto atual (BRASIL, 2011, p. 2).

Por fim, a Proposta acrescentava três letras na redação do §2º do artigo 102 do texto Constitucional, que atualmente só dispõe em relação a eficácia das decisões em sede de Ação direta de inconstitucionalidade e Ação direta de constitucionalidade. O dispositivo passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 102. (...) § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2011, p. 2-3)

Como justificativa, o autor da proposta afirmou que a emenda visava coibir atos de exagero em relação ao ativismo judicial.

Atualmente, a proposta encontra-se arquivada definitivamente, e, apesar da tentativa de ser desarquiva em março de 2019, o regimento da Câmara não permite o desarquivamento de propostas arquivadas em caráter definitivo.

Desse modo, destaca-se que a Proposta de Emenda Constitucional n. 33, compartilhava da preocupação em torno da revalorização do Poder Legislativo, por meio da discussão dos limites da revisão judicial, chamando o Parlamento para partilhar essa tarefa e dialogar com a Corte Constitucional. Nas palavras de Jairo Néia Lima (2014, p. 13):

Tal projeto objetiva apresentar um reestrutura do sistema de revisão judicial brasileiro e proporcionar um diálogo institucional com o Poder Legislativo para que a palavra final em torno da interpretação constitucional possa ser compartilhada, já que tal atividade caracteriza-se por ser estritamente política, ainda que possa apresentar forma jurisdicional. A politicidade desse instituto é facilmente percebida pela diferença de atuação com a atividade jurisdicional ordinária de resolução de controvérsias, já que esta exige terceiro imparcial para a decisão da disputa e, para Claudio Oliveira, essa imparcialidade não se encontra presente na atividade de *judicial review*, pois ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei o STF não pode atuar como terceiro imparcial, já que “em decisões desta natureza o tribunal sempre estará fixando quais são os limites de sua própria competência quando em confronto com o legislativo, portanto será parte interessada”. (LIMA, 2014, p. 13)

Inclusive, destaca-se que, ao propor o aumento do quórum para a declaração da inconstitucionalidade, a proposta em comento não estava enfraquecendo o controle de constitucionalidade, pelo contrário, “exigir que as questões fundadas nos desacordos sejam superadas por uma maioria qualificada afasta, em parte, as críticas lançadas às controvérsias constitucionais decididas pelo voto de um único juiz e posiciona a Corte na função de declaração de inconstitucionalidades flagrantes” (LIMA, 2014, p. 14).

Além disso, as alterações pertinentes ao tema de súmula vinculante não diziam respeito ao mérito da decisão do Supremo, mas apenas à possibilidade de atribuição de efeito vinculante, o qual só foi consagrado no ordenamento constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004. Além disso, o condicionamento dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade pretendia ser relativo apenas às Emendas Constitucionais, o que evitaria a manutenção do Supremo como um poder constituinte originário permanente, já que ele detém “a possibilidade de dar a última palavra sobre a possibilidade de alteração da Constituição, sem alternativa de revisão por outro órgão e, ainda, pode obrigar todos os integrantes do Judiciário a seguirem tal interpretação (caráter vinculante)”. (LIMA, 2014, p. 14)

Assim, pode-se concluir que o desenho esboçado na Proposta de Emenda Constitucional n. 33 de 2011 constituir-se-ia em uma forma de diálogo institucional interessante. Por meio dela, o controle de constitucionalidade ainda não poderia ser considerado fraco (e nem é o que se espera, tendo em vista as diferenças culturais dos países que atualmente possuem um controle fraco e o Brasil, principalmente no que diz respeito a ausência de uma “cultura de direitos” refletida no Legislativo), mas poderia se apresentar um controle mais dialógico e, portanto, legítimo. Isto é, com uma resposta do Legislativo, principalmente nos casos de controle de Emenda Constitucional, o desenho proposto por meio da Emenda constitucional já arquivada, pode ser considerado criativo para resolver as tensões entre democracia e constitucionalismo expostas no primeiro capítulo. No mesmo sentido, é o entendimento de Leonardo Varella Giannetti (2015, p. 152):

(...) a PEC n. 33/2011 não é de todo ruim, sendo possível tirar algum proveito ou benefício dela, pois catalisa um debate adormecido (para não falar desconhecido) em que desfaz alguns mitos e coloca os poderes em seus devidos lugares. Ela faz com que os poderes enxerguem melhor suas funções e, principalmente, suas responsabilidades, buscando a promoção de um diálogo interinstitucional, no qual haverá apenas uma “última palavra provisória”. (...)

No entanto, apesar dos benefícios dialógicos que a Emenda Constitucional n. 33 de 2011 poderia ter trazido, destacam-se alguns detalhes importantes do contexto político-institucional no momento de sua aprovação. A Emenda n. 33 foi proposta anos atrás no contexto de abertura da “caixa preta” do Judiciário, o que só ocorreu com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e acabou sendo “desengavetada” em um contexto político-institucional no qual o Supremo Tribunal Federal estava decidindo questões relacionadas aos partidos políticos.

Desse modo, apesar de ter sido uma proposta de diálogo interessante porque propunha um diálogo equilibrado entre poderes, a proposta teve um trâmite político verdadeiramente “desastroso”, tendo em vista que o Legislativo não promoveu um diálogo prévio contundente com os demais atores envolvidos na Proposta, tampouco realizou a necessária articulação para a aprovação da Emenda entre seus membros; ao passo que transpareceu a soberba do Judiciário, com a ida do Ministro Gilmar Mendes para a televisão dizendo que, se a referida emenda fosse aprovada, poder-se-ia “fechar o Supremo”. Desse modo, desperdiçou-se uma oportunidade real de diálogo entre poderes.

5.4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A “VAQUEJADA” (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.983)

A ação direta de inconstitucionalidade n. 4.983, proposta pela Procuradoria Geral da República em face do Governo do Estado do Ceará, tinha como objeto a lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013 do estado, a qual regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. Na ação proposta, a Procuradoria Geral da República pediu ainda a concessão de medida cautelar, a fim de suspender os efeitos da lei recém-publicada. (STF, 2016, p. 3-4)

O conflito se deu entre os dispositivos da Constituição da República de 1988 sobre o direito ao meio ambiente (artigo 225) e o direito as manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade (artigo 215).

A Procuradoria Geral da República afirmava que, no caso em tela, a norma impugnada violava o artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição da República de 1988, o qual afirma que incumbe ao poder público proteger a fauna e a flora, sendo vedada as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoque sua extinção ou submetam os animais à crueldade. (STF, 2016, p.4)

Importa notar que a Vaquejada consiste em dois vaqueiros, montados em cavalos, derrubarem um touro puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada. A atividade é histórica na região Nordeste do Brasil e remonta os tempos de boiada, quando os vaqueiros reuniam o gado usando uma técnica parecida. Além de ser uma tradição cultural, gera um considerável movimento econômico, cerca de 14 milhões de reais ao ano.

Contudo, foram anexados laudos técnicos aos autos, os quais apontam diversas lesões que podem ser causadas, tanto nos touros quanto nos cavalos que os perseguem (STF, 2016, p.4).

O Governo do Ceará se manifestou no sentido de que as vaquejadas são importantes historicamente e culturalmente para a região, e defendeu a constitucionalidade da lei, pois, ao regulamentar o esporte⁵², estaria protegendo os bens constitucionais da norma atacada. Além disso, o governo cearense alegou a inépcia da inicial, uma vez que seriam genéricas as alegações e seria inadequado o instrumento escolhido. A Assembleia Legislativa do Estado do Ceará não se manifestou nos autos, muito embora tivesse sido oficiada, já a Advocacia Geral da União se

⁵² Também é importante lembrar que, em 2001, com a consolidação de algumas regras esportivas, a figura do vaqueiro passou a ser considerada atleta profissional, nos termos da Lei n. 10.220 de 11 de abril de 2001.

manifestou pela procedência da ação. O Ministro relator Marco Aurélio aceitou a associação Brasileira de Vaquejada- ABVAQ como terceira interessada (STF, 2016 p.6).

Em sede de julgamento, votaram pela improcedência da ação os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli enquanto que pela procedência do pedido, ou seja, pela inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do estado do Ceará, os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski. Como resultado, a lei supracitada foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵³ (STF, 2016, p.149).

Na decisão, o Ministro Marco Aurélio Mello explicou que em decisões do Supremo Tribunal Federal que dizem respeito ao direito ambiental em contraposição aos direitos individuais, tem prevalecido o interesse coletivo. Além disso, houve menção aos dados empíricos, tendo sido considerado cruel o tratamento dado aos animais envolvidos na Vaquejada. Mais detalhado foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ressaltando que a Constituição avançou no campo da ética animal, sendo uma das poucas no mundo a proibir expressamente a crueldade animal. De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a disposição constitucional foi inserida no texto da Constituição com base na discussão na Assembleia Constituinte sobre práticas cruéis contra animais, especialmente o evento chamado “*farra do boi*”, e não como uma medida destinada a garantir uma vida ambientalmente equilibrada. Além disso, ressaltou a proteção da fauna expressamente prevista no dispositivo constitucional (CICHELERO; FERRI; NUNES, 2018 p 29).

Também se ressalta que o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado casos envolvendo tal colisão na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.983 e no Recurso Extraordinário n. 153.531 foi discutida a manifestação cultural, chamada de “*farra do boi*”, sendo que, por maioria de votos, a Segunda Turma entendeu que esta prática é inconstitucional. Nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 1.856 e n. 2.514, o Tribunal tomou decisões semelhantes sobre se as competições conhecidas como “*rinha de galo*”. Nos dois casos, a solução adotada foi a prevalência da preservação do regime constitucional do meio ambiente, seguida pela imposição de limites legais às manifestações culturais.

⁵³ Um segundo acórdão proferido pelo STF em relação às vaquejadas, está relacionado com a ADI 4.983. Trata-se de Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na ADI, pois, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal protocolou um pedido para ser considerado um terceiro no processo, e em que pese ele tenha a legitimidade necessária e tenha apresentado os requisitos legais, não conseguiu sustentar qual seria a sua contribuição para a compreensão do tema analisado, sendo assim, o tribunal negou provimento, por unanimidade de votos, aos embargos de declaração, não permitindo portanto, a participação do Fórum de Proteção Animal no curso processual. (STF, 2016, p. 6)

Por outro lado, no julgamento da ação da Vaquejada, o Ministro Luiz Edson Fachin ressaltou que o caso precisa ser analisado com uma visão que alcance a realidade da população rural, seria necessário deixar de lado uma visão unilateral de uma sociedade urbana. Pelo contrário, para o Ministro, a vaquejada constitui uma forma de criar, fazer e viver do sertanejo, nos termos do inciso II do artigo 216 da Constituição. Para a minoria do Supremo Tribunal Federal, o direito de manifestação cultural deve ser protegido, desde que ele pode existir na vaquejada sem sofrimento dos animais ou com o menor sofrimento possível (CICHELERO; FERRI; NUNES, 2018 p 30).

Após esse julgamento, houve repercussão no Congresso Nacional sobre o assunto. Menos de um mês após a Suprema Corte decidir a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.983, o Senado aprovou o Projeto de Lei nº. 24/2016, escrito pelo deputado Capitão Augusto (PR-SP), elevando o rodeio e vaquejada ao *status* de manifestação cultural nacional e do patrimônio cultural imaterial. O projeto foi sancionado e entrou em vigor em 29 de novembro de 2016, com a lei nº. 13.364. Já em 06 de junho de 2017, o Congresso promulgou a Emenda Constitucional n. 96 que acrescentou o parágrafo 7º do artigo 225 da Constituição, declarando que as práticas esportivas que utilizam animais não são consideradas cruéis desde que sejam praticadas como manifestações culturais e registradas como patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentada para garantir o bem-estar dos animais envolvidos.

A emenda, inclusive, teve seu ritual questionado no Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança pelo Deputado Marcelo Henrique Teixeira Dias, que argumentou que a Proposta de Emenda Constitucional não estava na agenda do Congresso, violando seu direito de participar do processo legislativo; alegando, ainda, que o Senado Federal não havia observado um período mínimo de cinco dias entre as duas rodadas de votação naquela Câmara. O mandado de segurança foi rejeitado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sob o fundamento de que não era o papel do sistema judicial intervir em um assunto interno do Congresso. (CICHELERO; FERRI; NUNES, 2018 p 32)

Nessa seara, a emenda constitucional n. 96 de 2017 pode ser entendida como uma tentativa do Congresso de superar o entendimento do Tribunal (reversão da interpretação constitucional), ainda, que seja uma reação conservadora, como apontam CICHELERO; FERRI; NUNES (2018 p 33). Até porque, nesse caso, a justificativa da Proposta fez menção direta e expressa à decisão de inconstitucionalidade do Supremo, afirmando-se que o objetivo da proposta era justamente mitigar a controvérsia decorrente da decisão do Supremo, na Ação Direita de Inconstitucionalidade em comento. Mais ainda, a modificação do texto

constitucional se traduz no principal objetivo da Proposta. É o que pode se extrair do texto da Proposta de Emenda Constitucional n. 50 de 2016:

Em que pese não ter sido sequer publicado o acórdão, a notícia da decisão tomada pela Suprema Corte suscitou intensa polêmica entre os apoiadores da prática e os defensores dos direitos animais, e chegou mesmo a ensejar o anúncio da formação de uma Frente Parlamentar em Defesa da Vaquejada.

Dessarte, a fim de encerrar a controvérsia que ainda cerca a questão, propõe-se a presente sugestão de emenda ao texto constitucional, por intermédio da qual se busca consignar na Lei Maior, com clareza, a permissão para que as práticas culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente não submetam os animais à crueldade possam se realizar sem óbices. (2016, p. 3)

O diálogo institucional, exposto no primeiro capítulo, pressupõe assumir a possibilidade de revisões e reconhecer a falibilidade das instituições, de modo a existir um diálogo entre os Poderes, ao contrário das teorias de supremacia judicial ou supremacia parlamentar. Mas é importante que tal diálogo seja pautado por uma argumentação que indique os motivos sustentados nas revisões, ou seja, que eventual revisão por parte de uma das instituições seja fundamentada e aponte de maneira expressa os motivos pelos quais está refutando a decisão de outra instituição.

Desse modo, não pode ocorrer apenas uma sobreposição de decisões, sem que se faça menção à outra decisão e os argumentos que nela são expostos, refutando-os de modo fundamentado.

Assim, apesar de ainda ter a possibilidade de nova manifestação do Supremo Tribunal Federal, a decisão envolvendo o caso da Vaquejada e a posterior resposta legislativa que de fato enfrenta os fundamentos da decisão, podem ser consideradas como um interessante diálogo entre poderes. Isso porque, de fato, houve o enfrentamento dos argumentos utilizados na decisão do Supremo Tribunal Federal, como pode se extrair do seguinte trecho:

A vaquejada, assim como outras manifestações culturais populares, passa a constituir patrimônio cultural brasileiro e merecer proteção especial do Estado quando registrada em um dos quatro livros discriminados no Decreto no 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Nessa hipótese, acaso regulamentada de forma a garantir a integridade física e mental dos animais envolvidos sem descaracterizar a própria prática, a vaquejada atenderá aos mandamentos exarados pelo Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento da ADI 4983. (2016, p. 3)

Mais do que enfrentar argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na Proposta de Emenda Constitucional referida e nas discussões que ocorreram sobre ela no

Congresso, o objetivo expresso da Proposta é justamente decidir a respeito da polêmica questão evidenciada na decisão do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, também importa ressaltar que nem sempre é possível uma resposta legislativa tão rápida por meio da Emenda Constitucional, que, como se expôs acima, no item 5.4, é um procedimento mais rígido de mudança legislativa. Nesse sentido, apesar de poder se constituir em uma resposta legislativa importante, como no caso em comento, não se pode ter como regra que a Emenda Constitucional seja suficiente para caracterizar um modelo fraco de controle de constitucionalidade ou um modelo dialógico entre poderes. Isso porque, em muitos casos, não se será uma resposta imediata, nos termos apontados por Tushnet, como caracterizados tais modelos mais fracos.

Tampouco pode-se falar em um modelo fraco de controle, do modo como propõe Stephen Gardbaum, a partir do caso da Vaquejada. Para o autor (2010, p. 3-4), conforme se destacou no primeiro capítulo, três elementos são caracterizadores do novo modelo dialógico: a) existência de carta de direitos; b) alguma forma de maior poder do Judiciário para fazer valer tais direitos, avaliando a legislação no tocante à carta; c) um poder legislativo final sobre a interpretação de tal legislação em relação à carta. Desse modo, no sistema brasileiro, analisado a partir do caso da Vaquejada, verifica-se a presença dos dois primeiros elementos, tendo em vista os direitos constitucionais ao meio ambiente e à manifestação cultural e o pronunciamento do Judiciário que declarou a legislação inconstitucional. Contudo, quanto ao terceiro elemento, apesar de neste caso ter ocorrido uma manifestação final do Judiciário, ainda pode ocorrer nova manifestação do Supremo Tribunal Federal, inclusive no sentido de realizar o controle de constitucionalidade da referida Emenda Constitucional.

Até porque, em um modelo de controle de constitucionalidade ultra-forte, como o brasileiro, conforme apontado no item 5.3, as emendas constitucionais podem ser objeto de controle de constitucionalidade quando tendente a abolir as cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, da Constituição), sendo que este controle não difere de forma substancial do controle da verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, já que tais cláusulas envolvem direitos amplos, como por exemplo a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais.

Também se destaca que, no caso da Vaquejada, havia dois princípios constitucionais importantes sendo discutidos, de maneira que o desacordo existente poderia ser resolvido juridicamente pela preferência, juridicamente argumentada, sobre um em detrimento de outro princípio, afastando-se de um eventual desacordo assentado precipuamente em valores morais ou preferências pessoais. Afinal, havendo tal desacordo sobre questões jurídicas, é importante

que também o Judiciário se pronuncie a respeito da interpretação constitucional. Desse modo, a manifestação do Judiciário acaba ocorrendo por meio da supremacia constitucional e não apenas judicial.

5.5 DIFICULDADE DO MODELO REPRESENTATIVO NO CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E DA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A União homoafetiva no Brasil foi tema de julgamento no Supremo Tribunal Federal, através da Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 do Distrito Federal e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 do Rio de Janeiro. Ambas as ações foram julgadas em sessão conjunta no ano de 2011 pelo plenário do tribunal, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto (STF, 2011, p.7).

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com pleito liminar, que envolvia a interpretação de determinados dispositivos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, os quais violariam os direitos de pessoas em relações homoafetivas, tais como licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge, bem como previdência e assistência social, dentre outros (STF, 2011, p.7).

No curso da ação, o Ministro relator admitiu a participação de quatorze *amici curiae*, devido à profundidade dos debates e a complexidade do caso, dentre os admitidos, figuraram o Conectas Direitos Humanos, o Escritório de Direitos Humanos do Estado De Minas Gerais, o GGB - Grupo Gay Da Bahia, o Instituto De Bioética, o Direitos Humanos E Gênero, o Grupo De Estudos Em Direito Internacional Da Universidade Federal De Minas Gerais, o Centro De Referência De Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros Do Estado De Minas Gerais, o Centro de Luta Pela Livre Orientação Sexual, a Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis E Transexuais, o Instituto Brasileiro De Direito De Família, Sociedade Brasileira de Direito Público, a Associação De Incentivo À Educação e Saúde do Estado de São Paulo, a Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil e a Associação Eduardo Banks (STF, 2011, p.1).

O Ministro relator conheceu em parte a ação, admitindo-a como Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme constava da exordial como pedido subsidiário, a qual foi seguida pelos demais ministros por votação unânime. Além disso, também por votação unânime, ficou decidido que o julgamento da ação seria realizado em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 do Distrito Federal, uma vez que possuíam o mesmo objeto (STF, 2011, p.6).

Em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 do DF, foi formulada, pela Procuradoria Geral da República, inicialmente como uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, entretanto, a ação foi indeterminada pelo objeto da causa e foi conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, de natureza abstrata, visando a declaração do Supremo de que seria obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Isso porque a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar seria extraída dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, dentre outros princípios constitucionais (STF, 2011, p.7).

Em sede de julgamento, o Ministro relator rapidamente decidiu sobre as questões preliminares e passou para a resolução do mérito das ações, pontuando, já no início do voto sobre o merecimento de guarida dos pedidos formulados, uma vez que era imprescindível dar a eles interpretação conforme a Constituição de 1988. Além disso, o relator pontuou sobre o termo homoafetividade, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para identificar o vínculo de afeto entre pessoas do mesmo sexo e que não constava em dicionários de Língua Portuguesa até ter sido cunhado pela autora Maria Berenice Dias⁵⁴, sendo homoafetividade, portanto, um novo substantivo (STF, 2011, p.19).

Na sequência, o Ministro Relator pontuou que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelas pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, sendo que “bem de todos” incluiria também a eliminação do preconceito de sexo. Também pontuou, dentre outras questões, a liberdade de escolhas e a vedação constitucional ao

⁵⁴ Nesse sentido, verificar: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017. 798.

preconceito em função do sexo, reconhecendo que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar (STF, 2011, p. 21-33).

No mérito, o Ministro julgou procedente ambas as ações e deu ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a Constituição, de modo a excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, reconhecendo a união homoafetiva com o mesmo *status*, regras e consequências da união heteroafetiva (STF, 2011, p. 46).

Importa destacar que a participação dos *amici curiae* foi importante, tendo em vista a contribuição para o debate. No entanto, não se pode falar em diálogo efetivo com a sociedade, tendo em vista a ausência de consideração de seus pareceres ou sustentações orais nos votos dos respectivos Ministros, conforme também já se expôs acima no item 5.2. Desse modo, verifica-se que mecanismos como o *amicus curiae* são de extrema importância para que ocorra um diálogo mais efetivo com representantes da sociedade, mas as suas manifestações de fato devem ser consideradas nas decisões do Supremo para que se alcance uma verdadeira democratização do processo e maior legitimidade na atuação do Supremo.

