

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35379-an-lise-do-controle-de-constitucionalidade-do-canad-estados-unidos-da-am-rica-e-fran-a>

Autore: Maristela Medina Faria

Análise do controle de constitucionalidade do Canadá, Estados Unidos da América e França

Análise do controle de constitucionalidade do Canadá, Estados Unidos da América e França

Maristela Medina Faria

Contemporaneamente vivemos em um Estado chamado doutrinariamente de Estado de Direito, cuja principal característica é o princípio da legalidade, que prega o caráter supremo da lei, que opera-se de igual modo, tanto para os cidadãos, quanto para a administração. No entanto, normalmente, as leis estão subordinadas a uma norma jurídica superior, qual seja a Constituição.

A maioria das Constituições contemporâneas prevê um direito supremo com força obrigatória tanto para os cidadãos quanto para os legisladores e administração. O objetivo é condicionar, limitar, orientando as evoluções contraditórias da produção do direito, gerados pela heterogeneidade, pluralidade e ocasionalidade das pressões sociais oriundas da sociedade. Os direitos na era moderna passam a ser ilimitados, sendo que os únicos limitadores dos direitos são os demais direitos.

A Constituição deve, então, representar todos os interesses que coexistem na sociedade. O autor Gustavo Zagrebelsky¹ sugere que o direito deve ser dúctil de forma que se apresente como um texto aberto, no qual os diferentes valores convivam harmonicamente. Dessa forma, não há espaço para rigidez dogmática de épocas passadas. Agora se prioriza a idéia de pluralismo jurídico, defendendo uma dogmática "fluida e líquida", sendo que, a Constituição não deve ser simplesmente executada, mas sim, realizada.²

O Direito em sua primordial função necessita manter a atual sociedade marcada pelo dinamismo e pela instabilidade, na qual tudo está sujeito a constantes revisões intelectuais, em uma sociedade harmonizada e equilibrada. O principal problema da sociedade moderna é o complexo étnico, religioso, político e cultural que circunda a vida moderna. Há um postulado que enuncia que: as normas jurídicas não podem ser expressão de interesses particulares, nem mesmo apenas enunciações de princípios universais e imutáveis que alguém impõe e que a grande maioria deve acatar.³

¹ Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

² Ibidem.

³ MARTÍNEZ, Faustino Martínez. RECENSIONES Y RESEÑAS: Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), 156 págs.

A Constituição se converte no que podemos chamar de objeto de mediação. A lei deve estar subordinada a uma instância superior, e esta assume agora, a importante e fundamental função de manter unidas e pacíficas sociedades inteiras, divididas em seu interior e concorrenciais, com constantes rupturas. Na nova situação, o princípio de constitucionalidade é que deve assegurar a consecução do objetivo de unidade da sociedade.

A Carta Magna oferece um Direito mais forte, superior, sobre o qual o legislador também deve se submeter em todos os extremos e desdobramentos. A defesa da constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico, e, a adaptação dos esquemas, normas e princípios ao texto constitucional passa a ser de extrema necessidade e requisito também de validade.

Nesta nova situação, o princípio de constitucionalidade é que deve assegurar a consecução de objetivo de unidade de todo o ordenamento jurídico, sendo uma forma de garantia e respeito aos direitos e garantias fundamentais, vez que, a fixação por meio de normas constitucionais de princípios de justiça material orienta a totalidade do sistema jurídico.

E justamente nesta diversidade cultural, étnica e religiosa destaca-se diferentes modos de garantias de controle de constitucionalidade, influenciado pelos mais diversos aspectos.

Existem diversos sistemas de controle de constitucionalidade, cada um com sua peculiaridades e adequando ao arranjo institucional de determinado Estado. Neste trabalho analisaremos o controle de constitucionalidade de três países.

Temos o modelo robusto de controle de constitucionalidade, no qual alguma instituição (Poder Judiciário ou o Legislativo) sempre tem a última palavra. Teorias da última palavra a rigor, não rejeitam algum tipo de diálogo entre os poderes, mas defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão soberana. Para exemplificar este modelo analisaremos a França, vez que neste sistema a última palavra fica a cargo do legislativo e por outro lado analisaremos o sistema norte-americano que representa o modelo no qual o judiciário tem a última palavra.

Contemporaneamente tem surgido um novo fenômeno no cenário constitucional chamado de teorias dialógicas entre os três poderes. Neste modelo o judiciário não tem a última palavra, mas ocorre na verdade um verdadeiro diálogo entre os poderes, vez que este sistema aposta mais na capacidade do Poder Judiciário em persuadir os demais poderes, que

possibilita ao julgador estimular e encorajar um amplo debate quanto ao sistema constitucional⁴.

