



## A REVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A EXPANSÃO DO *JUDICIAL REVIEW* NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS

### THE HUMAN RIGHTS REVOLUTION AND THE EXPANSION OF THE JUDICIAL REVIEW IN CONTEMPORARY STATES

---

**Estefania Barboza Queiroz**

É mestre e doutora em Direito pela PUCPR. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Recebeu Menção Honrosa no Prêmio Capes de Tese 2012. É professora de direito constitucional dos cursos de graduação e mestrado na UniBrasil, do curso de graduação da Universidade Positivo e da pós-graduação da Unicuritiba. Realizou seu doutorado sanduíche com bolsa CAPES na Osgoode Hall Law School (York University) no período de novembro de 2008 a fevereiro de 2009. Foi Coordenadora Geral do Curso de Direito da UniBrasil no período de fevereiro de 2009 à fevereiro de 2012. Foi professora convidada no Summer School do Dottorato in Diritti Umani da Università degli Studi di Palermo em junho de 2012. É conselheira suplente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucional, previdência, direitos fundamentais, direitos humanos, democracia, jurisdição constitucional, judicialização da política, precedentes e common law. E-mail: [estefaniaqueiroz@uol.com.br](mailto:estefaniaqueiroz@uol.com.br)

#### **Resumo**

O presente artigo busca analisar o impacto da chamada Revolução dos direitos humanos, ocorrido após a II Guerra Mundial, que levou à expansão do *judicial review* em alguns Estados contemporâneos. Estuda o impacto da Convenção Europeia de Direitos Humanos nos Estados Europeus, bem como a vinculação das Cortes Constitucionais nacionais à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, aprofundando mais detidamente a mudança ocorrida na Inglaterra a partir do *Human Rights Act* de 1998 e do *Constitutional Act* de 2005, que culminou com a criação de uma Suprema Corte naquele país. Por fim, traz ainda o impacto dos direitos humanos no controle de fundamentalidade presente na França e na Nova Zelândia, demonstrando um ponto comum de aproximação material entre os

---

sistemas de *civil law* e *common law* a partir do controle de constitucionalidade que tem por parâmetro os direitos humanos.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos - Sistemas de Civil Law e Common Law - Jurisdição Constitucional.

### Abstract

This article explores the impact of the Human Rights Revolution, which occurred after the Second World War, which led to the expansion of judicial review in some modern states. It analyses the impact of the European Convention on Human Rights in European States, as well as binding the national Constitutional Courts to the jurisprudence of the European Court of Human Rights. It also studies this change in England from the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Act 2005, which culminated in the creation of a Supreme Court in that country. Finally, it brings the impact of human rights in a “fundamentality judicial review” in France and New Zealand, showing a common point of material convergence between the systems of civil law and common law as the Human Rights becomes a parameter for the judicial review in both systems.

**Keywords:** Human Rights - Civil Law and Common Law Systems - Constitutional Jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, diversos países buscaram dar uma resposta às barbáries cometidas pelo Nazismo durante a Segunda Guerra Mundial através da adoção de Cartas Constitucionais democráticas que positivaram os direitos humanos em sistema de direitos fundamentais.

Esse modelo de constitucionalismo também foi a opção escolhida por alguns países que estabeleciam novos regimes democráticos após longo tempo de regimes autoritários e ditatoriais.

A supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais aparece como uma forma de realização da democracia, que ao mesmo tempo passa a ser limitada pelo constitucionalismo. Explica-se, busca-se deixar os direitos humanos a salvo de maiorias eventuais, retirando-os do debate deliberativo.

Desse modo, há uma mudança nos papéis do Estado, especialmente nos países de tradição do *civil law*, que tinham no Parlamento sua máxima autoridade. A limitação das maiorias e do Legislativo só é possível por meio da previsão do *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis) a ser realizado pelo Judiciário ou por um Tribunal Constitucional independente.

O Judiciário, assume, deste modo, papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno este a que se dá o nome de Revolução de Direitos Humanos.

Além disso, o caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do *common law*, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto.

Esse novo papel dos Tribunais Constitucionais, especialmente com a possibilidade de dar conteúdo aos direitos humanos, reflete em grande expansão de sua autoridade, o que se dará por meio do *judicial review*.

Desse modo, será analisado o *judicial review* realizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e o impacto de sua jurisprudência no âmbito das Cortes nacionais.