Víctor Bázan ressalta que o *amicus curiae* é um instrumento proveitoso, destinado, dentre outros propósitos, a viabilizar a participação do cidadão “*en asuntos en que se debatan cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los presentantes cuenten con una reconocida idoneidad sobre la materia debatida*” (2014, p. 31). Também destacando o mesmo autor que “*os amigos da Corte*” estão em condições de trazer critérios técnicos-jurídicos aptos para “*una apropiada interpretación de los derechos fundamentales*”. (BÁZAN, 2014, p. 32)

Claudia Maria Barbosa, em seu turno, destaca que o *amicus curiae* tem o condão de “ampliar o debate para a sociedade, além de contribuir para o equilíbrio entre as partes na defesa de interesses divergentes”, constituindo-se, assim, “em uma política que facilita a democratização do processo deliberativo e contribui para legitimar o Judiciário perante a sociedade”. Todavia, corre-se o risco de desequilibrar o debate quando “apropriado” por grupos de interesse que abandonam seu papel de amigos da corte para tornarem-se, conforme adverte “amigos da parte”. E, por esta razão “deve ser utilizado de forma a ampliar a participação equânime de grupos pró e contra, especialmente quando envolvem questões que deveriam ser resolvidas na esfera política” (BARBOSA, 2013, p. 157).

Contudo, verifica-se se, de fato, as manifestações dos *amicus curiae* são consideradas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nas suas decisões. Nesse sentido,

Letícia França Corrêa e José Ribas Vieira, ao analisarem o julgamento da ADI n. 4277, a respeito do reconhecimento das uniões homoafetivas, verificaram que uma linha de argumentação baseada fortemente no direito internacional esposada pelos *amici* CNH e ABGLT não foi explorada pelos ministros, sendo que apenas o Ministro Lewandowski tangenciou tal argumentação ao invocar os Princípios de Yogyakarta, que foram expressamente citados por aquelas instituições. E concluem que é necessário um maior engajamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos debates eventualmente suscitados pela participação dos *amici curiae* (CORRÊA; RIBAS, p. 23-24).

Do mesmo modo, a análise de Miguel Gualano Godoy já referida no item 5.2 no sentido de que o Supremo Tribunal Federal tem se valido da realização das audiências públicas e da admissão dos *amici curiae* de forma pouco dialógica.

Desse modo, apesar da linha de argumentação dos *amici curiae* terem sido pouco exploradas no acórdão, no caso da união homoafetiva, há que se destacar que foram solicitadas informações aos Governadores e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados), sintetizadas no acórdão da seguinte forma:

I – Tribunais de Justiça Estaduais. Os Tribunais que se dignaram prestar informações acerca das ações em trâmite no seu espaço de jurisdição destacaram suas posições majoritárias: a) em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva: Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004, a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie); b) contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo: Distrito Federal e Santa Catarina. Mais: O Tribunal de Justiça da Bahia acrescentou que o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, e que a divergência nos julgamentos é de ser resolvida pela vias recursais, não se configurando a controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental. Entende, portanto, incabível a ADPF. Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ele foi noticiado que as uniões homoafetivas (entendidas como “parcerias civis”) são ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato), situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns, e não das varas de família. A seu turno, o Tribunal do Espírito Santo defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa, pelo que nada impede o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, alguns Tribunais noticiaram a inexistência de processos que tenham por objeto o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões homoafetivas (Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima);

II - Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Esse Poder Estatal, ao se manifestar sobre o tema, dá conta do pleno vigor da Lei Estadual 5.034/2007. Lei que dispõe sobre a possibilidade de averbação de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes para fins previdenciários dos servidores públicos fluminenses. O que implica reconhecer a impossibilidade de se lhe imputar prática de qualquer ato lesivo a preceito fundamental;

III – Advocacia-Geral da União: Manifestou-se (fls. 824/844) na forma a seguir ementada: “Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas

estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição [somente dos dispositivos do Decreto-lei estadual nº 200/75), a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família.”; IV - Procuradoria-Geral da República. Pela sua Vice Procuradora-Geral, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a PGR posicionou-se pela declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo. Contanto que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Eis o resumo do parecer em causa (fls. 848/893): “a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual; b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica; c) é cabível in casu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade; d) a redação do art. 226, §3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto; e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual; f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia. g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, §3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo; h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia.” (STF, 2011)

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, neste caso específico, tomou o cuidado de saber qual era a posição do legislador e os projetos de lei em andamento.

Além disso, no caso em apreço, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que tal proteção dos direitos da pessoas que convivem em relações homoafetivas deveria ser realizada pelo Congresso Nacional prioritariamente, porém, ocorrem dificuldades no processo decisório, “em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema”, destacando, ainda, a dificuldade do modelo representativo em operar em tais circunstâncias. Também se encontra alusão à necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional da disciplina jurídica da união homoafetiva como um todo.

Desse modo, verifica-se que, de certo modo, o Supremo Tribunal Federal não se intitulou como o único responsável pela efetivação de direitos das minorias. Nesse sentido, também é o entendimento de Glauco Salomão Leite (2017, p. 247):

Assim, ao reputar a proteção de minorias um *ethos* da jurisdição constitucional a Corte acabou assumindo uma postura ativista, substituindo o Legislador democrático na construção de uma proteção jurídica para os casais homoafetivos. No entanto, já que as posturas ativistas não são incompatíveis com a perspectiva dialógica da jurisdição constitucional, o Tribunal fez uma referência à necessidade de uma atuação do Congresso Nacional. Agindo dessa maneira, a Corte não assumiu o papel único “porta-voz” da Constituição. Várias passagens de seu acórdão fez-se alusão à necessidade de intervenção legislativa para disciplinar o regime jurídico união estável homoafetiva, pois o próprio Tribunal não teria condições de antecipar as várias situações relacionadas à tal matéria. Ao proceder dessa maneira, a Corte buscou promover o diálogo institucional, convocando o Poder Legislativo a adimplir seu dever de proteção ao grupo minoritário. (LEITE, 2017, p. 247)

Além disso, há que se destacar os custos políticos da atuação parlamentar em matérias controvertidas e que envolvem bancadas progressistas e também conservadoras no Congresso, consoante explicitado no item 5.2. Em questões como as da união homoafetiva, o Legislativo se desonera do ônus de decidir perante um eleitorado heterogêneo.

Há que se frisar, ainda, que tanto nesse caso, quanto no caso de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal agiu na importante promoção dos direitos fundamentais de minorias, sendo que, nos dois casos, o Legislador foi desonerado do ônus de decidir perante um eleitorado diversificado. Além disso, destaca-se que ambos são temas sensíveis e polêmicos na esfera política, frequentemente evitados pelos poderes majoritários, sendo que o caso da interrupção da gravidez de feto anencéfalo é considerado ainda mais ativista, tendo em vista a criação de uma nova hipótese de excludente de ilicitude do crime de aborto.

Contudo, apesar de na decisão sobre união homoafetiva, o Supremo não ter se intitulado como o único responsável pela interpretação constitucional, mencionando a necessidade de haver legislação específica sobre o assunto, poderia ter adotado soluções mais dialógicas para o caso em questão. Isso porque, não obstante haver desacordo moral sobre a possibilidade de se reconhecer as uniões homoafetivas de uma forma geral na sociedade brasileira, a decisão poderia ter se restringido às possíveis interpretações constitucionais, com o “reenvio” da questão para o Legislativo. Isto é, ao optar pela posterior regulamentação da questão pelo Conselho Nacional de Justiça e não reenviar a questão para o Legislativo, acabou por dificultar diálogo e impedir propostas mais dialógicas que reconheceriam tal desacordo moral sobre a questão e também transfeririam ao Legislativo a responsabilidade de proteger direitos fundamentais.

Por outro lado, em se tratando de resposta legislativa à decisão do Supremo, destaca-se que no caso da união homoafetiva houve apenas reação conservadora com o projeto de lei,

com explícita menção religiosa, por meio do Projeto de Lei n. 6.583 de 2013, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira, com a pretensão de instituir o chamado “Estatuto da Família” e proibindo a união entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, apesar de ter realizado menção expressa à decisão do Supremo Tribunal Federal, no projeto, não foram enfrentados os argumentos que compõem a razão de decidir do caso analisado pela Corte, baseando-se apenas em fundamentos ligados à particularidades religiosas. Inclusive, para se conceituar família, houve menção ao suposto critério de distinção entre a união de pessoas do mesmo e a união de pessoas de sexos diferentes – “a possibilidade de procriação”. Justificativa esta que não exigiria maior esforço argumentativo, tendo em vista as diversas espécies de famílias reconhecidas pela própria sociedade brasileira, inclusive aquelas que não querem ter filhos. Também não há qualquer razoabilidade nos argumentos do Deputado que dizem respeito ao preâmbulo da Constituição, especificamente a famosa expressão “sob a proteção de Deus”, tendo em vista o Estado laico, a liberdade de religião e a ausência de força normativa do preâmbulo.

No caso da interrupção de gravidez de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, nos casos de anencefalia clinicamente diagnosticada, a mulher tem o direito de interromper a gestão, não se estendendo a qualquer hipótese de má-formação congênita e criando uma nova excludente de ilicitude do crime de aborto. Diferentemente do caso união homoafetiva, o Legislativo silenciou sobre tão delicado tema. Nesse sentido, destaca Glauco Salomão Leite (2017, p. 251):

Sem dúvida alguma, o aborto em geral e as situações em que sua realização está autorizada constituem tema dos mais sensíveis e com elevada voltagem política e moral. Por isso, não raro, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo preferem evitar assumir posição clara nessa controvérsia, esquivando-se da polêmica. Observe-se, ainda, que mesmo nos oito anos que transcorreram entre a distribuição da ADP n. 54 e o seu julgamento em 2012, os atores políticos preferiram não tomar nenhuma decisão sobre a questão pendente de apreciação no Tribunal. Em outros termos, nesse intervalo, poderia ter havido a discussão e votação de projeto de lei sobre o tema. O silêncio eloquente do legislador pode ser lido como uma estratégia para deixar à jurisdição constitucional a resolução de uma matéria que lhe poderia custar um preço político muito alto. Curiosamente, neste caso, foi o Poder Legislativo, e não o Judiciário, que decidiu não decidir.

Por outro lado, verifica-se que, no projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei n. 236/2012), que atualmente se encontra no Senado Federal, os parlamentares ampliaram a interpretação realizada pelo Supremo para dizer que não há crime de aborto se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida

extrauterina, em ambos os casos atestado os dois médicos. Assim, o Supremo abriu portar para a construção de uma solução legislativa de proteção de direitos.

5.6 OUTROS CASOS NOS QUAIS O BRASIL TANGENCIOU UM POSSÍVEL DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Em busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal na Internet, com os termos “constitucionalismo dialógico” não se encontrou decisão. Porém, foram encontrados vinte e um casos na busca de jurisprudência com os termos “diálogos constitucionais” e o conector E entre eles, sendo que apenas três mencionam o diálogo entre poderes.

O primeiro caso trata-se de Ação direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF proposta pelo partido Solidariedade que visava declarar inconstitucional determinados dispositivos da lei 12.875/2013 que modificou a redação da lei 9.096/95 (lei orgânica dos partidos políticos) e lei 9.504/97 (lei das eleições). Em síntese, a alteração realizada prejudicaria o acesso dos partidos recém-criados ao fundo eleitoral e, tendo em vista a proximidade das eleições presidenciais gerais de 2014, a ADI veio acompanhada de pedido de medida liminar para que fosse declarada inconstitucional os dispositivos da lei supracitada. Os ministros decidiram que a ação merecia prosperar e declararam os artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013 inconstitucionais, restando vencidos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (STF, 2015 p. 6 e 7).

Nesse caso, o Ministro discorre longamente sobre os diálogos entre poderes, a exemplo do que consta na própria ementa:

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.
2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.
3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema

de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, *ex vi* do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República.

5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (*i.e.*, promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (*i.e.*, edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (*i.e.*, limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de *inconstitucionalidade*, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a *correção* do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de *mudança constitucional pela via legislativa*. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.

6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93

IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.

7. O Congresso Nacional, no caso *sub examine*, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.

8. A *criação* de novos partidos, como hipótese caracterizadora de *justa causa* para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar *trânsfuga*.

9. No caso *sub examine*, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário.

10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

11. *In casu*, é inobjetable que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas

as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.

12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

Verifica-se que o Supremo entendeu a sua atuação como legítima, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política, ressaltando-se que o projeto de lei em sentido contrário não enfrentou os argumentos de decisões da corte.

O segundo acórdão que menciona diálogo constitucional, também é uma Ação direta de Inconstitucionalidade, trata-se da ADI nº 4650/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que visava declarar inconstitucional determinados dispositivos, sendo eles o artigo 23, §1º, incisos I e II; artigo 24; e artigo 81, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), e dos artigos 31; 38, inciso III; 39, caput e §5º, da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos). Em síntese, a pretensão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil era de declarar inconstitucional a doação de pessoas jurídicas para o financiamento eleitoral das campanhas políticas, e, tendo em vista a proximidade das eleições de 2016, a ação veio acompanhada de pedido de medida liminar para que fosse declarada inconstitucional os dispositivos supracitados (STF, 2015 p. 7).

Nesse caso, os ministros também decidiram, por maioria de votos e nos termos do voto do Ministro Relator, em julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes (STF, 2015 p. 7).

Nesse caso, também houve longa menção aos diálogos constitucionais:

1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais *expansiva e particularista* por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais *deferentes e formalistas*, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria.
3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma *moldura* que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de *normas fundamentais* (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.
4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.
5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.
6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil).
7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “*plutocratização*” do processo político.
8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão *instrumental* ou *acessória*, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos.
9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um *agir estratégico* destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.
10. O *telos* subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo.
11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.
12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade *ad causam* universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, *ex vi* do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado.
13. As disposições normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas.
14. A “*possibilidade jurídica do pedido*”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (*i.e.*, a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior

parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão) requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja *expressamente* vedada pela ordem jurídica. Conseqüentemente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). 15. *In casu*,

a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo.

b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela praxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991).

c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica.

d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “*sentença aditiva de princípio*” ou “*sentença-delegação*”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado.

16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas *subsidiária e excepcional*, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (*in casu*, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, *quando e se* quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma *preferência de lei*.

17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (*i.e.*, autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo, e não omissivo.

18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292).

19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar **apenas e tão somente** a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “*ou pessoa jurídica*”, constante no art. 38, inciso III, e “*e jurídicas*”, inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

Sobre a decisão, assim afirma Glauco Salomão Leite, no sentido de uma interessante deliberação que poderia se iniciar a partir do julgamento:

A respeito dessa inclinação que se desenha no STF, cabem algumas observações, à luz dos diálogos institucionais. Ressalte-se que o Tribunal não se limita a pronunciar a inconstitucionalidade do modelo de financiamento de campanhas atual. Ele busca, também, um novo modelo, baseado nos parâmetros apontados na decisão. É certo que

isso, por si só, já seria suficiente para caracterizar a instauração de um diálogo institucional, intensificando as deliberações parlamentares ou, ao menos, mostrando o que não pode ser aprovado. (LEITE, 2017, p. 256)

Ressalta-se que, após o julgamento da ADI 4650, o Congresso editou a lei 13.165/2015 que, no mesmo sentido da decisão proferida pelo Tribunal, proibiu a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais e, além disso, proibiu o uso do saldo restante das doações de pessoas jurídicas de campanhas passadas, posicionamento esse também frisado pelo STF, em sede de julgamento da referida ADI.

Por fim, tem-se a Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama, quem visava declarar inconstitucional a Lei Federal nº 11.516/07. Em síntese, alegou o proponente que a referida lei era materialmente e formalmente inconstitucional, uma vez que, em relação à forma, não obedeceu os requisitos do processo legislativo, já que a lei era fruto de conversão de medida provisória, e, ao que consta do acórdão, não existiu sessão legislativa para aprová-la; em relação à materialidade, seus dispositivos enfraqueciam a proteção do meio ambiente no Brasil, devido a isso. A ADI veio acompanhada de pedido de medida liminar para que fosse declarada inconstitucional a lei, sob pena de ter imediato enfraquecimento no sistema nacional de proteção ambiental (STF, 2012 p. 7).

Os ministros decidiram, por maioria de votos, em acolher questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator (STF, 2012 p. 5).

Desse modo, verifica-se que esse último acórdão não se constitui como exemplo de diálogo, mas é um dos casos que menciona a expressão diálogo constitucional, sendo que o faz apenas para frisar que “a atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República”. (STF, 2012, p. 23).

5.7 COMPARAÇÕES ENTRE OS MODELOS FRACO DO CANADÁ E DA NOVA ZELÂNDIA E O MODELO FORTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: EXISTE POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO NO BRASIL?

O diálogo entre poderes, nos termos expostos no primeiro capítulo do presente trabalho, permitiria ao Judiciário informar o Legislativo sobre sua interpretação do texto constitucional e, também, autorizaria o Legislativo a responder e agir segundo sua interpretação, mas agora subsidiado pelo Judiciário sobre aspectos constitucionais das suas decisões que lhe faltassem em um primeiro momento. Como apontado por Stephen Gardbaum (2010), a forma fraca de controle de constitucionalidade permitiria ao Legislativo a análise constitucional dos seus atos sem que lhe seja retirada a faculdade de reeditá-los caso conclua por sua inadequação ou inconsistência. Assim, um diálogo benéfico entre cortes e legislaturas substituiria o modelo americano de monólogo judicial e, no contexto do diálogo, em que a decisão judicial suscitaria uma resposta consciente da legislatura, o controle de constitucionalidade não seria exercido na condição de um veto.

No contexto brasileiro, não há que se falar em última palavra do Legislativo como se faz no sistema neozelandês, tendo em vista a cultura de supremacia do Judiciário presente no Brasil e a ausência de maior ação do Legislativo para reconhecer os direitos das minorias, como se verificou no caso do reconhecimento dos direitos das pessoas que convivem em união estável homoafetiva. A diferença se dá, também, porque, na Nova Zelândia, a carta de direitos do país pode ser considerada como um documento importante em razão da previsão de direitos políticos, liberdade de religião, direito à vida, dentre outros, porém, desprovida de *status* constitucional, ao contrário da Constituição Federal de 1988.

Já o modelo do Canadá, que é o modelo mais forte dentre os países de controle de constitucionalidade fraco, de acordo com a classificação de Stephen Gardbaum, vista no primeiro capítulo, pode ser mais aproximado ao Brasil, sendo que a carta de direitos canadense possui *status* constitucional e ao Judiciário é dado mais poderes para de fato declarar a legislação inconstitucional e não apenas apontar inconsistência como no sistema neozelandês.

Ademais, a cláusula “não obstante” presente no item 33 da carta de direitos canadense, ainda que historicamente associada à província de Québec, apresenta uma solução dialógica criativa e interessante, tendo em vista que o Legislativo pode manter a vigência de legislação declarada inconstitucional por 5 anos. Além disso, o fato de não ser tão utilizada também significa que há respeito e acatamento às decisões judiciais e que o Canadá possui outra cláusula

dialógica interessante no sentido contrário, com a obrigação de a Suprema Corte canadense se manifestar quando consultada pelo Legislativo a respeito da interpretação da carta de direitos, como se verificou no parecer exposto no capítulo segundo a respeito do reconhecimento de relações homoafetivas no Canadá.

Além disso, o fator cultural pode ser verificado a partir dos casos de reconhecimento de união estável dos três países. No Canadá, verifica-se que houve a referida consulta do Parlamento ao Judiciário sobre a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo; já na Nova Zelândia, diferentemente, a Corte se absteve de julgar o pedido de reconhecimento de casamento de pessoas do mesmo sexo, porém frisou que a união deveria ser reconhecida pelo Parlamento, gerando amplo debate na sociedade como um todo e uma espécie de “pressão”, que culminou no reconhecimento pelo próprio Legislativo, como se verificou no capítulo terceiro.

Diferentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu os direitos de as pessoas do mesmo sexo conviverem em união estável, sendo esta decisão considerada como “ativista” pela doutrina em geral. Contudo, não há uma cultura de direitos forte no Brasil, e, conseqüentemente no Legislativo, e de fato, havia uma lacuna em relação à tal direito. E, ainda, há que se atentar para o fato de que o Judiciário estaria em posição mais “confortável” para realizar o julgamento, diante da existência das bancadas conservadoras no Congresso e da grande polêmica que envolve a questão, inserindo-se esta questão dentre as “sensíveis” estrategicamente não julgadas pelo Legislativo, nos termos defendidos por Ran Hirschl (verificar item 5.2).

Assim, pode-se visualizar uma decisão considerada ativista como esta como uma mola propulsora do diálogo e da efetivação de direitos por parte do Legislativo, mormente em casos onde há lacunas do legislador ou altos custos políticos para se efetivar um determinado direito. Por outro lado, também há que se atentar para a possibilidade de se ter soluções mais dialógicas em casos como esse. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter mencionado no acórdão a necessidade de se ter maior regulamentação por parte do Legislativo, também poderia ter adotado técnica de “reenvio” ou solução mais criativa para que o Legislativo se posicionasse sobre o tema e também se obrigasse a proteger direitos fundamentais.

Também se destaca que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal não é de todo incompatível com a proposta dialógica. O próprio protagonismo do Supremo pode gerar uma reação dos demais poderes. Entretanto, como pondera Glauco Salomão Leite (2017, p. 243-244), “o ativismo não deve ser visto necessariamente como autoritarismo judicial, senão como comportamento judicial respeitoso com a separação dos poderes e que, ao mesmo tempo, serve

como fator que desencadeia uma dinâmica com outros atores estatais”. Isto é, propõe-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal deixem de serem visualizadas como adversárias, mas possam ser interpretadas como estratégias institucionais que podem gerar diálogo e cooperação entre os poderes.

Desse modo, concorda-se, na presente tese, com Glauco Salomão Leite (2017, p. 244) de que não é necessária a existência de mecanismos constitucionais formais para a existência de práticas dialógicas. Até porque, como visto no segundo capítulo, a existência da cláusula 33 na carta de direitos canadense não faz com que o diálogo seja praticado frequentemente com fundamento em tal cláusula. Além disso, ressalta-se que não há necessidade de se ter um mecanismo de resposta legislativa tão rápido, tendo em vista que o objetivo não é tornar o Brasil um país de sistema de controle fraco, nos termos pontuados por Tushnet, mas fazer com que a prática do diálogo seja mais frequente, tornando a decisão da corte mais legítima e propulsora de modificações legislativas mais efetivas de direitos fundamentais.