A teoria do diálogo institucional defende que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre as instituições. Não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais, mas haveria uma cadeia de contribuições na solução dos dilemas coletivos.

Apesar de recente, vários países já adotaram este modelo entre eles, Canadá, Austrália e Reino Unido. Para compreender este sistema analisaremos o sistema canadense.

1.1. Sistema canadense

O Canadá apresentava uma estrutura jurídica pertencente ao sistema common law, até metade do século XX. Mas este modelo foi perdendo força até que em 1982 surge a Carta de Direitos e Liberdades que se apresenta com um tríplice significado, qual seja, proteção dos direitos, ruptura com o positivismo de raiz austriana e separação de poderes. Essa carta buscava uma alternativa que permitisse algum nível de controle de constitucionalidade, mas que não associasse esta mesma prática à supremacia do Judiciário sobre o parlamento.

Há duas seções nestas cartas que são fundamentais, são elas: 1 e 33. A seção 1 prevê a possibilidade de o legislador, moldar o conteúdo dos direitos fundamentais, mas é indispensável a apresentação de uma justificativa razoável. Nesta situação é que se apresenta de modo muito sugestivo a possibilidade do “controle de constitucionalidade, no cotejo de proporcionalidade entre a justificação apontada como razoável e o conteúdo do preceito aprovado pelo Legislativo”⁵.

Enquanto que, na seção 33 surge um mecanismo chamado *overriding*, que prevê que o parlamento possa reeditar o texto legislativo que venha a configurar e limitar direito consagrado na carta nas seções 2 e de 7 a 15, e que já tenha sido objeto de rejeição pela corte constitucional. Este mecanismo possui uma limitação temporal, vez que lei oriunda da *overriding* possui uma validade de 5 anos, sendo que se o legislativo ainda tiver a pretensão de que a lei subsista, deverá empreender a sua aprovação, sob a cláusula do *notwithstanding*.

Segundo esta cláusula, o Parlamento pode aprovar uma lei declarando expressamente que essa lei é válida não obstante os direitos da Carta, basta utilizar-se da cláusula

⁴ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; et. AL, Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba: Juruá, 2010. P. 90-92.

⁵ Ibidem, p. 62.

notwithstanding. Diante desta, a justiça não está legitimada a declarar a ilegitimidade de nenhuma lei. A cláusula pode ser utilizada tanto de maneira preventiva quanto repressiva. Quando aprova uma lei ou diante de uma sentença de inconstitucionalidade. Mas ainda assim, o Tribunal poderá recorrer à via interpretativa, mas restará ao Congresso dizer a última palavra.

1.2. Controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da America

O controle judicial de constitucionalidade foi posto em prática pela primeira vez nos Estados Unidos no século XXIII, na verdade a Constituição norte-americana é que deu origem ao Constitucionalismo com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias.⁶ Dessa forma, neste trabalho analisaremos o controle judicial de constitucionalidade deste país.

O controle judicial de constitucionalidade teve origem na sentença da *Supreme Court*, redigida por John Marshall no caso *Marbury versus Madison* em 1803. Este caso é considerado a fonte do controle de constitucionalidade difuso no direito, já que consagrou a Constituição como lei fundamental e suprema da nação, consagrou também o Judiciário como a maior força na interpretação constitucional.

Nos Estados Unidos, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, no livro “O Federalista”, publicado em 1787, desenvolveram um sistema de freio e contrapesos (“checks and balances”) que reservava ao Judiciário um lugar de destaque.⁷

Em síntese, entre os principais argumentos utilizados por Hamilton no texto mais conhecido como “Federalista n. 78”, podemos enumerar:

- (a) a Constituição estatui limitações à atividade legislativa, não sendo adequado que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações; (b) a interpretação das leis é função específica dos juízes, razão pela qual é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar a Constituição; (c) o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso (“the least dangerous branch”) do poder para proteger os direitos previstos na Constituição.⁸

⁶ CAPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 46.

⁷ LIMA, George Marmelstein. Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro. Disponível em

⁸ MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição como democracia. Curitiba: Tese de Doutorado, 2004, apud LIMA, George Marmelstein. Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro. Disponível em

No ordenamento jurídico dos Estados Unidos, Zagrebelsky⁹ analisa que os juízes no mundo do direito, superam o ideal proposto por Montesquieu, que segundo o qual, o juiz era apenas responsável por dizer as palavras da lei. Mas contemporaneamente estamos em uma nova era, na qual os juízes vão além do texto positivo, eles estão a disposição tanto da lei como da realidade que os circundam. Assim, a interpretação da norma caracteriza-se pela adequação do caso concreto ao ordenamento jurídico.

O sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América se destaca, visto que é exercido pelos juízes nas mais variadas instâncias do Poder Judiciário, já na França o órgão encarregado pelo controle de constitucionalidade é o Conselho Constitucional sendo totalmente independente do poder judiciário, é na verdade um órgão político.

1.3. Sistema Francês

Um clássico exemplo de controle político de constitucionalidade das leis ocorre na França. Este tipo de controle foi sendo afirmado, tanto por razões históricas, quanto ideológicas e práticas. Entre os motivos históricos podemos exemplificar através das graves interferências ocorridas antes da Revolução Francesa, vez que, os juízes franceses ordinariamente interferiam nas esferas dos outros poderes, que por sua vez podiam representar um antídoto às tendências absolutistas da monarquia.

Entre as razões ideológicas, podemos afirmar que estão estritamente relacionadas aos escritos de Montesquieu, especialmente, na doutrina da separação dos poderes, visto que esta doutrina foi considerada totalmente incompatível com a possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo.

E por último, as razões práticas podem ser facilmente compreendidas observando na história francesa que, há mais ou menos um século e meio até hoje objetivou-se

assegurar especialmente mediante o glorioso instituto do Conseil d'Etat, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também especialmente através da Cour de Cassation, contra as ilegalidades do poder judiciário, antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo.¹⁰

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

¹⁰ CAPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 98.

Na atual constituição francesa não está previsto um poder difuso dos juízes de controlar a conformidade das leis à constituição, mas é previsto o *Conseil Constitutionnel* composto por ex-presidentes da República, e de outros nove membros, sendo três nomeados pelo Presidente da República, três pela Assembléia Nacional, e três, pelo Presidente do Senado.

Entre as funções deste *Conseil Constitutionnel*, a que nos interessa é o controle de constitucionalidade das leis, que funciona da seguinte maneira: quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está elaborado, antes que ele seja promulgado pelo Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou outra Câmara do Parlamento tem a opção de enviar o texto legislativo ou o Tratado ao Conselho, para que este se manifeste sobre a sua adequação com a constituição.¹¹

É pacífico entre os estudiosos o caráter antes político, que judicial deste controle de constitucionalidade das leis, tanto pela natureza política da escolha e no status dos membros do *Conseil Constitutionnel*, quanto nas diversas competências deste órgão, e principalmente, pelo caráter necessário de controle das leis orgânicas, bem como, pelo caráter preventivo da função de controle. Além disso, este sistema é um dos mais admirados pela opinião pública, segundo pesquisa realizada à época do vigésimo quinto aniversário da Constituição.¹²

Na verdade, tal função de controle de constitucionalidade integra o próprio

iter da formação da lei na França: é afinal de contas, não um verdadeiro controle (a posteriori) da legitimidade constitucional de uma lei para se ela é ou não válida e, por conseguinte, aplicável, mas, antes, um ato (e precisamente um parecer vinculatório) que vem a se inserir no próprio processo de formação da lei.¹³

No entanto, nos últimos anos o país viveu uma singela revolução constitucional, visto que nem mesmo a pela opinião pública francesa a percebeu, e com esta reforma constitucional de 2008, o Conselho Constitucional da França além de fazer o controle constitucional abstrato e preventivo e passou a atuar como uma típica Justiça constitucional, com a competência de realizar um controle constitucional concreto e a posteriori.¹⁴

Quando nas Constituições francesas objetivou-se criar um controle de conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este poder foi confiado a um

¹¹ Ibidem, p. 28.

¹² FAVOREAU, Louis. As cortes constitucionais. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Ed. Landy, 2004, p. 93.

¹³ CAPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 29

¹⁴ Controle de constitucionalidade na França - Questão Prioritária de Constitucionalidade. Disponível em http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929. Acesso em: 18/07/2011.

órgão de natureza não judiciária. Neste sentido a constituição francesa de da V República de 4 de outubro de 1958, até hoje em vigor confia o controle de constitucionalidade, sempre de maneira preventiva ao *Conseil Constitutionnel*.¹⁵

REFERENCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

Controle de constitucionalidade na França - Questão Prioritária de Constitucionalidade. Disponível em:
http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929. Acesso em: 18/07/2011.

GARGARELLA, R. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: VÁZQUÉZ, R. (Comp.). Interpretación y decisión judicial. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1998.

FAVOREAU, Louis. As cortes constitucionais. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Ed. Landy, 2004.

LIMA, George Marmelstein. Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro. Disponível em

LINARES, Sebastián. La (i)legitimidad democrática Del control judicial de las leyes. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons; 2008.

MARTÍNEZ, Faustino Martínez. RECENSIONES Y RESEÑAS: Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), 156 págs. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII, 2005, 630-635. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100073&script=sci_arttext. Acesso dia: 26/07/2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

¹⁵ CAPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 95.