Será aprofundada, também, a experiência da Inglaterra, onde o controle de constitucionalidade é realizado com base nos Tratados de Direitos Humanos ratificados por aquele país, e da Nova Zelândia, onde uma lei formalmente ordinária estabeleceu seu *Bill of Rights* e passou a limitar materialmente as leis posteriores, demonstrando-se que o controle de constitucionalidade das leis pode ser feito sem a existência de uma Constituição escrita.

Pretende-se demonstrar, assim, que os direitos humanos - quer estejam previstos em tratados ou convenções internacionais, quer tenham sido internalizados como direitos fundamentais e estejam previstos em constituições escritas, quer, ainda, estejam previstos em documentos formalmente ordinários - têm funcionado como limites materiais para o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) em diversos países, tanto aqueles ligados à tradição do *common law* quanto à tradição do *civil law*.

## 1. O MODELO AMERICANO DE JUDICIAL REVIEW

O modelo americano de *judicial review* vem sendo copiado ao redor do mundo, especialmente em Estados que buscaram o modelo de democracia constitucional como garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos, intentando limitar o Estado e as minorias por meio da atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

Nos países onde não há uma Constituição escrita, a previsão dos direitos humanos em tratados internacionais ou em lei ordinária tem sido suficiente para garantir a atuação do Poder Judiciário no controle de compatibilidade das leis provenientes do Parlamento com estes direitos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Na Inglaterra seria controle de convencionalidade, ou seja, compatibilidade dos atos do Parlamento com os direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. No Brasil, por conta da abertura do art. 5º, §2º, seria possível admitir-se o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, embora aqui se entenda que os tratados e convenções de direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade, que, por sua vez, funciona como parâmetro material para o controle de constitucionalidade das leis.

Não é foco do presente trabalho aprofundar sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e seu caráter contramajoritário no controle de constitucionalidade das leis.<sup>2</sup> Parte-se da constatação de que cada vez mais o modelo americano de *judicial review* está sendo internacionalizado, para, em momento posterior, demonstrar que os direitos humanos funcionam como parâmetro comum de controle de constitucionalidade tanto em países de *common law* quanto em países de tradição de *civil law*.

A expansão do modelo americano de *judicial review* ao redor do mundo se deu especialmente no pós Segunda Guerra Mundial, como um modo de contenção das maiorias representadas no Parlamento.

Essa afirmativa encontra respaldo em Ran HIRSCHL, ao estabelecer que:

At the same time, the world has witnessed the rapid spread of constitutionalism and *judicial review*. Constitutional supremacy - a concept that has long been a major pillar of the American political order - is now shared, in one form or another, by over one hundred countries and several supra-national entities across the globe. Constitutional courts in many of these countries have been responsible for translating these constitutional provisions into practical guidelines to be used in daily public life. The migration of constitutional concepts and structures has become a global phenomenon. (HIRSCHL, 2008, p.73)

A sedução pelo modelo americano de *judicial review* se dá por diversos motivos. Aos juízes, oferece um papel predominante e até às vezes heroico perante a sociedade. Para as classes educadas, promete uma influência direta sobre as políticas públicas, assim como se satisfazem com uma argumentação intelectualizada de suas decisões e às minorias, garante a proteção contra os excessos das maiorias.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Este tema foi estudado pela autora quando de sua dissertação de mestrado, no qual defendeu a legitimidade do Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis, tanto do ponto de vista de uma teoria de democracia substantiva quanto do ponto de vista de uma teoria de democracia procedimental. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado, PUCPR, 2005.

<sup>3</sup> Nas palavras de Robert NAGEL: "More specifically, at least if American theorists are to be believed, courts will identify and modernize deep political traditions, enforce attractive moral principles, improve democratic processes, teach the virtue of tolerance, shake up moribund public institutions, and - all the while - hold society together. Even more exciting is the fact that such hopes and claims are to some degree substantiated by recent American history. No Wonder, then, that judges in many countries, as well as in international Tribunals, are edging closer to the American model". "Mais especificamente, ao menos se os teóricos americanos devem ser acreditados, as Cortes vão identificar e modernizar profundas tradições políticas, impor princípios morais atrativos, melhorar processos democráticos, ensinar a virtude da tolerância, sacudir as instituições públicas moribundas, e - a todo tempo - manter a sociedade unida. Ainda mais excitante é o fato de que tais esperanças e exigências são, até certo ponto, comprovadas pela recente história americana. Não é á toa que vários países, assim como os Tribunais internacionais, estão se aproximando do modelo americano". (NAGEL, 2006, p.225).