Também há que se destacar que as súmulas vinculantes são direcionadas para o cumprimento do próprio Judiciário e da Administração Pública apenas, assim como que, com base nas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, viabiliza-se a utilização da técnica da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade, inclusive admitindo-se decisões com eficácia futura, o que possibilita engendrar uma interação com os demais poderes e um possível mecanismo de diálogo, ou seja, o legislador poderá reagir, editando novo diploma legal antes do início da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade, e, assim, evita um vazio normativo decorrente da eliminação da norma inconstitucional do sistema jurídico.

Ademais, destaca-se que, ainda que não se adote a regra da supremacia do Parlamento, como na Nova Zelândia, em razão da diferença entre as culturas jurídicas de ambos os países aqui comparados, ou, ainda, que não adote uma cláusula como a canadense, é importante que não se atribua tal interpretação a um só Poder, mas que se realize o diálogo institucional supracitado.

Uma interpretação mais dialógica talvez possa ser útil, pois, ao mesmo tempo que reconhece a autoridade do Judiciário para interpretar a norma, transfere ao legislador o ônus de conformá-la à Constituição, para se assegurar de que uma norma não pode ser contrária à ela. Esse processo de “interpretação dialógica” pode ter ainda o condão de fazer com que o Poder Público se torne menos “infrator” do texto legal, colaborando, inclusive, para uma maior efetividade da norma. Ainda mais no Brasil, onde o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário é extraforte, justamente porque o Supremo também pode realizar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Nesse contexto, também se deve refletir sobre as questões de deliberação inseridas no item 5.2 acima, tendo em vista que uma melhora efetiva da deliberação interna entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal reflete na promoção de uma voz institucional e na qualidade do diálogo com agentes externos, seja entre os poderes como aqui se defende ou seja com agentes da sociedade (*Amicus Curie* e audiências públicas, por exemplo). Enfim, ainda que tivéssemos mecanismo de “reenvio” das questões decididas pelo Judiciário, ao Legislativo, para que se tenha um debate de qualidade, também é necessário que a deliberação realizada em ambos os órgãos seja efetiva, com uma real troca de argumentos entre os seus membros, e, na sequência como um debate externo (entre poderes) fundamentado e de fato rebatendo argumentos jurídicos utilizados pelo outro poder na respectiva decisão.

Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 219) afirma algo fundamental: não se deve ignorar por completo as experiências internacionais, mas, por outro lado, importar modelos prontos sugere a perda da oportunidade para aperfeiçoar o modelo brasileiro quanto ao controle de constitucionalidade. O autor defende que o STF deve se tornar uma instituição com voz própria, não apenas *a soma de 11 vozes dissociadas*, tendo em vista a ausência de deliberação e a inexistência de busca por clareza, de consenso ou concessões mútuas entre os ministros (SILVA, 2009, p. 219). Deve-se repensar a forma de deliberação do STF, já que é o *locus* da deliberação e da razão pública, sendo que a sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão (SILVA, 2009, p. 219). Ainda, a *unidade institucional é pré-requisito para o diálogo*, uma vez que este diálogo também ocorre entre instituições (SILVA, 2009, p. 219). A própria vinculação das decisões do STF, segundo o autor, depende dessa unidade institucional (SILVA, 2009, p. 220).

Inclusive, para Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 220), para que haja uma reformulação quanto ao grau de deliberação e de diálogo interno no STF não é necessária uma reforma constitucional, mas uma modificação em seu regimento interno, as quais seriam capazes de gerar transformações profundas e benéficas. Concorde-se com o autor, pois, como já se referiu acima, a existência de cláusulas expressas de diálogo não garante a sua frequente utilização, como ocorre no Canadá, por exemplo. Além disso, o objetivo da comparação ora realizada não é propor que o sistema brasileiro de controle se transforme em um sistema fraco de controle de constitucionalidade, e sim fazer com que a prática do diálogo seja mais frequente, tornando a decisão da corte mais legítima e propulsora de modificações legislativas mais responsáveis pela efetivação de direitos, como acima já referido.

A conciliação entre Judiciário e Legislativo é possível somente quando se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas

apenas uma parte de um diálogo incessante. Deve-se, portanto, superar essa dualidade radical, considerando que “o poder final é compartilhado pelos três poderes em conjunto, em uma relação harmoniosa entre si, e todos eles são responsáveis perante a sociedade civil” (SILVA, 2009, p. 220). Para tanto, o diálogo entre os poderes é essencial. Além disso, deve haver mudança e superação quanto à concepção de que o controle judicial de constitucionalidade é meramente um conjunto de ações que conduz a lei para a “guilhotina anuladora do judiciário” (SILVA, 2009, p. 221). O controle de constitucionalidade é parte do jogo democrático e tanto legisladores como juízes são atores fundamentais na efetivação de direitos fundamentais e no estabelecimento da última palavra provisória sobre a interpretação da Constituição.

Até porque ambos os poderes são responsáveis pela proteção de direitos e, se os dois são guardiões da Constituição, é esta que deve estar acima dos poderes; e, caso exista desacordo sobre a sua melhor interpretação, os diálogos dizem que nem sempre a resposta certa está com um ou outro poder. É pressuposto do diálogo que ambos são responsáveis pela proteção dos direitos constitucionalmente estabelecidos, mas que pode haver uma diferença de interpretação. De tal modo que, em países de controle forte, prevalece a interpretação do Judiciário e nos fracos a do Legislativo. Importa que se encontrem arranjos institucionais criativos e equilibrados para se estimular o diálogo entre poderes, de modo que a “última palavra provisória” possa ser sempre superada, como decorrência natural do processo democrático, sem que isso ocasione uma crise política.

Também é necessário ressaltar que, em caso de desacordos morais sobre os direitos, o Legislativo representa melhor a pluralidade de opiniões, mas essa pluralidade encontra limites jurídicos nas cláusulas pétreas da Constituição; limites morais em razão da ausência de cultura de direitos na sociedade brasileira, que tem se mostrado cada vez mais conservadora; e limites filosóficos na ausência de alteridade em relação ao outro. Assim, também é necessária uma atuação judicial na interpretação constitucional, mas se deve encontrar um arranjo institucional equilibrado e coerente que possibilite soluções dialógicas e não simplesmente anulatórias da legislação.

Inclusive, se houver postura mais deferente do Judiciário em relação ao Legislativo, ou pelo menos, mais dialógica, o Brasil já possui mecanismos que podem favorecer o diálogo entre poderes, não sendo necessário a criação de novos mecanismos, mas respeito pelo espaço decisório de cada poder. Nesse contexto, pode-se pensar tanto nas emendas constitucionais, como no mandado de injunção.

Caso se considere a proposta de Mark Tushnet, não se poderia enquadrar as emendas constitucionais como um mecanismo de diálogo propriamente dito, tendo em vista que a resposta legislativa à decisão judicial não seria imediata. De acordo com o exposto no primeiro capítulo sobre as concepções dialógicas de Stephen Gardbaum, assim como as de Peter Hogg, em um primeiro momento, até poder-se-ia considerar a Emenda Constitucional como uma forma de resposta do Legislativo à decisão judicial, contudo, como se expôs acima, o Judiciário ainda pode realizar o controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais (controle ultra-forte de constitucionalidade), o que dificultaria a inclusão deste mecanismo como verdadeiramente dialógico.

Por outro lado, se o Judiciário fundamentar a declaração de inconstitucionalidade da emenda pelos limites das cláusulas pétreas, pode-se considerar que há uma proteção da Constituição e não apenas a pura anulação da lei, podendo-se pensar em uma hipótese de diálogo não porque prevalece a vontade do Judiciário, mas a última palavra de acordo com a Constituição.⁵⁵

A Constituição de 1988, por opção política, entregou a proteção de direitos ao Supremo Tribunal Federal, sendo que em contexto positivista e pós-ditadura militar, a opção do Constituinte de proteção de direitos foi clara, ou seja, de supremacia constitucional e não judicial. E isso não pode significar sinal verde para o Judiciário anular emendas constitucionais, ainda que no contexto contemporâneo o espaço do Judiciário tenha sido ampliado (constitucionalização de direitos, textura aberta do texto constitucional, etc) para se decidir questões constitucionais. No momento em que o Judiciário afirma que sua palavra é a final em termos de interpretação judicial, a ideia de supremacia constitucional dá vazão a ideia de supremacia judicial, a qual se manifesta em desacordos, ainda que revestidos de argumentos jurídicos, não pode ser considerada benéfica para a democracia, tampouco se constituir em exemplo de diálogo.

Se as cláusulas pétreas não são contrariadas em emendas constitucionais, a postura do Judiciário deveria ser deferente ao Legislativo, em razão dos desacordos morais referidos por Waldron e expostos no primeiro capítulo. Mas, se as emendas constitucionais forem contrárias

⁵⁵ Nesse sentido, importa refletir sobre o que afirma Marcelo Cattoni de Oliveira (2016): “O que é democracia? Nas tradições da teoria política, democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela maioria? Todavia, mesmo onde uma maioria governa, a minoria não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A constituição.”

aos limites estabelecidos em cláusulas pétreas, deve haver a proteção da supremacia constitucional - e não judicial, podendo-se anular a referida emenda. Isso porque, como revelado na análise de Dworkin, o Judiciário deverá buscar a melhor resposta para a questão.

Ademais, como sugestão para uma atuação mais dialógica no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, pode-se pensar no mandado de injunção, acima referido. Como se viu, antes da legislação de 2016, verifica-se que a trajetória do tratamento dado ao mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal é bastante ilustrativa do movimento por meio do qual o Poder Judiciário paulatinamente amplia seus poderes. No entanto, nesta trajetória, pôde-se verificar uma tentativa de diálogo, tendo em vista que, em um primeiro momento, o Judiciário afirma que não lhe compete editar norma e devolve a questão para o Poder Legislativo, ou seja, adota postura de autocontenção. Portanto, diante da ausência de elaboração de norma por parte do Legislativo, o Judiciário se pronunciou no sentido de que não lhe competia determinar prazo para o Legislativo elaborar a norma, não havendo, contudo, resposta legislativa e, assim, o Judiciário acabou por assentar o direito do impetrante do mandado de segurança nos últimos casos acima citados.

Isto é, a tentativa de diálogo não foi bem-sucedida tendo em vista o espaço de manifestação oportunizado pela iniciativa do Judiciário e a ausência de manifestação do Legislativo. Considera-se, assim, que houve postura deferente do Judiciário para com o Legislativo, uma vez que, antes de assumir o espaço de tomada de decisão, acabou por oportunizar a manifestação e decisão do Legislativo.

Nesse sentido, defende-se que o mandado de injunção é um típico mecanismo dialógico, embora a dogmática constitucional brasileira trate-o como um remédio constitucional. Isso porque, em um primeiro momento, reconhece a ausência de uma norma que dê efetividade a um direito constitucionalmente estabelecido, ainda que se refira tão somente ao caso de norma constitucional que de fato dependa da existência de norma regulamentadora e o Legislativo não a tenha elaborado; e em um segundo momento, existe uma comunicação do Judiciário ao Legislativo sobre a necessidade de elaboração da respectiva norma.

Por outro lado, a finalidade do mandado de injunção também exterioriza sua maior limitação, uma vez que o pressuposto é a ausência de norma regulamentadora sobre direitos fundamentais. Sendo assim, parte-se do pressuposto de mora legislativa, o que é ruim para o processo democrático, podendo, nos casos em que tal ausência é deliberada, ilustrar o caso de uma ação estratégia para não decidir por parte do Legislativo, conforme acima demonstrado de acordo com o pensamento de Ran Hirschl.

Desse modo, defende-se que a trajetória de julgamento do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal, acima narrada, traz um relato de um mecanismo dialógico que não foi aproveitado na sua total potencialidade, muito em razão da postura do Legislativo. Tal postura não surpreende, por fim, quando se considera - entre as razões para a expansão da atuação do Judiciário, como se viu acima - o próprio custo político para o Legislativo na tomada de decisões difíceis ou impopulares. E diante de uma específica regulamentação do procedimento do mandado de injunção com a Lei n. 13.300 de 2016, pode-se vislumbrar uma oportunidade de diálogo entre as instituições, dependente, entretanto, de uma postura de autocontenção do Judiciário, assim como de um Legislativo que, de fato, preocupe-se com a elaboração de eventual norma regulamentadora de tais direitos fundamentais. Assim, o mandado de injunção é um exemplo de mecanismo dialógico, que, entretanto, não esgota o diálogo e tampouco abrange diversas situações.

6 CONCLUSÃO

A temática do controle de constitucionalidade é catalisadora de diversos temas, abrangendo o direito constitucional, a hermenêutica constitucional, a separação de poderes, a democracia, a organização do Judiciário, os direitos fundamentais, o federalismo, a ciência política e a filosofia.

No contexto pós Segunda Grande Guerra Mundial, na Europa, e com o fim dos regimes totalitários, na América Latina, houve um maior reconhecimento de direitos com *status* constitucional em diversas partes do mundo, nos seis cenários identificados por Ran Hirschl e apresentados no primeiro capítulo. Tal constitucionalização de direitos foi acompanhada pela expansão do papel do Judiciário, ou seja, trata-se de um fenômeno de avanço do direito e da ampliação da autoridade dos tribunais, em detrimento da política exercida pelos poderes majoritários, especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário.

A história do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário conecta-se com a história do constitucionalismo norte-americano. Nos Estados Unidos, o exercício do *judicial review* foi propiciado por uma construção judicial, e, posteriormente, o sistema norte-americano espalhou-se mundo afora, a exemplo do Canadá, da Austrália, da Índia, do Brasil, da Argentina e de Portugal.

Antes mesmo do famoso caso *Marbury vs. Madison*, alguns argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário podem ser encontrados desde a obra “O Federalista”, especialmente no ensaio de n. 78 do autor Alexander Hamilton, e, posteriormente, no seu ensaio n. 81, no qual prossegue com a sua defesa da Constituição, remetendo sua guarda para o Judiciário e combatendo o argumento da soberania do Parlamento.

Embora a proposição contida no item 78 não tenha sido acolhida de maneira expressa na Constituição norte-americana, verifica-se que a teoria de Hamilton foi aceita pelo juiz Marshall quando da decisão de *Marbury vs. Madison*. Na ocasião, o juiz Marshall, fixou o *judicial review* nos Estados Unidos, sendo uma lei declarada inconstitucional, apesar do afastamento da decisão do caso concreto. Na decisão, ele enunciou os três grandes fundamentos que comumente justificam o controle judicial de constitucionalidade até hoje: a) a supremacia da Constituição; b) a nulidade da lei que contrarie a Constituição: um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo; e c) é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição. Para Marshall, a nulidade da lei inconstitucional é uma decorrência lógica da supremacia da Constituição sobre as demais leis.

Muitos anos depois de *Marbury vs. Madison*, a consolidação do *judicial review* veio a acontecer a partir de alguns julgamentos da denominada *Era Lochner*. Nesse período, o apoio à atuação da Suprema Corte vinha dos conservadores interessados na manutenção da intangibilidade do direito de propriedade em face das políticas intervencionistas do *New Deal*. O *case* inaugural dessa fase trata-se de *Lochner vs. New York* (1905), no qual a Suprema Corte foi chamada para se pronunciar a respeito de uma lei trabalhista que proibia os empregados de padarias a trabalharem mais de 60 horas por semana ou mais de 10 horas por dia. Esse julgamento e os outros que se seguiram, ainda que sustentados pelo seu conservadorismo, foram considerados posturas ativistas da Suprema Corte norte-americana e abriram caminho para a afirmação do *judicial review*.

O caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) também foi importante para o desenvolvimento do *judicial review* norte-americano, tratando de controvérsia em torno da aprovação do Congresso de uma lei que proibia o transporte de leite contendo qualquer gordura ou óleo que não fosse a gordura do leite no comércio interestadual. Nesse caso, a corte confirmou a proibição federal do transporte interestadual de leite em pó, porque é uma decisão que deve ser tomada pelo Congresso e não pelos tribunais. Contudo, importa destacar a sua nota de rodapé n. 4, que combinou uma justificação textual e funcional para diferentes níveis de controle de constitucionalidade, pois o primeiro parágrafo trata da exigência de um padrão mais rigoroso de escrutínio dos direitos especificamente enumerados ou mencionados na Constituição; e as justificativas constantes no segundo e terceiro parágrafos abordam os termos gerais da dificuldade contramajoritária, estendendo os objetivos do controle de constitucionalidade, não em termos do valor atribuído a certos direitos, mas com foco na sua vulnerabilidade em processos majoritários.

A partir da segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, verifica-se a ampliação da postura ativista no sentido de praticar o *judicial review* como um instrumento de deliberação política e de atendimento de demandas. Desse modo, a revisão de uma lei pelo Judiciário emerge, de fato, como uma forma de proteção aos direitos das minorias, destacando-se o julgamento da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education* (1954), no qual foi afastada a aplicação da doutrina “*separate but equal*” em relação ao campo da educação, declarando inconstitucional a segregação de crianças em escolas públicas com base em sua raça, “pois a separação entre brancos e negros é interpretada pelas crianças negras como um *status* inferiorizado em relação às brancas e tal sentimento afeta a motivação para o aprendizado”. Após o julgamento do caso, a Suprema Corte passou a considerar a segregação inconstitucional em outros ambientes públicos, tais como praias, ônibus e parques. Além disso, a pauta política

também foi objeto de discussão no período em que Warren Burger atuou como chefe da Suprema Corte norte-americana (1969-1986).

Ao longo da história, a interpretação constitucional nos Estados Unidos passou a ganhar contornos mais subjetivistas, deixando de lado apenas a ideia de vontade da Constituição em prol da vontade criativa do próprio intérprete. Ademais, o controle de constitucionalidade passa a ser incorporado em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Nesse contexto de expansão da atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, surgem questionamentos sobre quem deve exercer o papel de guardião da Constituição e com quais limites. Por isso, foram resumidos os argumentos a favor e contra a expansão do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e na interpretação da Constituição. A questão foi tratada na perspectiva da dicotomia entre o fórum dos princípios e a maximização da participação popular, ou seja, trata-se de um embate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Para Ronald Dworkin, uma democracia constitucional possui duas dimensões: a) política, em que todos os integrantes de uma comunidade decidem questões relativas ao interesse coletivo de forma conjunta; b) princípios, referente à proteção de direitos individuais, os quais servem como trunfos em face de decisões de política. Para ele, a garantia de direitos confere legitimidade ao controle de constitucionalidade, justificando, assim, o controle sobre os atos políticos. Já Jeremy Waldron entende que considerar a garantia de direitos como um trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignora o desacordo moral que existe em uma sociedade em que nem todas as pessoas possuem a mesma concepção em relação aos direitos básicos, justiça social ou políticas públicas. No caso de desacordo quanto aos direitos fundamentais, o autor defende a participação em igualdade de condições, o que não ocorria quando uma decisão é tomada pelo Judiciário.

Além da perspectiva sobre a legitimidade para definir o conteúdo sobre desacordos morais, o controle de constitucionalidade também foi examinado de acordo com a sua intensidade, ou seja, a partir dos aspectos que o caracterizam como forte ou fraco. Nos modelos fortes de controle de constitucionalidade, como o norte-americano e a grande maioria dos modelos europeus, a superação de uma eventual inconstitucionalidade decidida pelo tribunal, em regra, só pode ocorrer se a constituição for emendada, o que costuma ser algo excepcional. No sistema de controle de constitucionalidade forte, as Cortes têm a autoridade para recusar a aplicação de uma legislação, modificar os efeitos da lei para que se dê conforme os direitos

fundamentais ou, ainda, negar a aplicação de uma norma infraconstitucional por incompatibilidade com a Constituição.

Em modelos fracos de controle de constitucionalidade, como os modelos canadense e inglês, o legislador pode aceitar a decisão do Judiciário, como também pode superá-la. Neste último, as decisões proferidas no controle de constitucionalidade não vinculam o legislador, sendo que este pode reabrir o diálogo e repromulgar a lei inconstitucional, concedendo a ela imunidade temporária em face de outras declarações de inconstitucionalidade. Em outros contextos, há um controle ainda mais fraco, como na Nova Zelândia, onde há uma carta de direitos interpretativa sem *status* superior em relação às demais leis ordinárias.

Para Mark Tushnet (2014), a forma fraca de controle de constitucionalidade possibilita que as decisões judiciais acerca da Constituição estejam abertas para revisão legislativa em curto prazo. Para Stephen Gardbaum (2010), esse modelo fraco é o novo modelo ligado ao *Commonwealth*, afirmando que são três os fatores que o caracterizam: a) a existência de uma carta de direitos; b) alguma forma de maior poder do Judiciário para fazer valer esses direitos, avaliando a legislação (assim como outros atos governamentais) quanto à consistência com a carta, que vai além das presunções tradicionais e dos modos comuns de interpretação estatutária; e c) mais distintamente, não obstante esse papel judicial, um poder legislativo formal para ter a palavra final sobre a interpretação da legislação pelo voto da maioria comum. Para o autor, em conjunto, as duas primeiras características distinguem o novo modelo da concepção tradicional de soberania parlamentar; e a terceira da supremacia judicial.

O modelo fraco de controle de constitucionalidade é considerado como uma opção intermediária entre as duas perspectivas anteriormente expostas (Dworkin x Waldron). Ao passo em que autoriza alguma forma de revisão constitucional da legislação pelos tribunais em nome dos direitos, também atribui o poder legal da palavra final ao Legislativo, dissociando o poder da revisão judicial da supremacia ou finalidade judicial. Além disso, proporciona um novo balanço entre dois valores tradicionais modernos da política liberal democrática: a) o reconhecimento e efetiva proteção de certos direitos fundamentais; e b) a própria distribuição de poder entre cortes e ramos do governo, incluindo limites adequados para ambos.

Stephen Gardbaum (2010) descreve quatro espécies de controle fraco de constitucionalidade das leis, que dependem da possibilidade de a Corte declarar a legislação infraconstitucional inválida, ainda que se tenha posterior resposta do Legislativo, até se ter apenas o poder interpretativo e não declarativo do Judiciário em relação à Carta de direitos. O Canadá e a Nova Zelândia enquadram-se nesses dois modelos, respectivamente.

Um controle mais fraco de constitucionalidade apresenta alguns benefícios como: a) há uma proteção eficiente de direitos da Corte, mas, por meio da palavra legislativa final, é mantida a legitimidade democrática dos poderes judiciais, ainda mais aprimorados; b) o legislador tem o benefício de visualizar o julgamento no caso concreto e refletir sobre a aplicação da legislação em um caso específico e eventuais problemas que podem não ter sido analisados no momento da elaboração da lei; c) permite que os direitos contidos em uma carta legalizada sejam protegidos de maneira menos centrada nos tribunais, o que proporciona um papel maior na deliberação de direitos, tanto para os ramos políticos quanto para os cidadãos; d) pode ajudar a resolver os problemas conhecidos de superlegalização ou judicialização do discurso público de princípios e debilitação legislativa e popular que há muito tempo são identificadas como um importante custo institucional da constitucionalização; e) os legisladores seriam, assim, mais responsáveis pelos direitos; f) pode ocorrer uma melhora na qualidade dos debates legislativos sobre os direitos; g) há maior conscientização sobre os direitos entre os cidadãos, ou seja, um crescimento da cultura de direitos e o próprio debate sobre eles.

O novo modelo também pode trazer desvantagens assim apontadas por Stephen Gardbaum (2010): a) não há necessidade de proteger os direitos mais ou de maneira diferente; o *status quo* acaba por ser bom; b) os direitos não são, de fato, melhor protegidos pelo novo modelo; c) o novo modelo é instável - o equilíbrio teórico da posição intermediária não existe ou não pode ser mantido na prática, mas inevitavelmente leva a excessos de poder e direitos judiciais, comumente associados a sistemas fortes como o norte-americano. Em relação às duas primeiras críticas, cabe destacar que a proteção de direitos, de fato, ocorre de maneira mais forte em um modelo mais forte de controle de constitucionalidade que possua uma carta de direitos com *status* constitucional.

Inclusive, mesmo em modelos mais fracos, ainda que não exista uma carta dotada de *status* constitucional, sentiu-se a necessidade de um reforço no que diz respeito aos direitos fundamentais. É o caso da Nova Zelândia, país que não possui constituição escrita, mas que promulgou uma carta de direitos, de modo a contribuir com uma “cultura de direitos” na sociedade, ainda que seja uma carta com *status* de lei ordinária. Ou seja, ainda que possua um sistema onde prevalece a supremacia do parlamento e que este seja atuante na proteção dos direitos, também foi necessária uma carta de direitos para reforçar os direitos fundamentais e os pactos de direitos humanos.

Assim, não se nega que é necessária a proteção de direitos e, dependendo do contexto cultural e histórico vivenciado pela sociedade de um dado país, essa necessidade pode ser mais ou menos intensa. Inevitavelmente, é necessário considerar a cultura de direitos que prevalece

em cada país e se há uma necessidade maior ou menor de estabelecimento de tais direitos em documentos dotados de *status* constitucional ou não. Caso se trate de um país onde prevalece a cultura de direitos na sociedade e, conseqüentemente, no próprio Legislativo, menor será a necessidade de uma ampla constitucionalização de direitos e de um controle de constitucionalidade tão forte para a sua proteção. Ao passo que países que passaram por grandes restrições de direitos, períodos ditatoriais ou, simplesmente, não possuem uma cultura de direitos, precisarão de um sistema de proteção mais forte, inclusive pelo Judiciário.

Diante do contexto histórico e cultural de cada país, de fato não será possível se obter um perfeito equilíbrio na posição intermediária entre juízes e legisladores, como apontado por Stephen Gardbaum na terceira crítica acima retratada. Até porque a divisão entre sistemas fracos e fortes de controle de constitucionalidade é uma questão de grau, de maneira que o suposto caráter forte de alguns sistemas também incorpora mecanismos de sistemas fracos e vice-versa. E independentemente da necessidade de uma maior ou menor proteção e de se conseguir o equilíbrio da posição intermediária, importa criar arranjos institucionais criativos, que, embora não proporcionem um equilíbrio na participação de ambos Poderes, podem proporcionar a interpretação constitucional a ambos, mantendo, assim, um diálogo entre eles.

Novos desenhos institucionais e um controle mais fraco têm permitido que se defenda o controle de constitucionalidade, sem que isso implique, necessariamente, uma defesa da supremacia judicial, ou que se critique o controle de constitucionalidade sem a necessidade de uma defesa ferrenha da supremacia parlamentar. Ademais, nem sempre um modelo é totalmente forte ou totalmente fraco. E, ainda, os modelos fracos também requerem controle de constitucionalidade, mas possuem maior potencial para ensejar diálogos institucionais, na linha do que se defende como “constitucionalismo dialógico”.

O constitucionalismo dialógico se baseia em uma relação de paridade entre Cortes e Parlamentos, e encontra respaldo teórico em fundamentos já conhecidos da teoria constitucional contemporânea, até porque, em uma sociedade plural e complexa, a interpretação constitucional não pode ficar enclausurada pelo Poder Judiciário, sem que os demais atores estatais e sociais também participem da concretização constitucional. Judiciário e Legislativo, embora separados organicamente, podem estar conectados dialogicamente, com a construção das decisões constitucionais feitas a partir de uma atuação compartilhada entre ambos.

O conceito mais conhecido de diálogo entre poderes foi concebido por Peter Hogg e Allison Bushell (2014, p. 22-23), que definiram diálogo como os casos nos quais uma decisão judicial, a qual anula uma lei com fundamento na carta de direitos, segue alguma ação do corpo legislativo correspondente. Nesses casos, há uma reflexão, por parte do Legislativo sobre a

decisão judicial, sobre o qual, inclusive, ele deverá se posicionar. Os autores afirmam ainda, de maneira acertada à concepção que ora se delineia, que diálogo pode ocorrer quando as leis são mantidas pelo legislador. Além disso, cláusulas que permitem essa manifestação legislativa posterior a uma decisão judicial podem gerar visibilidade para a discussão política, pois, em um regime de proteção de direitos, a aplicação de tais cláusulas merece grande atenção pública, como ocorre nos modelos do Canadá e da Nova Zelândia.

O Canadá é um dos poucos exemplos de institucionalização do diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo a respeito da interpretação da Constituição. A tradição jurídica no país é oriunda do sistema de *Common Law* e, portanto, em consonância com o princípio da soberania do Parlamento, como ocorre no Reino Unido. A atual carta de direitos canadense, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, estabelece os direitos e liberdades que os canadenses acreditam serem necessários em uma sociedade livre e democrática, constituindo-se uma parte da Constituição canadense, a lei suprema do país. Todas as outras leis devem estar de acordo com ela, no entanto, as liberdades e direitos contidos na carta não são absolutos, eles podem ser limitados para proteger outras leis e importantes valores nacionais, tal como a liberdade de expressão, a qual é limitada por leis contra a propaganda de ódio ou pornografia infantil, nos termos da seção n. 1. Isto é, os direitos da carta podem ser limitados por lei, desde que os limites sejam razoáveis em uma sociedade livre e democrática.

Além disso, o modelo de controle de constitucionalidade instituído com a carta de direitos, sobretudo em virtude da adoção da chamada cláusula *notwithstanding* da Seção n. 33, foi considerado por Hogg e Bushell (2014) como caracterizador de um modelo dialógico de *judicial review*, em razão de a referida cláusula permitir uma resposta legislativa à decisão da Suprema Corte. Para os autores, o novo modelo ajudaria a dissolver a dificuldade contramajoritária. Isto é, diante dessas objeções aos papéis das Cortes, em especial da Suprema Corte como detentora da última palavra sobre o significado da Constituição, surge, com naturalidade, a ideia de diálogo institucional. Tais diálogos ocorrem com fundamento nas cláusulas 1 e 33.

A Seção n. 1 da carta de direitos canadense dispõe que “a carta de direitos e liberdades garante os direitos e liberdade nele estabelecidos, sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos por lei que possam ser comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática”, constituindo-se em grande veículo regulador dos intercâmbios que ocorrem entre Legisladores e Judiciário. É por meio dessa seção que o legislador e a Suprema Corte podem entrar em diálogo sobre quais medidas razoáveis as leis podem adotar para restringir direitos da *Charter*.

Em princípio, todos os direitos garantidos, ainda que formulados em termos incondicionais, podem ser limitados por uma lei que cumpra com os seguintes padrões judiciais: a) a lei deve perseguir um objetivo importante; b) a lei deve estar racionalmente conectada com o objetivo; c) a lei deve afetar o objetivo não mais do que o necessário para alcançá-lo; d) a lei não deve ter um efeito desproporcional severo em relação às pessoas que se aplica. A maior parte das leis cumprem o que restou numerado em a, b e d. A disputa quase sempre está concentrada no item c, ou seja, na exigência de um mínimo impedimento ou do meio menos restritivo. Quando uma lei é anulada por infração à carta de direitos quase sempre significa que não persegue seus objetivos por um meio que menos restrinja um direito da Carta. Até porque, se houvesse realizado de tal forma, a violação estaria justificada com fundamento no artigo 1º.

Em resumo, a seção I da Carta canadense é um mecanismo facilitador do diálogo institucional, ao estabelecer que os direitos previstos naquele texto estão sujeitos aos limites razoáveis prescritos em lei e justificados em uma sociedade livre e democrática. A dinâmica envolve um trabalho conjunto entre Corte e Parlamentos, sendo que, após verificar os parâmetros acima mencionados, a Corte pode entender que o objetivo da lei invalidada não seguiu o meio menos restritivo, ou seja, o limite razoável do disposto na seção I, em razão disso, deixa espaço para o legislador responder com a utilização de um instrumento de menor prejuízo.

Já a cláusula 33 é denominada de cláusula “não obstante” (*notwithstanding clause*) e permite a superação legislativa da decisão da Suprema Corte do Canadá através da reedição da lei declarada inconstitucional, compreendendo matérias concernentes a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade). Nesse caso, evita-se a supremacia judicial, pois o Parlamento possui a prerrogativa de tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) anos, com a possibilidade de prorrogação pelas legislaturas seguintes.

Ou seja, por meio dessa cláusula, o Parlamento está autorizado a editar uma lei e expressamente prever que ela produzirá seus efeitos, ainda que seja incompatível com as disposições que protegem as liberdades fundamentais. Assim, é possível que as maiorias legislativas ordinárias substituam a interpretação judicial da Constituição num prazo relativamente curto, sem a necessidade de se fazê-lo por meio de Emendas Constitucionais que exigem quórum qualificado na maioria das vezes. O autor afirma que a origem da seção 33 da Carta Canadense está associada à tarefa de evitar o modelo de supremacia judicial do controle de constitucionalidade norte-americano e manter o compromisso com a supremacia parlamentar num contexto de rearranjo constitucional do Canadá como uma nação multicultural e dividida em razão dos persistentes conflitos com Quebec.

No entanto, a utilização deste instrumento também envolve um contexto político importante, tendo em vista que se desenvolveu um clima de resistência ao uso desse mecanismo e que somente na província de Quebec a prática tornou-se politicamente aceitável, como no caso *Ford v. Quebec* (1988), no qual a Suprema Corte do Canadá derrubou uma lei de Quebec que baniu o uso de outras línguas, além do francês, nos letreiros comerciais. Após essa decisão, a província editou uma nova lei repetindo o conteúdo de proibição de uso de qualquer língua que não fosse a francesa em todos os outdoors e protegeu essa legislação por meio da referida cláusula.

Diante da cláusula n. 1 e da cláusula n. 33, o processo democrático é influenciado pela Corte, mas não é por ela simplesmente anulado. Ou seja, existe diálogo marcado pelas respostas legislativas às decisões da Corte, o que caracteriza uma forma mais fraca de *judicial review* em relação aos Estados Unidos e, sob o ponto de vista normativo, minimiza o discurso de ilegitimidade democrática do ativismo judicial em torno da Carta de direitos canadense. Desse modo, em um primeiro momento, pode-se ter decisões ativistas, em um segundo, respostas legislativas a essas decisões de forma que o processo legislativo resulte de uma dinâmica institucional bilateral e dialógica.

A teoria dos diálogos, por vezes, não encontra reflexos diretos na jurisprudência canadense. No entanto, há alguns casos nos quais os diálogos ocorreram, os quais são apontados pela doutrina e merecem maior aprofundamento como forma a dar corpo à concepção ora apresentada. Um deles tem especial destaque: o reconhecimento das uniões homoafetivas no Canadá e a utilização de uma outra forma de diálogo, anterior à elaboração da legislação e com fundamento no artigo 53 do *Supreme Court Act*, o qual obriga a corte a se pronunciar sobre toda questão de direito ou de fato que lhe for submetida pelo governo federal, para que o legislador saiba previamente a posição da Corte em questões que envolvam matéria constitucional.

A corte atendeu ao pedido feito pelo governo e elaborou um parecer respondendo quatro questões: a) se a autoridade exclusiva para legislar sobre o casamento homoafetivo seria do parlamento; b) se a ampliação da capacidade de casamento para pessoas do mesmo sexo era harmônica com a carta de direitos; c) se a liberdade religiosa garantida pela carta de direitos protege os religiosos de serem obrigados a realizar um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo; e d) se o requisito do código civil de que houvesse um sexo oposto seria consistente com a carta de direitos.

A respeito da primeira questão, a resposta foi afirmativa, no sentido de que sim, é competência exclusiva do parlamento legislar sobre a união civil, pois o primeiro ponto da

proposta de lei refere-se à capacidade legal para o casamento civil. Em relação à segunda questão, a corte respondeu que sim, a Carta de Direitos do Canadá é harmônica, e, portanto, constitucional o casamento de pessoas do mesmo sexo. Já em relação à liberdade de religiosos a se negarem a realizar o casamento homoafetivo em razão de suas crenças religiosas, a corte também afirmou ser possível essa negativa, uma vez que a carta de direitos também a garante a liberdade religiosa. Por fim, o Tribunal exerceu o poder de não responder ao quarto questionamento, pois, segundo a argumentação exposta no parecer, caso o tribunal respondesse à pergunta, estaria correndo o risco de minar a uniformidade da lei proposta, uma vez que a uniformidade seria mantida apenas se a resposta ao quarto questionamento fosse não, ou seja, declarando inconstitucional o disposto no código civil.

Além disso, no ano de 2019, a Suprema Corte do Canadá julgou setenta casos, que estão disponíveis no seu site na rede mundial de computadores, conforme tabela com resumos de todos os casos constante no Apêndice n. 1. Desses setenta casos julgados, apenas 10 versam sobre direito constitucional e mencionam a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. E neste ano de 2019 não se encontra nenhuma aplicação da seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms Charter*, mas apenas a invocação de alguns direitos mencionados na carta.

Dos dez casos, somente no caso *Frank v. Canada (Attorney General)*, julgado em 11.01.2019, citou-se um precedente no qual a cláusula 33 havia sido invocada, assim como a corte teve uma postura deferente ao Legislativo. No julgamento, a Suprema Corte canadense não proveu o apelo, considerando que a restrição de voto para as pessoas que estão fora do Canadá durante cinco anos é razoável para os termos da seção 3 da carta e “comprovadamente justificável em uma sociedade livre e democrática”. Na decisão, também se ressaltou que negar a alguns cidadãos o direito de votar não é substancial, mas é moderado pelo fato de que a restrição é reversível e não permanente, sendo que qualquer canadense pode imediatamente reter o direito de votar ao restabelecer a residência no Canadá.

Na outra ponta dos modelos fracos de controle de constitucionalidade, verifica-se o modelo mais fraco de todos, que é a Nova Zelândia. Um dos mais importantes princípios do país é a supremacia do parlamento, sendo um dos poucos países do mundo que não adota uma constituição escrita e, assim, até pouco tempo atrás, não se vislumbrava a existência de um ambiente propício para o surgimento de um controle de constitucionalidade. Além disso, o Parlamento sempre foi tido como a fonte última para a concretização dos direitos, devendo as cortes, portanto, “apenas seguir o que fora proposto por aquele poder, mesmo que para isso, ao fazê-lo, devesse passar por cima de princípios e regras advindos da *Common Law*”, que teriam sido desenvolvidos no âmbito do Judiciário.

Desse modo, a Nova Zelândia é considerada um modelo de repúdio ao *judicial review* adotado nos Estados Unidos, seguindo a posição britânica até o início dos anos 1990. Recentemente, entretanto, há uma Carta de Direitos no país, o que a aproxima um pouco do *judicial review*. É a *New Zealand Bill of Rights Act*, com *status* de lei ordinária e o objetivo de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais no país, o que o aproximou do compromisso com a convenção internacional dos direitos humanos.

A *New Zealand Bill of Rights Act* é aplicável em relação aos atos realizados: a) pelos Poderes Legislativo, Executivo, ou Judiciário da Nova Zelândia; ou b) por qualquer pessoa no exercício de qualquer função pública, de poder, ou dever conferido ou imposto àquela pessoa nos termos da lei. E apesar de ser um estatuto ordinário, que não empodera as Cortes formalmente para declarar a nulidade da legislação inconsistente com as suas provisões, a Carta de Direitos buscou reduzir a probabilidade de infração dos direitos elencados. Além disso, tal Carta se robusteceu com a criação, em 2001, de um Tribunal de direitos humanos, a quem se atribuiu a prerrogativa de se declarar uma norma comum contrária aos direitos estabelecidos na Carta e no *Human Rights Act* de 1993. Assim, a *New Zealand Bill of Rights Act* reforça os direitos garantidos na Nova Zelândia e a própria cultura de direitos humanos.

Portanto, a Nova Zelândia possui uma espécie de *weak form of judicial review*, em razão da *New Zealand Bill of Rights Act*, sendo que tal diploma legal não possui superioridade formal em relação às demais normas jurídicas, conforme se depreende dos itens 4 e 5 da Carta. Da leitura da Seção 4, verifica-se que é negado expressamente o poder da Corte invalidar ou negar efeito operativo a qualquer lei, anterior à *New Zealand Bill of Rights Act*. Já a seção 5 previu que ao parlamento caberá a possibilidade de limitar determinados direitos, ainda que fundamentais, caso essa limitação seja justificável e respeite os princípios de proporcionalidade, de modo a garantir que a maioria da população seja beneficiada, visando garantir que os benefícios práticos para a sociedade se sobreponham ao prejuízo ao direito ou liberdade individual em análise. Por outro lado, no item 6, estipulou-se que os tribunais deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes na *New Zealand Bill of Rights Act*.

Assim, destaca-se que os tribunais devem presumir que, depois da vigência da *New Zealand Bill of Rights Act*, o Parlamento não aprovaria leis contrárias aos direitos estabelecidos na Carta, uma espécie de “presunção de constitucionalidade”. Os tribunais assumem o dever de realizar a interpretação conforme a *New Zealand Bill of Rights Act*, assim, quando existem várias interpretações possíveis de uma lei, das quais algumas são compatíveis com a *New*

Zealand Bill of Rights Act e outras não, os juízes devem preferir aquelas que condizem com a carta. Da mesma forma, entre uma interpretação de uma lei que é restritiva ou ofensiva aos direitos e outra que é expansiva ao tutelar um direito, os juízes devem eleger a segunda opção, o que pode ser identificado como um “princípio da máxima efetividade”. O legislador, contudo, pode deixar sem efeito a interpretação conforme à carta realizada pelos tribunais, mediante a aprovação de uma lei que seja mais clara no tocante ao direito discutido na respectiva decisão. Os juízes não podem voltar à sua interpretação inicial, mas devem aplicar a nova lei, que contenha a interpretação esclarecedora do legislador.

Em resumo, o controle de constitucionalidade na Nova Zelândia é considerado “fraco”, pois diante de um ato normativo levado à Corte, os juízes somente analisarão se este pode ser dotado de um significado que esteja de acordo com a *New Zealand Bill of Rights Act*. Ademais, ao encontrarem a interpretação adequada, esta será utilizada para que se preserve a validade daquele ato que é expressão soberana do legislador.

Além da “interpretação conforme” à *New Zealand Bill of Rights* realizada pela Corte, há que se ressaltar que em algumas situações, os magistrados poderão entender que o ato normativo é restritivo de direitos e o poder legislativo entenderá que o ato é protetivo de direito, sendo que as ferramentas tradicionais de interpretação (analisar o propósito do legislador, etc) podem não ser suficientes neste caso. É aí que a Corte poderá conceder, no uso do que denomina de “mandado interpretativo”, uma interpretação que acredite estar em consonância com a *New Zealand Bill of Rights*, ainda que, na prática, distancie-se daquilo que está posto e da intenção do legislador.

Todavia, nesse caso específico, poderá o legislador não concordar com a posição adotada pela corte, podendo se sobrepor à decisão judicial, superando-a por meio da reedição da norma. A reedição da norma poderá seguir dois caminhos: a) “poderá fazer com que o ato normativo que está sendo discutido permaneça no ordenamento da mesma forma que havia entrado em vigor antes, permitindo que prevaleça o próprio entendimento”, e, assim, prevalecendo sobre o entendimento da Corte; b) “poderá reeditá-lo apontando especificamente qual a interpretação que deve ser seguida quando aquele ato normativo for colocado em prática, podendo ser a sua própria interpretação, ou aquela que foi conferida pelos juízes”.

Pela análise das Seções 4, 5 e 6, tem-se um aspecto um tanto controvertido na *New Zealand Bill of Rights*, tendo em vista que a Seção 4, obviamente, expressa o valor central da tomada de decisão legislativa e a seção 6 o valor da proteção dos direitos. O que se questiona é como os juízes traçam essa linha e, particularmente, em que extensão eles utilizam o mandato da seção 6 agressivamente para modificar a legislação ao invés de interpretá-la? O consenso

geral entre os doutrinadores neozelandeses é que este poder/dever tem sido usado, de modo geral, com razoável moderação.

Ou seja, de modo geral, parece haver amplo consenso entre os principais doutrinadores neozelandeses de que a *New Zealand Bill of Rights* está funcionando razoavelmente bem, sendo que os direitos relacionados à liberdade de expressão foram adequadamente, senão destacadamente, protegidos, enquanto a proteção de outros direitos foi menor. Este consenso inclui que a percepção da legislatura ainda decide sobre problemas básicos ao invés das Cortes. Há certo desacordo, contudo, sobre o balanço exato entre os poderes legislativo e judiciário, e como isso pode ser melhorado.