Além disso, o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) realizado pelo Poder Judiciário ou por Tribunal Constitucional independente anda junto com a própria ideia de constitucionalismo, de uma Constituição com rol de direitos fundamentais que limita o Parlamento, nesse sentido torna-se necessário que outro órgão possa fazer este controle.

Apesar de não estar contemplada na Constituição dos EUA, a previsão do *judicial review* nem a competência da Suprema Corte para realizá-lo, é certo que este direito foi estabelecido pela decisão do caso *Marbury v. Madison* em 1803<sup>4</sup>, sendo a partir de então aceita sua legitimidade para revisão constitucional.

No caso referido, a Suprema Corte declarou que compete ao Judiciário dizer o que é a lei, que a Constituição dos EUA é a lei suprema daquele país, e, portanto, as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com a Constituição sob pena de serem nulas. Declarou, ainda, que a Suprema Corte tem o poder de interpretar leis e de defender a superioridade da Constituição no curso de julgamento de disputas controvertidas. (ROSENFELD, 2010, p. 618-665).<sup>5</sup>

A ideia de que um dos Poderes tenha a última palavra está ligada a própria ideia de estabilidade, para prevenir os conflitos entre os poderes políticos. No caso dos Estados Unidos é a Suprema Corte que dá a última palavra a respeito da interpretação da Constituição (TRIBE, 2008, p.49).

Dessa forma, a Constituição surge com o status de *superlaw*, como tentativa das pessoas criarem obrigações duradouras para si mesma e para o governo, para garantir que certos princípios e direitos fundamentais não fiquem a disposição da deliberação e eventual rejeição pelas majorias eleitorais. A Constituição aparece, dessa maneira, como um documento solene que expressa não apenas intenções ou expectativas, mas verdadeiros compromissos públicos (TRIBE, 2008, p.49).

WEINRIB (2006, p. 99 et seq) traz a Corte Warren (*Warren Court*) como exemplo do paradigma constitucional do pós-guerra nos Estados Unidos. Earl Warren foi Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos no período de 1953 a 1969, estabelecendo uma Corte ativista e de proteção aos direitos humanos, especialmente das minorias.

---

<sup>4</sup> "Marshall held that Marbury and the others were entitled to their commissions, but that the Supreme Court was without power to order Madison to deliver, because the section of the Judiciary Act of 1789 that purported to authorize the Court to act in such a case as this was itself unconstitutional. Thus did Marshall assume for his court what is nowhere made explicit in the Constitution - the ultimate power to apply the constitution, acts of Congress to the contrary not with standing". "Marshall afirmou que Marbury e os outros tinham direito a serem empossados nos cargos, mas que a Corte Suprema estava sem poder para mandar Madison fazê-lo, porque a sessão (seção) do Ato do Judiciário de 1789 que aparentemente autorizava a Corte a agir nesse tipo de caso era por si próprio inconstitucional. Por isso Marshall assume para sua Corte o que não estava em nenhum lugar explícito na Constituição – o poder supremo para aplicar a Constituição, contra os quais nem mesmo os atos do Congresso podem ir". (BICKEL, 1986, p. 3).

<sup>5</sup> Ver também: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Na decisão de *Brown v. Board of Education*<sup>6</sup>, por exemplo, a interpretação motivada pela Corte promoveu princípios de igual cidadania e de dignidade da pessoa humana, em oposição à decisão anterior<sup>7</sup> que estabelecia a existência de hierarquias sociais naturais, permitindo meios de segregação racial nos trens e, por consequência, em escolas públicas. Desse modo, a decisão em *Brown v. Board of Education* superou (*overruled*) a decisão anterior deixando claro que a segregação racial em escolas públicas era inerentemente desigual e que violava o princípio da igualdade (*equal protection clause*) previsto na 14ª Emenda.

Essa decisão ajudou a desencadear o movimento de direitos civis nos Estados Unidos. Além disso, anulou diversas leis estaduais que propugnavam discriminação racial, incluindo aquelas que proibiam casamentos mistos, do ponto de vista racial (*racially mixed marriages*).

Ainda, outros casos importantes, relacionados a direitos fundamentais no pós-Guerra foram julgados e protegidos pela Corte Warren. A proteção do princípio democrático como “um homem, um voto” se deu na decisão *Reynolds v. Sims*<sup>8</sup>, ou seja, foi consolidada a ideia de que o voto deveria ser proporcionalmente igual à população e não às áreas geográficas.