Também há outro modo de se refletir sobre o diálogo na Nova Zelândia, por meio do *Human Rights Review Tribunal*, que é administrado pelo Ministério da Justiça e é completamente separado dos demais órgãos relacionados aos Direitos Humanos: *Human Rights Commission*, *Privacy Commissioner* e *Health and Disability Commissioner*. Tal modo de se pensar o diálogo entre as instituições neozelandesas, também se aproxima a uma espécie de “interpretação conforme”. Inclusive, no ano 2001, o parlamento neozelandês emendou ao *Human Rights Act 1993* e concedeu ao *Human Rights Review Tribunal* a possibilidade de proferir decisões que expressem formalmente a chamada “declaração de inconsistência”. Esta declaração poderá ser formalizada tão somente nos casos em que pelo menos a maioria da corte constatar que determinado ato normativo esteja em desacordo com o item 19 da NZBORA (“direito à não discriminação”).

Portanto, pode-se considerar a carta de direitos neozelandesa como encorajadora do diálogo entre os poderes, tendo em vista o debate público gerado pelos casos julgados pela Corte, a exemplo dos três casos destacados neste trabalho: a) “Quilter”, por meio do qual a Suprema Corte se absteve de decidir sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas destacou a sua posição, gerando o necessário debate e repercussão no Poder Legislativo, que, após alguns anos, editou legislação permitindo o matrimônio; b) “Martin”, que trata da demasiada demora em julgamentos, constituindo-se em um exemplo de como os três braços do governo podem interagir uns com os outros para evitar novas violações da Carta de Direitos da Nova Zelândia, tendo em vista que o Parlamento, após o julgamento de mais casos como esse, promulgou a “Lei dos Magistrados Comunitários” para diminuir o atraso e evitar a suspensão do processo; c) “Baigent”, no qual a polícia realizou uma busca ilegal e a vítima processou os policiais pelos danos sofridos, sendo que no julgamento, entendeu-se que o ataque violou a carta de direitos e se determinou que a proibição de conceder indenização por atos públicos prejudiciais presente na legislação não incluía violações da Declaração de

Direitos; em resposta, o governo da Nova Zelândia solicitou à Comissão de Direito que considerasse se o Legislativo deveria adotar alguma regra que substituísse a decisão da corte, e a Comissão recomendou que o governo não adotasse nenhuma medida porque, em essência, a Corte chegou à resposta correta.

Os casos mostram que o Parlamento não foi privado de sua soberania pelas cortes. Geralmente, os juízes na Nova Zelândia estão bastante cientes de que não devem “pisar” na arena do Parlamento. As cortes podem ser compreendidas como suplementares às intenções do Parlamento, preenchendo lacunas na legislação e definindo cuidadosamente os termos abertos. Contudo, o Parlamento abdicou de parte de seu “poder moral” ao permitir-se ser criticado pelas cortes, seja por declarações de inconsistência ou na interpretação de estatutos. O poder moral pode ser bastante poderoso, porque o corpo a quem este poder moral foi confiado é obrigado a usá-lo, em referência à norma legal, e, logo, gerando fortes expectativas à sua observância.

E além dos tradicionais casos apontados pela doutrina, também se destaca os casos julgados pela corte neozelandesa no ano de 2019, o que totalizou cento e quarenta e três casos, cujas decisões encontram-se disponíveis em seu site na rede mundial de computadores e estão resumidas no Apêndice n. 2. Ao se analisar todas as decisões, tem-se apenas que trinta recursos preencheram os requisitos formais para serem julgados pela corte. Ou seja, apenas vinte e um por cento dos recursos que chegaram à corte neozelandesa foram recebidos, preenchendo os requisitos exigidos para julgamento pela Corte Suprema. Desses trinta casos recebidos, apenas dois citaram a *New Zealand Bill of Rights*, fazendo-o *en passant*, sem aprofundar a discussão referente aos direitos estabelecidos na carta. Os demais recursos recebidos pela corte diziam respeito ao direito contratual, ao direito criminal ou a questões processuais. As decisões da corte sobre tais recursos não mencionaram a carta de direitos neozelandesa. Assim, no ano de 2019, não se verifica a utilização do mandado interpretativo ou da declaração de inconsistência acima analisados, tampouco uma análise mais aprofundada de dispositivos da carta de direitos neozelandesa. O que também é indicativo de que a cultura de supremacia do Parlamento de fato prevalece na Nova Zelândia.

No contexto brasileiro, não há que se falar em última palavra do Legislativo como se faz no sistema neozelandês, tendo em vista a cultura de supremacia do Judiciário presente no Brasil e a ausência de maior ação do Legislativo para reconhecer os direitos das minorias, como se verificou no caso do reconhecimento dos direitos das pessoas que convivem em união estável homoafetiva. A diferença se dá, também, porque, na Nova Zelândia, a carta de direitos do país pode ser considerada como um documento importante em razão da previsão de direitos

políticos, liberdade de religião, direito à vida, dentre outros, porém, desprovida de *status* constitucional, ao contrário da Constituição Federal de 1988.

Já o modelo do Canadá, que é o modelo mais forte dentre os países de controle de constitucionalidade fraco, de acordo com a classificação de Stephen Gardbaum, vista no primeiro capítulo, pode ser mais aproximado ao Brasil, sendo que a carta de direitos canadense possui *status* constitucional e ao Judiciário é dado mais poderes para de fato declarar a legislação inconstitucional e não apenas apontar inconsistência como no sistema neozelandês.

Ademais, a cláusula “não obstante” presente no item 33 da carta de direitos canadense, ainda que historicamente associada à província de Québec, apresenta uma solução dialógica criativa e interessante, tendo em vista que o Legislativo pode manter a vigência de legislação declarada inconstitucional por 5 anos. Além disso, o fato de não ser tão utilizada também significa que há respeito e acatamento às decisões judiciais. E, ainda, o Canadá possui outra cláusula dialógica interessante no sentido contrário, com a obrigação de a Suprema Corte canadense se manifestar quando consultada pelo Legislativo a respeito da interpretação da carta de direitos, como se verificou no parecer exposto no capítulo segundo a respeito do reconhecimento de relações homoafetivas no Canadá.

Além disso, o fator cultural tão evidenciado na obra de Pierre Legrand pode ser verificado a partir dos casos de reconhecimento de união estável dos três países. No Canadá, verifica-se que houve a referida consulta do Parlamento ao Judiciário sobre a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo; já na Nova Zelândia, diferentemente, a Corte se absteve de julgar o pedido de reconhecimento de casamento de pessoas do mesmo sexo, porém frisou que a união deveria ser reconhecida pelo Parlamento, gerando amplo debate na sociedade como um todo e uma espécie de “pressão”, que culminou no reconhecimento pelo próprio Legislativo, como se verificou no capítulo terceiro.

Diferentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu os direitos de as pessoas do mesmo sexo conviverem em união estável, sendo esta decisão considerada como “ativista” pela doutrina em geral. Contudo, não há uma cultura de direitos forte no Brasil, e, conseqüentemente no Legislativo, e de fato, havia uma lacuna em relação à tal direito. E, ainda, há que se atentar para o fato de que o Judiciário estaria em posição mais “confortável” para realizar o julgamento, diante da existência das bancadas conservadoras no Congresso e da grande polêmica que envolve a questão, inserindo-se esta questão dentre as “sensíveis” estrategicamente não julgadas pelo Legislativo, nos termos defendidos por Ran Hirschl.

Assim, pode-se visualizar uma decisão considerada ativista como esta como uma mola propulsora do diálogo e da efetivação de direitos por parte do Legislativo, mormente em casos

onde há lacunas do legislador ou altos custos políticos para se efetivar um determinado direito. Por outro lado, também há que se atentar para a possibilidade de se ter soluções mais dialógicas em casos como esse. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter mencionado no acórdão a necessidade de se ter maior regulamentação por parte do Legislativo, também poderia ter adotado técnica de “reenvio” ou solução mais criativa para que o Legislativo se posicionasse sobre o tema e também se obrigasse a proteger direitos fundamentais.

Também se destaca que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal não é de todo incompatível com a proposta dialógica. O próprio protagonismo do Supremo pode gerar uma reação dos demais poderes. Assim, também é necessário que as decisões do Supremo Tribunal Federal deixem de serem visualizadas como adversárias, mas possam ser interpretadas como estratégias institucionais que podem gerar diálogo e cooperação entre os poderes.

Apesar de se ter perdido uma oportunidade de criação de mecanismos constitucionais mais dialógicos entre os poderes de forma expressa, na ocasião da votação da Proposta de Emenda Constitucional n. 33, há outras possibilidades de uma atuação mais dialógica entre os Poderes com mecanismos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Até porque, como visto no segundo capítulo, a existência da cláusula 33 na carta de direitos canadense não faz com que o diálogo seja praticado frequentemente com fundamento em tal cláusula. Além disso, ressalta-se que não há necessidade de se ter um mecanismo de resposta legislativa tão rápido, tendo em vista que o objetivo não é tornar o Brasil um país de sistema de controle fraco, nos termos pontuados por Tushnet, mas fazer com que a prática do diálogo seja mais frequente, tornando a decisão da corte mais legítima e propulsora de modificações legislativas mais efetivas de direitos fundamentais.

Nesse contexto, há que se destacar as súmulas vinculantes direcionadas para o cumprimento do próprio Judiciário e da Administração Pública, pois, com base nas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, viabiliza-se a utilização da técnica da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade, inclusive admitindo-se decisões com eficácia futura, o que possibilita engendrar uma interação com os demais poderes e um possível mecanismo de diálogo, ou seja, o legislador poderá reagir, editando novo diploma legal antes do início da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade, e, assim, evita um vazio normativo decorrente da eliminação da norma inconstitucional do sistema jurídico.

Ademais, destaca-se que, ainda que não se adote a regra da supremacia do Parlamento, como na Nova Zelândia, em razão da diferença entre as culturas jurídicas de ambos os países aqui comparados, ou, ainda, que não adote uma cláusula como a canadense, é importante que

não se atribua tal interpretação a um só Poder, mas que se realize o diálogo institucional supracitado.

Uma interpretação mais dialógica talvez possa ser útil, pois, ao mesmo tempo que reconhece a autoridade do Judiciário para interpretar a norma, transfere ao legislador o ônus de conformá-la à Constituição, para se assegurar de que uma norma não pode ser contrária à ela. Esse processo de “interpretação dialógica” pode ter ainda o condão de fazer com que o Poder Público se torne menos “infrator” do texto legal, colaborando, inclusive, para uma maior efetividade da norma. Ainda mais no Brasil, onde o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário é extraforte, justamente porque o Supremo também pode realizar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Nesse âmbito, também se deve refletir sobre as questões de deliberação inseridas no item 5.2 acima, tendo em vista que uma melhora efetiva da deliberação interna entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal reflete na promoção de uma voz institucional e na qualidade do diálogo com agentes externos, seja entre os poderes como aqui se defende ou seja com agentes da sociedade (*Amicus Curie* e audiências públicas, por exemplo). Enfim, ainda que tivéssemos mecanismo de “reenvio” das questões decididas pelo Judiciário, ao Legislativo, para que se tenha um debate de qualidade, também é necessário que a deliberação realizada em ambos os órgãos seja efetiva, com uma real troca de argumentos entre os seus membros, e, na sequência como um debate externo (entre poderes) fundamentado e de fato rebatendo argumentos jurídicos utilizados pelo outro poder na respectiva decisão.

É como o exposto por Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que o Supremo deve se tornar uma instituição com voz própria, não apenas *a soma de 11 vozes dissociadas*, tendo em vista a ausência de deliberação e a inexistência de busca por clareza, de consenso ou concessões mútuas entre os ministros. Deve-se repensar a forma de deliberação do STF, já que é o *locus* da deliberação e da razão pública, sendo que a sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, sendo que a unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, uma vez que este diálogo também ocorre entre instituições.

Além disso, o objetivo da comparação ora realizada não é propor que o sistema brasileiro de controle se transforme em um sistema fraco de controle de constitucionalidade, e sim fazer com que a prática do diálogo seja mais frequente, tornando a decisão da corte mais legítima e propulsora de modificações legislativas mais responsáveis pela efetivação de direitos, como acima já referido. A conciliação entre Judiciário e Legislativo é possível somente quando se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas apenas uma parte de um diálogo incessante. Deve-se, portanto, superar

essa dualidade radical, considerando que o poder final é compartilhado pelos três poderes em conjunto, em uma relação harmoniosa entre si, e todos eles são responsáveis perante a sociedade civil. Para tanto, o diálogo entre os poderes é essencial. Além disso, deve haver mudança e superação quanto à concepção de que o controle judicial de constitucionalidade é meramente um conjunto de “ações que conduz a lei para a guilhotina anuladora do judiciário”, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva. O controle de constitucionalidade é parte do jogo democrático e tanto legisladores como juízes são atores fundamentais na efetivação de direitos fundamentais e no estabelecimento da última palavra provisória sobre a interpretação da Constituição.

Até porque ambos os poderes são responsáveis pela proteção de direitos e, se os dois são guardiões da Constituição, é esta que deve estar acima dos poderes; e, caso exista desacordo sobre a sua melhor interpretação, os diálogos dizem que nem sempre a resposta certa está com um ou outro poder. É pressuposto do diálogo que ambos são responsáveis pela proteção dos direitos constitucionalmente estabelecidos, mas que pode haver uma diferença de interpretação. De tal modo que, em países de controle forte, prevalece a interpretação do Judiciário e nos fracos a do Legislativo. Importa que se encontrem arranjos institucionais criativos e equilibrados para se estimular o diálogo entre poderes, de modo que a última palavra provisória possa ser sempre superada, como decorrência natural do processo democrático, sem que isso ocasione uma crise política.

Também é necessário ressaltar que, em caso de desacordos morais sobre os direitos, o Legislativo representa melhor a pluralidade de opiniões, mas essa pluralidade encontra limites jurídicos nas cláusulas pétreas da Constituição; limites morais em razão da ausência de cultura de direitos na sociedade brasileira, que tem se mostrado cada vez mais conservadora; e limites filosóficos na ausência de alteridade em relação ao outro. Assim, também é necessária uma atuação judicial na interpretação constitucional, mas se deve encontrar um arranjo institucional equilibrado e coerente que possibilite soluções dialógicas e não simplesmente anulatórias da legislação.

Inclusive, se houver postura mais deferente do Judiciário em relação ao Legislativo, ou pelo menos, mais dialógica, o Brasil já possui mecanismos que podem favorecer o diálogo entre poderes, não sendo necessária a criação de novos mecanismos, mas respeito pelo espaço decisório de cada poder. Nesse contexto, pode-se pensar tanto nas emendas constitucionais, como no mandado de injunção.

Caso se considere a proposta de Mark Tushnet, não se poderia enquadrar as emendas constitucionais como um mecanismo de diálogo propriamente dito, tendo em vista que a resposta legislativa à decisão judicial não seria imediata. De acordo com o exposto no primeiro

capítulo sobre as concepções dialógicas de Stephen Gardbaum, assim como as de Peter Hogg, em um primeiro momento, até poder-se-ia considerar a Emenda Constitucional como uma forma de resposta do Legislativo à decisão judicial, contudo, o Judiciário ainda pode realizar o controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais (controle ultra-forte de constitucionalidade), o que dificultaria a inclusão deste mecanismo como verdadeiramente dialógico. Por outro lado, se o Judiciário fundamentar a declaração de inconstitucionalidade da emenda pelos limites das cláusulas pétreas, pode-se considerar que há uma proteção da Constituição e não apenas a pura anulação da lei, podendo-se pensar em uma hipótese de diálogo não porque prevalece a vontade do Judiciário, mas a última palavra de acordo com a Constituição.

A Constituição de 1988, por opção política, entregou a proteção de direitos ao Supremo Tribunal Federal, sendo que em contexto positivista e pós-ditadura militar, a opção do Constituinte de proteção de direitos foi clara, ou seja, de supremacia constitucional e não judicial. E isso não pode significar sinal verde para o Judiciário anular emendas constitucionais, ainda que no contexto contemporâneo o espaço do Judiciário tenha sido ampliado (constitucionalização de direitos, textura aberta do texto constitucional, etc) para se decidir questões constitucionais. No momento em que o Judiciário afirma que sua palavra é a final em termos de interpretação judicial, a ideia de supremacia constitucional dá vazão a ideia de supremacia judicial, a qual se manifesta em desacordos, ainda que revestidos de argumentos jurídicos, não pode ser considerada benéfica para a democracia, tampouco se constituir em exemplo de diálogo.

Se as cláusulas pétreas não são contrariadas em emendas constitucionais, a postura do Judiciário deveria ser deferente ao Legislativo, em razão dos desacordos morais referidos por Waldron e expostos no primeiro capítulo. Mas, se as emendas constitucionais forem contrárias aos limites estabelecidos em cláusulas pétreas, deve-se haver a proteção da supremacia constitucional - e não judicial, podendo-se anular a referida emenda. Isso porque, como revelado na análise de Dworkin, o Judiciário deverá buscar a melhor resposta para a questão.

Ademais, como sugestão para uma atuação mais dialógica no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, pode-se pensar no mandado de injunção, acima referido. Como se viu, antes da legislação de 2016, verifica-se que a trajetória do tratamento dado ao mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal é bastante ilustrativa do movimento por meio do qual o Poder Judiciário paulatinamente amplia seus poderes. No entanto, nesta trajetória, pôde-se verificar uma tentativa de diálogo, tendo em vista que, em um primeiro momento, o Judiciário afirma que não lhe compete editar norma e devolve a questão para o Poder

Legislativo, ou seja, adota postura de autocontenção. Portanto, diante da ausência de elaboração de norma por parte do Legislativo, o Judiciário se pronunciou no sentido de que não lhe competia determinar prazo para o Legislativo elaborar a norma, não havendo, contudo, resposta legislativa e, assim, o Judiciário acabou por assentar o direito do impetrante do mandado de segurança nos últimos casos acima citados.

Isto é, a tentativa de diálogo não foi bem-sucedida tendo em vista o espaço de manifestação oportunizado pela iniciativa do Judiciário e a ausência de manifestação do Legislativo. Considera-se, assim, que houve postura deferente do Judiciário para com o Legislativo, uma vez que, antes de assumir o espaço de tomada de decisão, acabou por oportunizar a manifestação e decisão do Legislativo.

Desse modo, defende-se que a trajetória de julgamento do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal, acima narrada, traz um relato de um mecanismo dialógico que não foi aproveitado na sua total potencialidade, muito em razão da postura do Legislativo. Tal postura não surpreende, por fim, quando se considera - entre as razões para a expansão da atuação do Judiciário, como se viu acima - o próprio custo político para o Legislativo na tomada de decisões difíceis ou impopulares. E diante de uma específica regulamentação do procedimento do mandado de injunção com a Lei n. 13.300 de 2016, pode-se vislumbrar uma oportunidade de diálogo entre as instituições, dependente, entretanto, de uma postura de autocontenção do Judiciário, assim como de um Legislativo que, de fato, preocupe-se com a elaboração de eventual norma regulamentadora de tais direitos fundamentais. Assim, o mandado de injunção é um exemplo de mecanismo dialógico, que, entretanto, não esgota o diálogo e tampouco abrange diversas situações.

Portanto, conclui-se que o controle fraco de constitucionalidade adotado no Canadá e na Nova Zelândia propicia uma abertura ao diálogo entre poderes, enquanto a estrutura típica do Brasil resulta, na sua atual formatação, na concentração de poder no Judiciário para interpretar a Constituição de 1988. Não se sugere um transplante de sistemas ou mecanismos, mas se busca inspiração para um maior diálogo no Brasil a partir das engrenagens apresentadas nos outros países.

O Brasil ainda não possui uma cultura de direitos bem sedimentada na sociedade e no próprio Legislativo, mormente diante do atual contexto político, com bancadas conservadoras no poder e um evidente discurso que desrespeita os direitos das minorias. Por isso, ainda é necessária uma atuação do Poder Judiciário para a proteção de direitos fundamentais. No entanto, este não seria o único local a serem interpretados os direitos constitucionais, sendo que o Legislativo também deve ser responsável pela efetivação de direitos.

Assim, vem à tona um maior aproveitamento de mecanismos jurídicos brasileiros que podem ser tratados de forma mais dialógica e considerados como potenciais canais de diálogo entre o Judiciário e Legislativo.

REFERÊNCIAS

ASENSIO, Rafael Jiménez. **El Constitucionalismo**: procesos de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional. Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales, S.A, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. **A crise do judiciário na visão dos juízes**. Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 36-38, 1994.

ARAÚJO, Sylvia. M. C. B; BARBOSA C. M.; MARQUES, C. S. P. Desenho Institucional e Judicialização da política nas cortes constitucionais Brasileira e Colombiana: Uma Análise Comparada. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/201>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos, SCHWARTZ (Org.). **Direito da sociedade policontextual**. 1. ed. Curitiba: Appris, v. 1, 2013.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos, SCHWARTZ (org.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, v. 1, 2013.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo, SCHWARTZ, Germano e DUARTE, Francisco Carlos. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba, Appris, p. 171-194, 2013.

BARBOSA, Claudia Maria. **Os novos oráculos da lei**: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil. 2002, 226f. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BARBOSA, Claudia Maria. A Juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 14, n. 2. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34100> Acesso em: 09 fev. 2020.

BARBOZA, Estefânia M. de Q. e KOZICKI, Katya. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. *In*: **Sequência**, v. 56, p. 151-176, jun. 2008.

BAZÁN, Víctor. Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. **Revista Derecho del Estado, Bogotá**, n. 33, p. 03-34, jul./dic., 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A última palavra, o poder e a história: o supremo tribunal federal e o discurso da supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95 jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502953>. Acesso em: 14 fev.2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, Sessão Plenária de 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>. Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Doações de pessoas jurídicas estão proibidas nas Eleições 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/doacoes-de-pessoas-juridicas-estao-proibidas-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm Acesso em: 10 jan. 2020

BRASIL. **Conselho Nacional De Justiça**. Código de Ética Da Magistratura Brasileira. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. **Lei 9868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [2017] Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.983 Ceará. Vaquejada – Manifestação Cultural – Animais – Crueldade Manifesta – Preservação Da Fauna E Da Flora – Inconstitucionalidade. Recorrente: Procurador- Geral Da República Recorrido: Governador Do Estado Do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. AYRES BRITTO, 05 de maio de 2011. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 25.869 PIAUÍ. Processual Civil E Constitucional. Agravo Regimental Na Reclamação. Manifestação Cultural Envolvendo Animais. “Vaquejada”. Alegada Contrariedade À Adi 4.983/Ce. Inocorrência. Ausência De Estrita Aderência Entre O Decidido No Ato Reclamado e No Paradigma Apontado. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13642508> Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.983 Ceará. Ação Direta De Inconstitucionalidade – Intervenção De Terceiro – Artigo 7º, § 2º, Da Lei Nº 9.868/1999 – Excepcionalidade Não Configurada. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12484411>. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. AYRES BRITTO, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno> Acesso em 14 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.029 Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade Da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade De Classe de Âmbito Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal. Direito Constitucional E Eleitoral. Direito de Antena e de Acesso aos Recursos do Fundo Partidário às Novas Agremiações Partidárias Criadas Após A Realização das Eleições. Relator: Min. Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Lei 13.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. **Lei 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Acesso em: 18 jul. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUTLER, Petra. 15 years of the NZ Bill of Rights: time to celebrate, time to reflect, time to work harder? **Human Rights Research Journal**. Nova Zelândia, 2006. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/nzcpl/HRRJ>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus e o Vertreter des öffentlichen interesses. **Revista de Processo**, Porto Alegre, v. 29, n. 117, set. /out. 2004.

CAMERON, Alex M. Power Without Law. **The Supreme Court of Canada, the Marshall decisions, and the Failure of Judicial activism**. Montreal: McGill-Queen's, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. São Paulo: Forense, 2014.

CANADA, “**The court: role of the court**”. Supreme court of Canada, 2017a. Disponível em: <https://www.scc-csc.ca/court-cour/role-eng.aspx>. Acesso em: 23 jan. 2019.

CANADA, “**The court: The Canadian judicial system**”. Supreme court of Canada, 2017b. Disponível em <https://www.scc-csc.ca/court-cour/sys-eng.aspx>. Acesso em: 23 jan. 2019.

CANADA. **Supreme Court of Canada**. AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning the Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes, as set out in Order in Council P.C. 2003-1055, dated July 16, 2003. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/2196/1/document.do> Acesso em: 28 dez. 2019.

CANADA. **THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982**. Ottawa, ON, Department of Justice. Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf#page=69. Acesso em: 05 jan. 2020.

CANADA. **CONSTITUTION ACT, 1982**. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> Acesso em: 15 dez. 2019.

CANADA. **Guide to the Canadian Charter of Rights and Freedoms**. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/how-rights-protected/guide-canadian-charter-rights-freedoms.html#a3> Acesso em: 15 dez. 2019.

CANADA. **Supreme Court of Canada**. R v. Hebert [1990] 2 S.C.R 151. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii118/1990canlii118.html> Acesso em: 09 dez. 2019.

CANADA. **Supreme Court Act (R.S.C., 1985, C. s-26)**. Ottawa, ON, Supreme Court of Canada. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-26.pdf> Acesso em: 05 jan. 2020.

CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. **STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2012.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CATTONI, Marcelo de Oliveira. **A Democracia Constitucional No Estado Democrático De Direito. Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-no-estado-democratico-de-direito-por-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CATTONI, Marcelo de Oliveira. **Democracia Constitucional: Um Paradoxo? Um Diálogo, Ainda Que Breve, Com Luhmann, Habermas e Derrida**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/democracia-constitucional-um-paradoxo-um-dialogo-ainda-que-breve-com-luhmann-habermas-e-derrida-por-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CATTONI, Marcelo de Oliveira; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Autocracia Judicial? O Poder Judiciário E O Risco Do Estado de Exceção**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/autocracia-judicial-o-poder-judiciario-e-o-risco-do-estado-de-excecao-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.183-206, set./dez. 2015.

CORRÊA, Leticia França; VIEIRA, José Ribas. **A figura do amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-

Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf. Acesso em: 26 out. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

COVER, Robert. **Narrative, Violence, and the Law: the essays of Robert Cover**. Michigan: University of Michigan Press, 2004.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. **Código Ibero-Americano de ética judicial**. Disponível em: http://www.cumbrejudicial.org/c/d ocument_library/get_file?uuid=8c73bef9- ea334a72-912c18a482bc1639&groupId=10 124/. Acesso em: 01 jul. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017. 798 p. ISBN: 9788520370957

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas**. Tradução de António Manuel Hespanha; Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: Novas perspectivas**. Tradução de: HESPANHA, António Manuel; SILVA, Cristina Nogueira da. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. The Moral Reading of the American Constitution. Oxford University Press. 1.ed. 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, Massachussets; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2006.

GARDBAUM, Stephen. What Makes for More or Less Powerfull Consitutional Courts. **Duke Journal of Comparative e International Law**, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol29/iss1/1/> Acesso em: 28 dez. 2019.

GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

GARDBAUM, Stephen. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/167/700011>. Acesso em: 11 dez. 2019.

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Journal of Scholarly Perspectives, vol. 9, p. 52-63, 2013.

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía**, vol. 6, abr. 1997.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0125.pdf> Acesso em: 10 fev.2020.

GODOY, Miguel Gualano. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba. v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

HÁBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. Prefácio. *In*: LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

HAMILTON, Alexander. Capítulo LXXXI: Considerações sobre a ordem judiciária, em quanto a distribuição dos poderes. **Os Federalistas**, Rio de Janeiro. Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e Companhia. p. 179-192. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661#> Acesso em: 05 jan. 2020.

HAMILTON, Alexander. Capítulo LXXVIII: Da inamovibilidade do poder Judiciário. **Os Federalistas**. Rio de Janeiro. Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e Companhia. p. 154-164, 1840. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661#> Acesso em: 05 jan. 2020.

HIRSCHL, Ran. The nordic counternarrative: democracy, human development, and judicial review. **International Journal of Constitutional law**, Oxford University Press e New York University School of law, v. 9, p. 449-469, 2011.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison. The Charter Dialogue Between Court and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, 1997.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas**. México: Siglo Veintiuno, 2014, p. 17-49.

JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. *In*: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre constitución y Pueblo. Tradução de Leonardo García Jaramillo. Siglo Veintiuno Editores S.A., Buenos Aires, 2013.

JARAMILLO, Leonardo. **Nuevas Perspectivas Sobre La Relación/Tensión Entre La Democracia Y El Constitucionalismo**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2014.

JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

JOEL I. Colón-Ríos. **NEW ZEALAND'S CONSTITUTIONAL CRISIS**. Wellington, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2120240 Acesso em: 09 dez. 2019.

JOEL I. Colón-Ríos; PREBBLE, John; LINCOLN, Laura. **Chapter 1 - Weak Constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power**. Victoria University of Wellington Legal Research Papers. Wellington, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2120240 Acesso em: 09 dez. 2019.

KAHANA, Tsvi. The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter. **Canadian Public Administration**, v. 44, n. 3, p. 256-268, 2001.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.89-104, janeiro 2014.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos**, v. 96, p. 69-85, jul. 2013.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**. (Florianópolis), n. 71, p. 107-132, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. **California Law Review**, v. 92, n. 4, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/31pDc0L>. Acesso em: 16 fev. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, n. 21, p. 27-49, maio/jun. 2008.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMA, Jairo Néia. Controle de Constitucionalidade Dialógico: uma leitura de judicial review a partir de Jeremy Waidron. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Bol. 89/2014, p. 321-347, out./dez. 2014.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak form of judicial review: apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 24, p. 39-50, jul./dez. 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1. ed. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Curso de Pós-graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Folha de S. Paulo**. 01/02/2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodvm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/29436805/Principios-de-Bangalore-de-Conduta-Judicial>. Acesso em 01 jul. 2016.

NEW ZEALAND, “**District Court**”. **Courts of New Zealand, 201-b** Disponível em: <http://www.districtcourts.govt.nz/> Acesso em: 22 jan. 2019.

NEW ZEALAND, “**High Court: History and role**”. **Courts of New Zealand, 201-a** Disponível em: <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/high-court/history/#supervisory> Acesso em: 22 jan. 2019.

NEW ZEALAND, “**Supreme Court: History and role**”. **Courts of New Zealand, 201-e** Disponível em: <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/supreme-court/history> Acesso em: 22 jan. 2019.

NEW ZEALAND, “**Supreme Court: How cases come to court**”. **Courts of New Zealand, 201-d** Disponível em: <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/supreme-court/how-cases-come-to-court> Acesso em: 22 jan. 2019.

NEW ZEALAND, Court of Appeal, New Zealand. **New Health New Zealand Incorporated v South Taranaki District Council and Attorney-General for and on behalf of the Minister of Health [2017] NZSC 13**. Disponível em: <https://www.courtsofnz.govt.nz/cases/new-health-new-zealand-incorporated-v-south-taranaki-district-council-and-attorney-general-for-and-on-behalf-of-the-minister-of-health>. Acesso em: 09 dez. 2019.

NEW ZEALAND, Court of Appeal, New Zealand. **Quilter v. Attorney-General 1 NZLR 523**. [1998]. Disponível em: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Quilter%20v.pdf> Acesso em: 09 dez. 2019.

NEW ZEALAND. “**Court of Appeal: History and role**”. **Courts of New Zealand, 201-c** Disponível em: <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/court-of-appeal/history> Acesso em: 22 jan. de 2019.

NEW ZEALAND. **HUMAN RIGHTS REVIEW TRIBUNAL**. Disponível em: <https://www.justice.govt.nz/tribunals/human-rights/about/>. Acesso em: 09 dez. 2019.

NEW ZEALAND. Parliamentary counsel office. **Senior Courts Act 2016**. Wellington: Parliamentary counsel office, 17 out. 2016. Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2016/0048/50.0/DLM5759262.html> Acesso em: 09 dez. 2019

NORLING, Olivia. **The First 1000 Decisions of the Supreme Court of New Zealand: A study in how the Court grants leave**. 2015. Dissertação (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Otago, Dunedin, 2015. Disponível em: <https://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago455108.pdf> Acesso em: 09 dez. 2019.

NOVA ZELÂNDIA. Suprema Corte da Nova Zelândia. **Decisões da Suprema Corte no ano de 2019**. Disponível em: <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/supreme-court/judgments-supreme> Acesso em: 30 dez. 2019.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. *In*: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Org.). **Constitution 2020**. Oxford. Oxford University Press, 2009.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Institutional dialogue: the discussion between the Supreme Court and the National Congress on interpretation of the Constitution. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 91/2015, p. 205-243, abr./jun. 2015.

RIBEIRO, Adolpho José. **As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

ROA ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador**. Universidad Externado de Colombia. 2019.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial**. Judicial activism ou democratic dialogue. Irwin Law. 1. ed. Canadá, 2001.

SILVA, Diogo Bacha; CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Jurisdição constitucional de crise ou crise de jurisdição constitucional? Uma defesa da garantia do devido processo legislativo. **Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 8, n. 1, p. 28-36, 2016. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.04>. Acesso em: 31 dez. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

STITT, Allan J. **Mediating commercial disputes**. Ontario: Canada Law Book, 2003.

TREMBLAY, Luc B. **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. Oxford University Press and New York University School of Law, vol. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 15-08, apr. 2, 2015.

TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and core civil liberties. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 41, n. 2, 2006.

UNITED STATES OF AMERICA. **US Supreme Court. United States v. Carolene Products Company**. Washington, D.C: Supreme Court of USA, 25 de Abril de 1938. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 05 jan. 2020.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. 415 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do STF: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. Disponível em <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 25 out. 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio Do. **Backlash à decisão do supremo tribunal federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/backlash_%c3%a0_decis%c3%a3o_do_supremo_tribunal_federal_pela_naturaliza%c3%a7%c3%a3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%c3%a1tica. Acesso em: 23 jul. 2017.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Trad. de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Luiz Moreira (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, 2006.

WEBBER, Jeremy. Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada (and elsewhere). *In*: SADURSKI, Wojciech (Org.). **Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Den Hagen: Kluwer, 2002.

APÊNDICE 1 – TABELA COM RESUMO DE CASOS JULGADOS PELA SUPREMA CORTE CANADENSE EM 2019.

Caso	Data do julgamento	Referência	Mídia	Resumo do caso	Outros	Cita a <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?
Canada Post Corp. V. Canadian Union of Postal Workers	20.12.2019	2019SCC 67	Não	Administrative law — Judicial review — Labour relations — Federally-regulated employer’s work place inspection obligation — Health and safety officer finding that employer failed to ensure that every part of work place is inspected at least once a year — Appeals officer concluding that employer’s work place inspection obligation applies only to parts of work place over which employer has control and rescinding contravention — Whether appeals officer’s interpretation of work place inspection obligation was reasonable — Framework for determining applicable standard of review and conducting reasonableness review set out in Vavilov applied — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 125(1)(z.12).	1	NÃO
Bell Canada v. Canada (Attorney General)	19.12.2019	2019SCC 66	Não	Administrative law — Appeals — Boards and tribunals — Regulatory boards — Jurisdiction — CRTC deciding that simultaneous substitution regime does not apply to Super Bowl broadcast — Canadians therefore able to view American commercials aired during Super Bowl — Whether CRTC had authority to prohibit	2	NÃO

				simultaneous substitution for Super Bowl — Framework for determining applicable standard of review set out in Vavilov applied — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 9(1)(h).		
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov	19.12.2019	2019SCC 65	Não	Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decisions — Proper approach to reasonableness review. Citizenship — Canadian citizens — Registrar of Citizenship cancelling certificate of Canadian citizenship issued to Canadian-born son of parents later revealed to be Russian spies — Decision of Registrar based on interpretation of statutory exception to general rule that person born in Canada is Canadian citizen — Exception stating that Canadian-born child is not citizen if either parent was representative or employee in Canada of foreign government at time of child's birth — Whether Registrar's decision to cancel certificate of citizenship was reasonable — Citizenship Act, R.S.C. 1985, c. 29, s. 3(2)(a).	3	NÃO
Canada (Attorney General) v. British Columbia Investment Management Corp.	13.12.2019	2019SCC 63	Não	Constitutional law — Intergovernmental immunity from taxation — Goods and services tax — Scope of intergovernmental immunity — Provincial Crown corporation created by legislature to provide investment management services to province's public sector pension plans and other Crown entities — Whether provincial Crown corporation required to collect and remit federal GST on costs it incurs in making	4	SIM

				investments in pooled investment portfolios — Whether provincial Crown corporation entitled to constitutional immunity from taxation — Constitution Act, 1867, s. 125 — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, Part IX.		
R. v. Collin	13.12.2019	2019SCC 64	Não	Recurso não recebido pela corte.	5	NÃO
Yared v. Karam	12.12.2019	2019SCC 62	Não	Family law — Family patrimony — Trusts — Partition of family patrimony — Family residence held under trust — Whether residence of family held in trust or rights which confer use of it included in family patrimony — Civil Code of Québec, art. 415.	6	NÃO
International Air Transport Association v. Instrubel, N.V.	11.12.2019	2019VCSCC 61	Não	Recurso não recebido pela corte.	7	NÃO
Resolute FP Canada Inc. v. Ontario (Attorney General)	06.12.2019	2019SCC 60	Não	Contracts — Interpretation — Indemnity — River system contaminated by mercury waste discharged by operation of pulp and paper mill — Action for damages commenced against mill owners in relation to contamination — Province granting indemnity in context of settlement of action to current and former mill owners in relation to environmental damage caused by mercury discharge — Remediation order later issued by provincial environment regulator in relation to waste disposal site on mill property — Whether indemnity applies to cover costs of complying with remediation order.	8	NÃO
Kosoian v. Société de transport de Montréal	29.11.2019	2019SCC 59	Não	Police — Civil liability — Fault — Offence non-existent in law — Police officer arresting and searching citizen after she refused to hold escalator handrail in subway and to identify herself — Citizen bringing	9	NÃO

				civil liability action against police officer, his employer and public transit authority for which he acted as inspector — Whether police officer incurred civil liability and engaged his employer's civil liability by acting as he did toward citizen — Whether citizen must bear share of liability because of her refusal to cooperate with police officer — Civil Code of Québec, art. 1457.		
Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.	28.11.2019	2019SCC 58	Não	Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Property and civil rights — Canadian non-statutory maritime law — Double aspect doctrine — Shipping company and supplier entering into contract for sale of marine engine parts for use on commercial vessel — Ship's main engine suffering major failure caused by latent defect in parts supplied — Shipping company commencing action against supplier for damages and lost profit — Choice of law clause providing that laws in force in Quebec govern contract — Whether body of law governing dispute falls within federal power over navigation and shipping or provincial power over property and civil rights — Whether Canadian maritime law or Quebec civil law governs contract — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(13) — Civil Code of Québec, art. 1733.	10	SIM
Montréal (Ville) v. Octane Stratégie inc.	22.12.2019	2019SCC 57	Não	Municipal law — Contracts — Restitution of prestations — Receipt of payment not due — Large-scale media event designed and produced within short period of time by public relations and communications firm and its subcontractor at request of	11	NÃO

				municipality — Mandate granted to firm without rules of public order for awarding municipal contracts having been complied with and without grant of mandate having been approved by resolution of municipal council or by officer authorized by valid delegation of powers — Municipality refusing to pay firm's invoice for subcontractor's services — Whether rules on restitution of prestations set out in Civil Code of Québec apply under municipal law — Whether contract exists between municipality and firm — Whether restitution of prestations is necessary — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1699.		
R. v. K.J.M.	15.11.2019	2019SCC 55	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Young persons — Delay of almost 19 months between charges and end of youth accused's trial — Whether presumptive ceilings established in Jordan apply to youth justice court proceedings — Whether youth accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.	12	SIM
R. v. Shlah	15.11.2019	2019SCC 56	Não	Recurso não recebido pela corte.	13	NÃO
Michel v. Graydon	14.11.2019	to follow	Não	Recurso não recebido pela corte.	14	NÃO
R. v. Javanmardi CASO 10	14.11.2019	2019SCC 54	Não	Criminal law — Unlawful act manslaughter — Criminal negligence causing death — Elements of offence — Naturopath charged and acquitted at trial in death of patient — Court of Appeal setting aside acquittals — Whether Crown must prove that underlying unlawful act was objectively dangerous to establish actus reus of unlawful act manslaughter — Whether Court of Appeal	15	NÃO

				erred in intervening — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 220, 222(5)(a).		
Volkswagen Group Canada Inc. v. Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique	13.11.2019	2019SCC 53	Não	Recurso não recebido pela corte.	16	NÃO
R. v. James	08.11.2019	2019SCC 52	Não	Recurso não recebido pela corte.	17	NÃO
R.v. Rafilovich	08.11.2019	2019SCC 51	Não	Criminal law — Proceeds of crime — Fine instead of forfeiture — Return of seized property for legal expenses — Property believed to be proceeds of crime seized from accused — Judge ordering that property be returned to accused for payment of reasonable legal expenses for his defence — Accused convicted — Sentencing judge deeming returned property to be proceeds of crime subject to forfeiture — Property used for legal expenses and no longer available for forfeiture — Whether fine instead of forfeiture may be imposed in relation to funds that have been judicially returned for payment of legal expenses for accused's defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.34(4)(c)(ii), 462.37(3).	18	NÃO
Toronto-Dominion Bank v. Young	07.11.2019	to follow	Não	Recurso não recebido pela corte.	19	NÃO
Threlfall v. Carleton University	31.10.2019	2019SCC 50	Não	Status of persons — Absence — Presumption of life — Absentee presumed to be alive for seven years following disappearance unless proof of death is made before then — Retiree becoming absentee upon disappearance — Retiree's pension plan providing that pension payments would stop upon his death —	20	NÃO

				<p>Presumption of life requiring former employer to continue making pension payments to retiree despite disappearance — Retiree's remains discovered six years after disappearance and death recorded as having occurred the day after disappearance — Former employer seeking reimbursement of pension payments made to retiree after recorded date of death — Whether rights and obligations premised on absentee's continued existence while he or she is presumed alive are retroactively extinguished from true date of death where proof of death is made within seven years of disappearance — Civil Code of Québec, art. 85.</p>		
R.S. v. P.R.	25.10.2019	2019SCC 49	Não	<p>Private international law — Lis pendens — Application for stay of ruling — Condition of susceptibility of recognition of foreign judgment — Burden and degree of proof — Discretion of trial judge — Parallel applications for divorce filed first in Belgium by husband and then in Quebec by wife — Husband applying in Quebec for stay of ruling on wife's application on basis of international lis pendens — Application dismissed by Superior Court but allowed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in attributing burden of proof and in interpreting degree of proof required for condition of susceptibility of recognition of foreign judgment in context of international lis pendens — Whether Court of Appeal was justified in intervening in exercise of trial judge's discretion — Civil Code of Québec, art. 3137.</p>	21	NÃO

				R		
R. v. Kernaz	18.10.2019	2019SCC 48	Não	Recurso não recebido pela corte.	22	NÃO
R. v. Friesen	16.10.2019	to follow	Não	Recurso não recebido pela corte.	23	NÃO
R. v. Poulin	11.10.2019	2019SCC 47	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Offender convicted of historical sexual offences — Offender asserting constitutional right to receive sentence not available in Criminal Code at time of commission of offences or time of sentencing, but only for discrete period between those two times — Whether offender has right to benefit only of punishment applicable at time of offence and time of sentencing or right to benefit of any punishment applicable during the interval between those two times — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i). Criminal	24	SIM
R. v. M.R.H.	09.10.2019	2019SCC 46	Não	Recurso não recebido pela corte.	25	NÃO
Fleming v. Ontario	04.10.2019	2019 SCC 45	Não	Police — Powers — Common law power of arrest — Breach of peace — Counter-protestor, acting lawfully, arrested to prevent apprehended breach of peace by others — Counter-protestor charged with obstructing police officer but charge later withdrawn — Counter-protestor filing statement of claim against Province and police officers seeking general damages for assault and battery, wrongful arrest and false imprisonment, aggravated or punitive damages and damages for violation of various constitutional rights — Whether police have common law power to arrest someone acting lawfully in order to prevent apprehended breach of peace by others.	26	NÃO

Denis v. Côté	27.09.2019	2019 SCC 44	Não	Criminal law — Evidence — Journalists — Disclosure of information that identifies or is likely to identify journalistic source — Accused charged with fraud, breach of trust and bribery of officers — Reports by journalist presenting information about investigation into accused that had been obtained from confidential sources — Subpoena served on journalist for purpose of obtaining evidence in support of motion by accused for stay of proceedings — New federal statutory scheme for protection of journalistic sources — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1.	27	NÃO
Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.	26.09.2019	2019 SCC 43	Não	Intellectual property — Copyright — Crown copyright — Plans of survey — Land surveyor bringing class action on behalf of land surveyors in Ontario who registered or deposited plans of survey in provincial land survey offices — Land surveyor alleging that surveyors' copyright infringed when plans of survey digitized, stored and copied by province's service provider — Action dismissed on basis that copyright in plans of survey belongs to province — Whether copyright in plans of survey vests in Crown pursuant to s. 12 of Copyright Act — Whether plans of survey prepared or published by or under direction or control of province — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 12.	28	NÃO
Pioneer Corp. v. Godfrey	20.09.2019	2019 SCC 42	Não	Civil procedure — Class actions — Certification — Plaintiff alleging that defendants conspired to fix prices of optical disc drives and related products — Plaintiff's action certified as class	29	NÃO

				proceeding — Class membership including direct purchasers, indirect purchasers and umbrella purchasers — Whether umbrella purchasers have cause of action under Competition Act — Whether Competition Act bars plaintiff from bringing common law or equitable claims — Whether plaintiff's proposed questions relating to loss suffered by class members meet standard for certification as common issues — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).		
R. v. R.V.	31.07.2019	2019 SCC 41	Não	Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault and sexual interference — Crown introducing evidence of complainant's sexual activity — Accused's application to challenge Crown's evidence by cross-examining complainant dismissed — Accused convicted — Whether accused was entitled to cross-examine complainant on Crown-led evidence relative to her sexual activity — If so, whether curative proviso should be applied — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 686(1)(b)(iii).	30	NÃO
R. v. Stillman	26.07.2019	2019 SCC 40	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Military exception — Armed forces — Military offences — Accused charged with offences under s. 130(1)(a) of National Defence Act, which transforms criminal and other federal offences into service offences triable by military justice system — Accused denied jury trial based on military exception to	31	SIM

				constitutional right to trial by jury for offences where maximum punishment is imprisonment for five years or more — Whether s. 130(1)(a) of National Defence Act is inconsistent with constitutional right to trial by jury in its application to serious civil offences — Whether service offence tried under s. 130(1)(a) engages military exception such that right to trial by jury may be denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(a).		
R. v. Penunsi	05.07.2019	2019 SCC 39	Não	Criminal law — Sureties to keep the peace — Application of arrest and judicial interim release provisions — Information laid against defendant under peace bond provisions of Criminal Code on basis of reasonable grounds to fear he would commit serious personal injury offence — Crown's request to show cause why defendant ought to be detained or required to abide by certain conditions pending hearing on Information denied by provincial court judge — Whether judge can compel appearance of defendant to Information — Whether power of arrest and judicial interim release provisions of Criminal Code apply to peace bond proceedings — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 810.2.	32	NÃO
R. v. Goldfinch	28.06.2019	2019 SCC 38	Não	Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault — Accused seeking to introduce evidence that he and complainant were in sexual relationship at time of alleged assault —	33	NÃO

				Trial judge admitting evidence and giving mid-trial and final limiting instructions to jury on use it could make of it — Accused acquitted — Whether sexual relationship evidence admissible — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.		
1068754 Alberta Ltd. v. Québec (Agence du revenu)	27.06.2019	2019 SCC 37	Não	Financial institutions — Banks — Request for information and documents — Quebec tax authority sending formal demand for information and documents to Calgary branch of bank as part of audit of trust — Demand sent to branch in Calgary rather than in Quebec to comply with federal banking legislation directing that certain documents pertaining to customers be sent to branch of account — Whether legislation required tax authority to send demand to Calgary branch — If so, whether complying with legislation rendered tax authority's actions extraterritorial and thus ultra vires — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 462(1), (2).	34	NÃO
Ontario (Attorney General) v. G	14.06.2019	2019 SCC 36	Não	Recurso não recebido pela corte.	35	NÃO
L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.	07.06.2019	2019 SCC 35	Não	Civil procedure — Class action — Authorization to institute class action — Conditions for authorization of action — Application for authorization to institute class action for damages for injuries caused by sexual assaults allegedly committed by members of religious community — Superior Court dismissing application for authorization — Court of Appeal reversing judgment and authorizing class action — Whether Court of Appeal's intervention in Superior Court's decision was warranted —	36	NÃO

				Whether Court of Appeal's decision authorizing institution of class action is tainted by error justifying review — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 575. Prescription		
R. v. Le	31.05.2019	2019 SCC 34	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police entering private backyard where five young men were gathered without warrant or consent — Police questioning men and requesting documentary proof of identities — Accused fleeing backyard and caught in possession of firearm, drugs and cash — Whether encounter between police and accused infringed accused's right to be free from arbitrary detention — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute warranting its exclusion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).	37	SIM
R. v. Barton	24.05.2019	2019 SCC 33	Não	Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Accused testifying at trial about previous sexual activity with deceased without having applied to adduce such evidence — Evidence going to jury without detailed limiting instruction — Accused acquitted — Whether trial judge erred in failing to determine whether evidence of prior sexual activity was admissible — If so, whether	38	NÃO

				new trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.		
R. v. Omar	22.05.2019	2019 SCC 32	Não	Recurso não recebido pela corte.	39	NÃO
Bessette v. British Columbia (Attorney General) –	16.05.2019	2019 SCC 31	Não	Provincial offences — Trial — Language of accused — Right to be tried by provincial court judge who speaks official language of Canada that is language of accused — Accused charged with provincial driving offence in British Columbia — Provincial court judge dismissing application by accused for trial in French — Whether right to be tried by provincial court judge who speaks official language that is language of accused under Criminal Code extends to persons accused of certain provincial offences in British Columbia — Offence Act, R.S.B.C. 1996, c. 338, s. 133 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 530.	40	NÃO
Christine DeJong Medicine Professional Corp. v. DBDC Spadina Ltd.	14.05.2019	2019 SCC 30	Não	Recurso não recebido pela corte.	41	NÃO
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina	10.05.2019	2019 SCC 29	Não	Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Exceptions to exercise of jurisdiction by provincial superior courts — Immigration detainee applying for habeas corpus — Superior court declining jurisdiction to hear application on basis that detention review scheme in Immigration and Refugee Protection Act is complete, comprehensive and expert statutory scheme providing for review at least as broad as that available by way of habeas corpus and no less advantageous — Whether superior court erred in declining jurisdiction —	42	NÃO

				Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.		
Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec	03.05.2019	2019 SCC 28	Não	Labour relations — Collective agreements — Juridical extension by government decree — Franchises — Provincial legislation guaranteeing minimum conditions of employment by extending collective agreement to all employees and professional employers within scope determined by means of government decree — Parity committee responsible for administering and overseeing scheme created by decree — Franchisee entering into agreement with franchisor to perform cleaning services — Parity committee seeking unpaid wages and other benefits on behalf of franchisee pursuant to applicable decree — Whether decree applies to relationship between franchisor and franchisee — Whether franchisee was employee of franchisor — Act respecting collective agreement decrees, CQLR, c. D-2, ss. 1(g) “professional employer”, 1(j) “employee” — Decree respecting building service employees in the Québec region, CQLR, c. D-2, r. 16.	43	NÃO
R. v. W.L.S.	26.04.2019	2019 SCC 27	Não	Recurso não recebido pela corte.	44	NÃO
R. v. Wakefield	25.04.2019	2019 SCC 26	Não	Recurso não recebido pela corte.	45	NÃO
R. v. Larue	23.04.2019	2019 SCC 25	Não	Recurso não recebido pela corte.	46	NÃO
R. v. J.M.	18.04.2019	2019 SCC 24	Não	Recurso não recebido pela corte.	47	NÃO
R. v. Mills	18.04.2019	2019 SCC 22	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Child luring — Police sting operation — Interception with consent — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl —	48	SIM

				Police using screen capture software to create record of online communications — Whether investigative technique amounted to search or seizure of accused's online communications — Whether police intercepted private communication without prior judicial authorization — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 184.2. A		
R. v. Thanabalasingham	17.04.2019	2019 SCC 21	Não	Recurso não recebido pela corte.	49	NÃO
J.W. v. Canada (Attorney General)	12.04.2019	2019 SCC 20	Não	Civil procedure — Class proceedings — Settlement — Administration and implementation — Settlement agreement resolving class actions brought by former Aboriginal students for harms suffered at residential schools — Agreement providing procedure for settling individual claims through adjudicative process — Whether courts can intervene in relation to adjudication decisions where internal review mechanisms exhausted — Appropriate scope of judicial recourse.	50	NÃO
R. v. D'Amico	11.04.2019	2019 SCC 23	Não	Recurso não recebido pela corte.	51	NÃO
TELUS Communications Inc. v. Wellman	04.04.2019	2019 SCC 19	Não	Civil procedure — Stay — Class actions — Consumer and non-consumer claims — Arbitration clause — Customer filing class action for damages alleging cell phone service provider engaged in deceptive practices — Class consisting of both consumers and non-consumers — Cell phone service provider's standard terms and conditions containing mandatory arbitration clause — Arbitration clause invalidated by provincial consumer	52	NÃO

				protection legislation with respect to claims by consumers — Cell phone service provider relying on arbitration clause to seek stay of proceedings with respect to non-consumers' claims — Whether provincial statute governing arbitration grants court discretion to refuse to stay non-consumers' claims — Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, s. 7 — Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sched. A.		
R. v. Myers	28.03.2019	2019 SCC 18	Não	Criminal law — Interim release — Detention review — Accused denied interim release pending trial — Detention status confirmed by judge conducting review under s. 525 of Criminal Code — Proper approach to detention review hearing under s. 525 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 525.	53	NÃO
R. v. Kelsie	27.03.2019	2019 SCC 17	Não	Recurso não recebido pela corte.	54	NÃO
R. v. Snelgrove	22.03.2019	2019 SCC 16	Não	Recurso não recebido pela corte.	55	NÃO
R. v. Morrison	15.03.2019	2019 SCC 15	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Child luring — Police sting operation — Presumption of belief regarding age — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Accused contesting constitutionality of Criminal Code provision establishing presumption that if person with whom he was communicating was represented to him as being underage, he believed representation absent evidence to the contrary — Whether presumption infringes accused's right to be presumed	56	SIM

				innocent — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(3).		
Salomon v. Matte-Thompson	28.02.2019	2019 SCC 14	Não	<p>Law of professions — Lawyers — Professional liability — Duty to advise — Duty of loyalty — Lawyer recommending financial advisor to clients — Clients investing millions of dollars with recommended financial advisor's firm — Lawyer repeatedly endorsing advisor and encouraging clients to make and retain investments</p> <p>— Investments made in funds that were parts of Ponzi scheme — Millions lost in fraud — Clients claiming that lawyer and his law firm were professionally negligent — Trial judge dismissing claim — Court of Appeal allowing appeal and ordering that clients be compensated for losses — Whether Court of Appeal erred by employing notion of distorting lens in determining whether trial judge had made palpable and overriding errors — Whether Court of Appeal expanded professional obligations of lawyers who refer clients to independent advisors — Whether Court of Appeal erred by interfering with trial judge's findings relating to faults committed by lawyer and to causation.</p>	57	NÃO
Barer v. Knight Brothers LLC	22.02.2019	2019 SCC 13	Não	Private international law — Foreign judgments — Recognition — Personal actions of patrimonial nature — Default judgment rendered by Utah court against Quebec resident sued personally in contractual dispute between corporations	58	NÃO

				— Quebec resident not party to contract but associated with dispute as officer of corporate defendants — Plaintiff seeking to have judgment recognized in Quebec and declared enforceable against Quebec resident — Whether Utah court had jurisdiction over Quebec resident under Quebec rules on indirect international jurisdiction in personal actions of patrimonial nature — Whether burden of proof for establishing jurisdiction rests on party seeking recognition of foreign judgment — Whether Quebec resident submitted to Utah court's jurisdiction — Whether dispute substantially connected to Utah — Civil Code of Québec, arts. 3155(1), 3164, 3168(3), (4), (6).		
R. v. George-Nurse	15.02.2019	2019 SCC 12	Não	Recurso não recebido pela corte.	59	NÃO
R. v. Demedeiros	14.02.2019	2019 SCC 11	Não	Recurso não recebido pela corte.	60	NÃO
R. v. Jarvis	14.02.2019	2019 SCC 10	Não	Criminal law — Voyeurism — Elements of the offence — Circumstances that give rise to reasonable expectation of privacy — Accused teacher using concealed camera to make surreptitious video recordings of female high school students engaging in ordinary school-related activities in common areas of school — Most video recordings focusing on faces, upper bodies and breasts of students — Students not aware of recording — Accused charged with voyeurism — Whether students recorded by accused were in circumstances giving rise to reasonable expectation of privacy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 162(1).	61	NÃO
R. v. Blanchard	14.02.2019	2019 SCC 9	Não	Recurso não recebido pela corte.	62	NÃO

R. v. C.J.	12.02.2019	2019 SCC 8	Não	Recurso não recebido pela corte.	63	NÃO
R. v. Bird	08.02.2019	2019 SCC 7	Não	Criminal law — Administrative orders — Collateral attack — Accused charged criminally with breaching Parole Board long-term supervision order requiring that he reside at community correctional centre — Accused defending charge at trial on basis that residency condition was not within Board's statutory authority and violated his constitutional right to liberty — Whether accused could collaterally attack residency condition — If so, whether residency condition arbitrary in respect of purpose of long-term offender regime — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 134.1(2). B	64	NÃO
R. v. Calnen	01.02.2019	2019 SCC 6	Não	Whether after-the-fact conduct admissible to prove requisite intent for second degree murder. Criminal law — Charge to jury — After-the-fact conduct — General propensity reasoning — Evidence of accused's discreditable conduct prior to and after victim's death adduced at his trial for murder — Whether trial judge properly instructed jury on use of after-the-fact conduct — Whether trial judge was required to provide limiting instruction against use of general propensity reasoning given evidence of accused's discreditable conduct.	65	NÃO
Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.	31.01.2019	2019 SCC 5	Não	Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Environmental law — Oil and gas — Oil and gas companies in	66	SIM

				<p>Alberta required by provincial comprehensive licensing regime to assume end-of-life responsibilities with respect to oil wells, pipelines, and facilities — Provincial regulator administering licensing regime and enforcing end-of-life obligations pursuant to statutory powers — Trustee in bankruptcy of oil and gas company not taking responsibility for company's unproductive oil and gas assets and seeking to walk away from environmental liabilities associated with them or to satisfy secured creditors' claims ahead of company's environmental liabilities — Whether regulator's use of powers under provincial legislation to enforce bankrupt company's compliance with end-of-life obligations conflicts with trustee's powers under federal bankruptcy legislation or with the order of priorities under such legislation — If so, whether provincial regulatory regime inoperative to extent of conflict by virtue of doctrine of federal paramountcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 14.06 — Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, s. 1(1)(cc) — Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, s. 134(b)(vi) — Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, s. 1(1)(n).</p>		
S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.	25.01.2019	2019 SCC 4	Não	Social law — Affordable housing — Rental assistance program — Application for means-tested rent subsidy — Disclosure of assets — Henson trust — Landlord offering discretionary rental assistance to tenants	67	NÃO

				who have less than \$25,000 in assets — Tenant refusing to disclose balance of Henson trust established for her care and maintenance in application for rental assistance — Whether trust should be treated as tenant's asset for purpose of determining eligibility for rental assistance.		
R. v. Fedyck	16.01.2019	2019 SCC 3	Não	Recurso não recebido pela corte.	68	NÃO
R. v. Beaudry	15.01.2019	2019 SCC 2	Não	Recurso não recebido pela corte.	69	NÃO
Frank v. Canada (Attorney General)	11.01.2019	2019 SCC 1	Não	Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Residence — Canada Elections Act denying right to vote in federal elections to Canadian citizens residing abroad for five consecutive years or more — Attorney General of Canada conceding infringement of right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 11(d), 222.	70	SIM

APÊNDICE 2 – TABELA COM RESUMO DE CASOS JULGADOS PELA SUPREMA CORTE NEOZELANDESA EM 2019.						
Casos (total de 139)	Data do Julgamento	Referência	Mídia	Resumo do resultado do caso	Autorização (<i>leave</i>) para julgamento – recurso recebido?	Há discussão sobre a NZBORA
Douglas Craig Schmuck v Opuia Coastal Preservation Incorporated	23.12.2019	[2019] NZSC 155	NÃO	Recurso não recebido e instância inferior deve determinar custas.	NÃO	NÃO
Nicholas Paul AlfrNZSC 155 d Reekie v Claimants A & B	23.12.2019	[2019] NZSC 154	NÃO	<i>The application for recall is allowed only to make the corrections identified at [6] below.</i>	SIM – apenas para corrigir um item da decisão.	NÃO
Re-issued: Nicholas Paul Alfred Reekie v Claimants A & B (dated 18 .11. 2019)	23.12.2019	[2019] NZSC 127	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Harjit Dheil v R	20.12.2019	[2019] NZSC 153	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Mark Edward Lundy v R	20.12.2019	[2019] NZSC 152	SIM	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
David Stanley Tranter v Chief Executive of the Department of Corrections	19.12.2019	[2019] NZSC 151	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Geoffrey Brian Kenny v Ministry of Business innovation and Employment	19.12.2019	[2019] NZSC 150	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Xiaoming He v Earthquake Commission and Anor	19.12.2019	[2019] NZSC 149	NÃO	<i>The application for an extension of time is granted The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Houghton v Saunders	13.12.2019	[2019] NZSC 148	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Sealegs International Ltd v Zhang	13.12.2019	[2019] NZSC 147	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO

Adam Raphael Greenbaum v Southern Cross Hospitals Limited	13 .12.2019	[2019] NZSC 146	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Savvy Vineyards 4334 Limited v Weta Estate Limited	12.12.2019	[2019] NZSC 145	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted on the question (Weta Estate Ltd v Savvy Vineyards 4334 Ltd [2019] NZCA 437) whether the Court of Appeal was correct as to: (a) the effect on the parties' legal positions of the two earlier judgments, referred to in [4] below, dealing with whether the contract had been terminated; and (b) the interpretation of cl 2.2 and cl 2.4. The application is otherwise dismissed.</i>	SIM – decisão sobre contratos, recurso improvido.	NÃO
Dermot Gregory Nottingham v The Queen	12.12.2019	[2019] NZSC 144	NÃO	Tempestividade reconhecida. Outros requisitos: não recebido para julgamento.	NÃO	NÃO
Brougham v Regan and Tuffin as Trustees of the Winchester Trust	12.12.2019	[2019] NZSC 143	NÃO	<i>An extension of time to apply for leave to appeal is granted.</i>	SIM – apenas para permitir julgamento no Tribunal inferior.	NÃO
Minister of Justice v Kyung Yup Kim	10.12.2019	[2019] NZSC 142	NÃO	<i>Order made declaring that following the hearing on 4 December 2019 the Court has determined there is no impediment to Arnold J sitting on the panel to hear the substantive appeal.</i>	SIM – para declarar impedimento do magistrado.	NÃO
Southern Response Earthquake Services Limited v Ross	09.12.2019	[2019] NZSC 140	NÃO	Decisão que apenas convoca a Associação de Direito da NZ e a Associação dos advogados da NZ para manifestação, se assim o desejarem, a respeito dos princípios mencionados no recurso.	SIM	NÃO
Paul Neville Bublitz v R	09.12.2019	[2019] NZSC 139	NÃO	<i>The applications for leave to appeal are dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Paul Neville Bublitz v R	09.12.2019	[2019] NZSC 138	NÃO	<i>The applications for leave to appeal are dismissed.</i>	NÃO	NÃO
R (SC 101/2019) v Legal Services Commissioner	09.12.2019	[2019] NZSC 135	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO

Matthew John Young v R	06.12.2019	[2019] NZSC 137	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Allan David McLean v Public Trust	06.12.2019	[2019] NZSC 136	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Lemuel Misa v R	02.12.2019	[2019] NZSC 134	SIM	<i>The appeal is dismissed.</i> Recurso impróvido.	SIM	SIM – caso criminal, apenas menciona o item 25 da NZBORA para afirmar os direitos do réu.
Peter Richard Prescott v New Zealand Police	22.11.2019	[2019] NZSC 133	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Zen Pulemoana v R	19.11.2019	[2019] NZSC 131	NÃO	<i>An extension of time to apply for leave to appeal is granted.</i> <i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Calin Ioan v Scott Technology NZ Limited	19.11.2019	[2019] NZSC 130	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Brooke Christie Rolleston v R	19.11.2019	[2019] NZSC 129	SIM	<i>The application to cross-examine the foreperson is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Malcolm Edward Rabson v Judicial Conduct Commissioner	18.11.2019	[2019] NZSC 128	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Nicholas Paul Alfred Reekie v Claimants A & B	18.11.2019	[2019] NZSC 127	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Riki Scott Steen Walls v Ulsterman Holdings Limited (In Liquidation)	15.11.2019	[2019] NZSC 126	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
New Zealand Law Society v John Llewellyn Stanley	13.11.2019	[2019] NZSC 125	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted (Stanley v The New Zealand Law Society [2019] NZCA 119).</i>	SIM – decide apenas aspecto formal em relação ao nome do advogado.	NÃO

Robert Lee as Trustee of the Estate of J G Lee v Gregory Lee	08.11.2019	[2019] NZSC 124	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
GP96 Limited v PVG Securities Trustee Limited	07.11.2019	[2019] NZSC 123	NÃO	<i>An extension of time to apply for leave to appeal is granted in respect of both applications.</i>	NÃO	NÃO
Rangitira Developments Limited v Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Incorporated	05.11.2019	[2019] NZSC 121	NÃO	<i>Leave to appeal is granted (Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Inc v Rangitira Developments Ltd [2018] NZCA 445, [2019] NZRMA 233).</i>	SIM – apenas faz referência e complementa outro julgamento	NÃO
Phillip Richard Joe v R	04.11.2019	[2019] NZSC 120	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Farisha Farina Dean v Associate Minister of Immigration	04.11.2019	[2019] NZSC 119	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Douglas Craig Schmuck v Opuia Coastal Preservation Incorporated	29.10.2019	[2019] NZSC 118	SIM	<i>The appeal is allowed.</i>	SIM	NÃO
Synlait Milk Limited v New Zealand Industrial Park Limited	29.10.2019	[2019] NZSC 117	NÃO	<i>By consent, an order is made substituting Synlait Milk Ltd for Stonehill Trustee Ltd as applicant subject to the conditions set out in the joint memorandum of counsel dated 6 September 2019.</i> <i>Leave to appeal is granted to Synlait Milk Ltd as applicant (New Zealand Industrial Park Ltd v Stonehill Trustee Ltd [2019] NZCA 147).</i> <i>The approved question is whether the Court of Appeal was correct to reverse the decision of the High Court (Stonehill Trustee Ltd v New Zealand Industrial Park Ltd [2018] NZHC 2938).</i> <i>The application by Synlait Milk Ltd to adduce further evidence will be determined at or after the hearing of the appeal.</i>	SIM – decide apenas sobre substituição de partes.	NÃO

ANZ Bank New Zealand Limited v Bushline Trustees Limited and Stephen Daniel Coomey as Trustees of Bushline Trust One	15.10.2019	[2019] NZSC 115	NÃO	<i>Leave to appeal is granted (Bushline Trustees Ltd v ANZ Bank New Zealand Ltd [2019] NZCA 245).</i>	SIM – apenas para permitir julgamento de recurso na corte inferior.	NÃO
Harry Memelink and Lynx Trustees Limited as Trustees of Link Trust (No 1) v Collins & .05. Law	11.10.2019	[2019] NZSC 114	NÃO	<i>The application for an extension of time to apply for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Marko Otis v New Zealand Police	11.10.2019	[2019] NZSC 113	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Shark Experience Limited v PauaMAC5 Incorporated	11.10.2019	[2019] NZSC 111	SIM	<i>The application for leave to adduce further evidence is dismissed. [121] The appeal is allowed. [122] The Court of Appeal’s declaration that “Shark cage diving is an offence under [123] s 63A Wildlife Act 1953” is set aside. [124] Because each party has enjoyed a measure of success, we make no order for costs.</i>	SIM – decisão indeferiu o pedido de autorização para a produção de mais provas e para declarar nula a decisão do tribunal inferior no sentido de que o mergulho na gaiola de tubarão seria uma ofensa ao artigo 63 do WildLife Act de 1953.	SIM – apenas <i>en passant</i> para tratar de questões relacionadas à liberdade de movimentação e da pessoa inerentes à atividade de mergulho em gaiola de tubarão. A parte mencionou o art. 6º, mas a corte não discutiu a interpretação

						o de direitos. A corte mencionou: “Os barcos da Shark Experience podem viajar livremente e os mergulhadores podem mergulhar na área. A restrição em nossa interpretação da Lei restringe uma forma de conduta ao invés de livre circulação sobre o oceano.”
Franco Belgiorno-Nettis v Auckland Unitary Plan Independent Hearings Panel	10.10.2019	[2019] NZSC 112	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Tony Douglas Robertson v R	10.10.2019	[2019] NZSC 110	NÃO	<i>The application for recall of this Court’s judgment in Robertson v R [2017] NZSC 101 is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
West v West	09.10.2019	[2019] NZSC 109	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO

FMV v TZB	08.10.2019	[2019] NZSC 108	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted (FMV v TZB [2019] NZCA 282).</i>	SIM – decisão que apenas determinou manifestação das partes e apresentação de documentos.	NÃO
Peter James Brooks v R	08.10.2019	[2019] NZSC 107	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed</i>	NÃO	NÃO
T (SC 62/2019) v R	07.10.2019	[2019] NZSC 106	NÃO	Tempestividade reconhecida. Demais requisitos: recurso não recebido pela corte.	NÃO	NÃO
Timothy John Jackson v New Zealand Police	04.10.2019	[2019] NZSC 105	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Melanie Wichart v New Zealand Police	27.09.2019	[2019] NZSC 104	NÃO	Tempestividade reconhecida. Demais requisitos: recurso não recebido pela corte.	NÃO	NÃO
Lewis Eru Craig v R	26.09.2019	[2019] NZSC 103	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
K (SC 70/2019) v R	26.09.2019	[2019] NZSC 102	NÃO	Tempestividade reconhecida. Demais requisitos: recurso não recebido pela corte.	NÃO	NÃO
Iraia Aranga Ngamotu Burton v R	23.09.2019	[2019] NZSC 101	NÃO	<i>The application for an extension of time is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Peter Robert Howse v R	20.09.2019	[2019] NZSC 99	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Minister of Justice and Attorney General v Kyung Yup Kim	20.09.2019	[2019] NZSC 100	NÃO	<i>The application for leave to appeal against the Court of Appeal's decision is granted (Kim v Minister of Justice of New Zealand [2019] NZCA 209). The respondent's application for leave to cross-appeal is also granted.</i>	SIM - versa sobre anulação da instância inferior referente à decisão do Ministro da Justiça de entregar o demandado de acordo com o artigo 30 da Lei de Extradução de 1999.	NÃO
Jesse-James Winter v R	13.09.2019	[2019] NZSC 98	SIM	<i>The appeal is dismissed.</i>	SIM – decisões sobre o procedimento do júri.	NÃO

Jeffrey Robert Bunting v R	09.09.2019	[2019] NZSC 95	NÃO	<i>The application for an extension of time is granted.</i>	NÃO	NÃO
Pavlos Paul Gizelis v R	30.08.2019	[2019] NZSC 94	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
FTG Securities Limited v Bank of New Zealand And Ors	26.08.2019	[2019] NZSC 93	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Maree Howard v Accident Compensation Corporation	26.08.2019	[2019] NZSC 92	NÃO	<i>The application for recall of this Court's judgment in Howard v Accident Compensation Corporation [2019] NZSC 78 is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Dermot Gregory Nottingham v Maltese Cat Limited	22.08.2019	[2019] NZSC 91	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Lance Phillip Newing v New Zealand Police	22.08.2019	[2019] NZSC 90	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Fredrick Hill v Māori Trustee	19.08.2019	[2019] NZSC 89	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
R (SC 1/2019) v R	16.08.2019	[2019] NZSC 87	SIM	<i>The appeal is dismissed.</i>	SIM – caso criminal no qual se considerou que não houve erro do Judiciário.	NÃO
Robt. Jones Holdings Limited v Anthony John McCullagh and Stephen Mark Lawrence	09.08.2019	[2019] NZSC 86	SIM	<i>The appeal is dismissed. The appellant must pay the respondents costs of \$25,000 plus usual disbursements.</i>	SIM – decisão sobre transações empresarias.	NÃO
Ridgway Empire Limited v Jill Grant	08.08.2019	[2019] NZSC 85	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Commissioner of Inland Revenue v Chatfield & Co Limited And Anor	07.08.2019	[2019] NZSC 84	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Peter Hugh McGregor Ellis v R	31.07.2019	[2019] NZSC 83	SIM	<i>The application for an extension of time to apply for leave to appeal is granted. The application for leave to appeal is granted. The approved ground of appeal is whether</i>	SIM – decisão que versa sobre instrução (provas) criminal.	NÃO

				<i>a miscarriage of justice occurred in this case.</i>		
Philip Dean Taueki v R	26.07.2019	[2019] NZSC 82	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Rangitira Developments Limited v Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Incorporated	26.07.2019	[2019] NZSC 81	SIM	<i>Leave to appeal is revoked.</i>	NÃO	NÃO
Scott v Williams	25.07.2019	[2019] NZSC 80	NÃO	<i>The applications for extensions of time for applying for leave to appeal ([2018] NZHC 1979 and [2019] NZHC 935) are dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Rene Mischelle de Kwant v R	24.07.2019	[2019] NZSC 79	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Maree Howard v Accident Compensation Corporation	24.07.2019	[2019] NZSC 78	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Michael Edwin Kooiman v F M Custodians Limited	22.07.2019	[2019] NZSC 77	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Dwayne Russell Warakihi Smyth-Davoren v Bridget Sutherland	19.07.2019	[2019] NZSC 76	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Colin Graeme Craig v Jordan Henry Williams	17.07.2019	[2019] NZSC 74	NÃO	<i>The application for a stay of the costs orders is dismissed.</i>	SIM – decisão que indefere pedido de suspensão do processo.	NÃO
Vipassana Foundation Charitable Trust Board v Auckland Council	12.07.2019	[2019] NZSC 73	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
D (SC 26/2019) v R	10.07.2019	[2019] NZSC 72	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
International Consolidated Business Proprietary Limited v S C Johnson & Son Incorporated	09 .07.2019	[2019] NZSC 71	NÃO	<i>The application for leave to appeal (International Consolidated Business Pty Ltd v S C Johnson & Son Inc [2019] NZCA 61) is granted to the extent set out in B. It is otherwise dismissed.</i>	NÃO	NÃO

Dwayne Russell Warakihi Maaka Smyth-Davoren v David Parker	08.07.2019	[2019] NZSC 70	NÃO	<i>The applications for recall of this Court's judgments in Smyth-Davoren v Parker [2019] NZSC 66 and in Smyth-Davoren v Mountbatten [2019] NZSC 67 are dismissed.</i>	NÃO	NÃO
H (SC 97/2018) v R	03.07.2019	[2019] NZSC 69	SIM	<i>The appeal is dismissed.</i>	SIM – recurso sobre decisão criminal improvido.	NÃO
Ruiren Xu and Diamantina Trust Limited v IAG New Zealand Limited	03.07.2019	[2019] NZSC 68	SIM	<i>The appeal is dismissed.</i>	SIM – decisão sobre cláusula contratual de compra e venda de imóvel.	NÃO
Dwayne Russell Warakihi Maaka Smyth-Davoren v Elizabeth II Alexandra Mary Mountbatten (born Windsor)	01.07.2019	[2019] NZSC 67	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Dwayne Russell Warakihi Maaka Smyth-Davoren v David Parker	01.07.2019	[2019] NZSC 66	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Blue Reach Services Limited And Anor v Spark New Zealand Trading Limited	28.06.2019	[2019] NZSC 65	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
David Noel Roigard v R	27.06.2019	[2019] NZSC 63	NÃO	<i>Leave to appeal against conviction is granted to the extent described below (Roigard v R [2019] NZCA 8). The approved question is whether the Court of Appeal erred in upholding the admissibility of the proposed evidence of the witnesses F and W. Leave to appeal against sentence is declined.</i>	NÃO	NÃO
127 Hobson Street Limited v Honey Bees Preschool Limited	27.06.2019	[2019] NZSC 62	NÃO	<i>Leave to appeal is granted (127 Hobson Street Ltd v Honey Bees Preschool Ltd [2019] NZCA 122).</i>	SIM – decisão sobre o não provimento de recursos da instância inferior, a respeito de	NÃO

				<i>The approved ground is whether the Court of Appeal was correct to dismiss the applicants' appeal to that Court and, in particular, whether the Court was correct to conclude that the indemnity clause did not offend the prohibition against penalties.</i>	cláusula de indenização, decidiu-se apenas questões processuais.	
Brooke Christie Rolleston v R	26.06.2019	[2019] NZSC 61	NÃO	<i>Order made directing an inquiry to be undertaken by an independent practitioner of the jury foreperson in the appellants' trial on terms to be settled following receipt of a memorandum from counsel.</i>	SIM – decisão apenas sobre questão procedimental de uma investigação.	NÃO
Colin Graeme Craig v Jordan Henry Williams	25.06.2019	[2019] NZSC 60	NÃO	<i>The application for recall of this Court's judgment of 11 April 2019 (Craig v Williams [2019] NZSC 38, [2019] 1 NZLR 457) is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Vivien Judith Madsen-Ries and Henry David Levin as liquidators of Debut Homes Limited v Leonard Wayne Cooper	21.06.2019	[2019] NZSC 59	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted (Debut Homes Ltd (in liq) v Cooper [2019] NZCA 39). The approved ground of appeal is whether the Court of Appeal was correct to allow the appeal.</i>	SIM – apenas para decidir sobre o prosseguimento de recurso na instância inferior.	NÃO
Kalana Yasassri Dayarante v New Zealand Police	21.06.2019	[2019] NZSC 58	NÃO	<i>The application for leave to appeal against an order that the applicant be placed on the Child Sex Offender Register is granted (Dayaratne v New Zealand Police [2019] NZCA 30).</i>	SIM – questão aprovada para julgamento (apenas aprovada – não consta qualquer decisão): se a NZBORA deve ser levada em conta nas decisões relacionadas ao item 9 da Lei de Proteção à Criança (Registro de Agência Governamental para Criminosos Sexuais) de 2016.	SIM

Rex Lawrence Wilson v R	18.06.2019	[2019] NZSC 57	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Robert John Solomon Grace v R	12.06.2019	[2019] NZSC 56	NÃO	Tempestividade reconhecida. Demais requisitos: recurso não recebido pela corte.	NÃO	NÃO
Yusuke (David) Sena v New Zealand Police	24.05.2019	[2019] NZSC 55	SIM	<i>The appeal is allowed. The convictions of the appellant are quashed. We direct a new trial.</i>	SIM – decisão a respeito de relação entre pai e filhos, argumentos do recorrente refutados, um novo julgamento, devido ao tempo transcorrido, poderá ser requerido pelo promotor em primeira instância.	NÃO
Jane Dinsdale Siemer v District Court at North Shore	23.05.2019	[2019] NZSC 54	NÃO	<i>The application for review of the Registrar's decision declining to waive the payment of filing fee is dismissed.</i>	SIM - pedido de revisão da decisão do Registrador que se recusou a renunciar ao pagamento da taxa de arquivamento indeferida.	NÃO
Vincent Ross Siemer	21.05 2019	[2019] NZSC 52	NÃO	<i>The application for review of the Registrar's decision is dismissed.</i>	SIM – pedido de revisão da decisão do registrador indeferido.	NÃO
Brook Valley Community Group Incorporated v Brook Waimarama Sanctuary Trust	21.05.2019	[2019] NZSC 51	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Finn Habib Batato v United States of America (intervene)	20.05.2019	[2019] NZSC 50	NÃO	<i>The application for leave to intervene is declined.</i>	NÃO	NÃO

Eight Mile Style, LLC v New Zealand National Party	14.05.2019	[2019] NZSC 48	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Sahu Khan v Shariff	14.05.2019	[2019] NZSC 47	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Mark Edward Lundy v R	06.05.2019	[2019] NZSC 45	NÃO	<i>Leave to appeal is granted (Lundy v R [2018] NZCA 410). (...) The approved question is whether the Court of Appeal erred in applying the proviso to s 385(1) of the Crimes Act 1961.</i>	Parcialmente aceito – apenas para discutir questão referente ao Código Criminal.	NÃO
Paora Tahau v R	03.05.2019	[2019] NZSC 44	NÃO	<i>An extension of time to appeal is granted. The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Lemuel Misa v R	17.04.2019	[2019] NZSC 42	NÃO	<i>Leave to appeal is granted (Misa v R [2018] NZCA 293). The approved question is whether there was a miscarriage of justice at the applicant's trial.</i>	SIM – decisão apenas de recebimento de questão da seara criminal a ser julgada.	NÃO
Mark Robert Sandman v Colin Charles McKay, Roger David Cann and David John Clark (as partners of Wilson McKay)	16.04.2019	[2019] NZSC 41	SIM	<i>The appeal is dismissed. Costs of \$25,000 plus usual disbursements are awarded to the respondents.</i>	SIM – decisão sobre responsabilidade fiduciária.	NÃO
James Hardie Industries plc v Karen Louise White and the persons listed in schedule 1	16.04.2019	[2019] NZSC 39	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
ANZ Bank New Zealand Limited v Financial Markets Authority	12.04.2019	[2019] NZSC 40	NÃO	<i>The applications for leave to appeal in SC 13/2019 and SC 21/2019 are dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Craig v Williams	11.04.2019	[2019] NZSC 38	SIM	<i>The appeal is allowed. The orders of the Court of Appeal entering judgment for the respondent on liability and</i>	SIM – decidiu-se por uma nova investigação.	NÃO

				<i>directing a retrial of the respondent's claim for damages are set aside. An order for a general retrial on liability and damages is substituted.</i>		
Talley's Group Limited v Worksafe New Zealand	05.04.2019	[2019] NZSC 37	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Richard Lyall Genge v R	03.04.2019	[2019] NZSC 35	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
George Robert Jolley v R	01.04.2019	[2019] NZSC 34	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Robert Noe v Ratzapper Australasia Limited	27.03.2019	[2019] NZSC 33	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed. The applicant must pay the second respondent costs of \$2,500</i>	NÃO	NÃO
Brooke Christie Rolleston v R	21.03.2019	[2019] NZSC 32	NÃO	<i>Leave to appeal is granted to the applicants (Rolleston v R [2018] NZCA 611).</i>	SIM – decisão apenas sobre membros do júri.	NÃO
Miriam Clements v Queen of England and others	21.03.2019	[2019] NZSC 31	NÃO	<i>The application for review of the decision of the Deputy Registrar to refuse to waive the payment of filing fees for the applicant's application for leave to appeal and application for injunctive relief is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
John Garry Davidoff v R	20.03.2019	[2019] NZSC 30	NÃO	<i>The application for an extension of time to appeal is granted. The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Gerardus Peter van Uden v Commissioner of Inland Revenue	19.03.2019	[2019] NZSC 29	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Lodge Real Estate Limited v Commerce Commission	19.03.2019	[2019] NZSC 28	NÃO	<i>An extension of time to file the application for leave to appeal is granted. Leave to appeal is granted (Commerce Commission v Lodge Real Estate Ltd [2018] NZCA 523) on the question whether the Court of Appeal should have allowed the respondent's appeal to that Court except as set out at C below.</i>	SIM – decisão sobre a possibilidade de prosseguimento de recurso na instância inferior.	NÃO

Kim Dotcom v District Court at North Shore	14.03.2019	[2019] NZSC 27	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
AN (SC 22/2019) v Prime Minister	11.03.2019	[2019] NZSC 25	NÃO	<i>The application for an extension of time to file an application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Jenny Lyn Walker v Nelson District Court	11.03.2019	[2019] NZSC 24	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Hayley Dawn Young v Attorney-General	06.03.2019	[2019] NZSC 23	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Allan John Titford v R	05.03.2019	[2019] NZSC 22	NÃO	<i>The application for an extension of time to file an application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Shreesh Basnyat v New Zealand Police	05.03.2019	[2019] NZSC 21	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Jane Chapman Siemer v District Court at North Shore (review of registrar decision)	28.02.2019	[2019] NZSC 19	NÃO	<i>The application for review of the Registrar's decision declining to waive the payment of filing fee is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Attorney-General v Arthur William Taylor	27.02.2019	[2019] NZSC 18	NÃO	<i>The appellant must pay to the first respondent usual disbursements. The appellant must pay the second to fifth respondents costs of \$15,000 or such lesser figure as evidenced by invoices produced to the Registrar. Any issues arising as to costs in the Court of Appeal in respect of Mr Taylor are to be dealt with in that Court.</i>	SIM – decisão sobre custas de processo julgado em 2018.	NÃO
Commercial Factors Limited v Meltzer & Ors	27.02.2019	[2019] NZSC 17	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Caleb Afamasaga v R	27.02.2019	[2019] NZSC 16	NÃO	<i>The application for an extension of time to make an application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Jia Wen Mao v Inno Capital No. 4 Limited	26.02.2019	[2019] NZSC 14	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
H (SC 52/2018) v Refugee and Protection Officer	25.02.2019	[2019] NZSC 13	SIM	<i>The appeal is allowed.</i>	SIM – decisão que anulou a decisão da	NÃO

				<i>The order of the High Court dismissing the proceeding is set aside. In its place, an order is made declining the respondent's application to dismiss the proceeding for want of jurisdiction. The proceeding is remitted to the High Court for hearing. E Costs are reserved.</i>	instância inferior que havia negado seguimento ao processo. Decidiu-se pela remissão do processo para o Tribunal inferior realizar audiência.	
Arona and Chambers v R	22.02.2019	[2019] NZSC 12	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Christian John Gillibrand and Mary Caecilia Gillibrand (As Trustees of the Chris and Mary Gillibrand Family Trust) v George Peter Swanepoel	21.02.2019	[2019] NZSC 9	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Winter v R	21.02.2019	[2019] NZSC 8	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted (Winter v R [2018] NZCA 469). The approved ground of appeal is whether the Court of Appeal was correct to dismiss the appeal.</i>	SIM – apenas decidiu sobre a possibilidade de recurso na instância inferior.	NÃO
Schmuck v Opuā Coastal Preservation Incorporated	21.02.2019	[2019] NZSC 7	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted (Opuā Coastal Preservation Incorp</i>	SIM – decisão de recebimento do recurso, porém, ainda não consta qualquer decisão sobre a questão de fundo.	NÃO
H (SC 97/2018) v R	21.02.2019	[2019] NZSC 4	NÃO	<i>The application for leave to appeal against the conviction for rape is granted (H (CA376/2017) v R [2018] NZCA 376). The approved question is whether, in dealing with delay, the Court of Appeal correctly dealt with the age of the appellant (including the application of s 322 of the Oranga Tamariki Act 1989).</i>	SIM – decisão que indeferiu recurso para diminuir pena de pai que foi condenado por assédio à filha e à irmã.	NÃO

Christopher Robert Halpin v R	21.02.2019	[2019] NZSC 11	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
R (SC 1/2019) v R	21.02.2019	[2019] NZSC 10	NÃO	<i>The application for leave to appeal is granted (R (CA158/2018) v R [2018] NZCA 529. The approved ground of appeal is whether the Court of Appeal was correct to dismiss the appeal.</i>	SIM – corte infederiu recurso de pai que assediou sexualmente a filha.	NÃO
Rangitira Developments Ltd v Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Inc	20.02.2019	[2019] NZSC 6	NÃO	<i>Leave to appeal is granted (Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Inc v Rangitira Developments Ltd [2018] NZCA 445). The approved question is whether the Court of Appeal was in error in setting aside the declarations made at [86] of the judgment of the High Court (Rangitira Developments Ltd v Royal Forest and Bird Protection Society Ltd [2018] NZHC 146, (2018) ELRNZ 312).</i>	SIM – decidiu apenas se a parte ainda poderia recorrer na instância inferior.	NÃO
Frederick Hill v Māori Trustee	19.02.2019	[2019] NZSC 3	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
Main v New Zealand Police	18.02.2019	[2019] NZSC 2	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO
P (SC 88/2018) v R	15.02.2019	[2019] NZSC 1	NÃO	<i>The application for leave to appeal is dismissed.</i>	NÃO	NÃO