Do mesmo modo, o direito à privacidade foi reconhecido pela Corte Warren no caso *Griswold v. Connecticut*<sup>9</sup>, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma

---

<sup>6</sup> No caso em tela foi alegada que a segregação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas, baseadas em raça, negava às crianças negras a igual proteção perante a lei garantida pela 14ª Emenda. A suprema corte julgou inconstitucionais as leis estaduais que estabeleciam tal segregação, por entender que: “We conclude that in the field of public education the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”. “Nós concluímos que no campo da educação pública a doutrina do “separados mas iguais” não tem espaço. Estruturas educacionais segregadas são inevitavelmente desiguais. Por isto, nós sustentamos que os petionários e demais indivíduos em situação similar, em favor de quem se instaurou ações, são, em função da segregação que contestam, privados da igual proteção perante o direito garantido pela décima quarta emenda. Esta disposição torna desnecessária qualquer discussão a saber se a segregação também viola a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda”. *BROWN v. BOARD OF EDUCATION*, 347 U. S. 483 (1954). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>7</sup> *PLESSY V. FERGUSON*, 163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L. Ed. 256.

<sup>8</sup> Nesse caso foi discutida a representação proporcional no Legislativo do Alabama, tendo sido sustentada a tese de que a “equal protection clause” exige nada menos do que uma representação substantivamente igual no Poder Legislativo, para todos os cidadãos, de todos os lugares e de todas as raças. *REYNOLDS V. SIMS*, 377 U.S. 533, 84 S. Ct. 1362, 12 L. Ed. 2d 506 (1964). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=377&invol=533>> . Acesso em 10 de out. 2010.

<sup>9</sup> A Suprema Corte invalidou lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos por violar o direito à privacidade implícito na Primeira Emenda. *GRISWOLD V. Connecticut*, 381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510 (1965). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=479>> Acesso em 10 de out. 2010.

lei estadual que proibia informações sobre controle de natalidade e também preparou terreno para que no caso *Roe v. Wade*<sup>10</sup> a Corte estabelecesse o direito ao aborto às mulheres.

Paralelamente ao que ocorreu nos EUA, como se verá no próximo tópico, na Europa do pós-guerra se adotou o modelo de constitucionalismo e direitos humanos para resolver o problema da opressão.

## 2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA EUROPA

O constitucionalismo presente na Europa atual tanto nos países de tradição de *civil law* ou *common law* se baseia na ideia de limitação do poder político e proteção dos direitos humanos. Por outro lado, o desenvolvimento da justiça constitucional se deu no sentido de que o governo é limitado por uma Constituição e que os processos e as instituições foram criados para garantir essa limitação (CAPPELLETTI, 1985).

O principal instrumento de proteção dos direitos humanos do sistema europeu é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950.<sup>11</sup> A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída em 1959, traz uma grande transformação não só no direito internacional europeu, mas também no direito nacional dos países signatários da Convenção, uma vez que, em muitos países a Convenção tem funcionado como limite material para atuação dos Estados, e, portanto, parâmetro para controle do *judicial review*. Além disso, os países signatários têm sido fortemente influenciados pela jurisprudência da Corte, sendo considerada, inclusive como o “documento constitucional da ordem pública europeia”.<sup>12</sup>

É possível afirmar que o artigo 1º da Convenção, ao estabelecer a obrigatoriedade aos Estados-membros de observância aos direitos e liberdades enunciados no Título I daquele documento, acabou por obrigar os Estados a adotarem “todas as medidas necessárias no âmbito doméstico visando à implementação da convenção” (PIOVESAN, 2006, p.66), inclusive compatibilizando o direito interno com os parâmetros estabelecidos pela mesma. Essa compatibilização do direito interno implica tanto adaptar a legislação interna quanto revogar as leis incompatíveis com aquele documento internacional.

---

<sup>10</sup> Roe pede o direito de interromper sua gravidez por meio de aborto, eis que pela lei do Estado do Texas só era permitido aborto para salvar a vida da mãe. A Corte considerou que o direito constitucional ao aborto se insere no direito à privacidade da 14ª Emenda e, portanto, a mulher teria total autonomia no 1º trimestre, restando para os Legislativos estaduais a competência para legislar sobre a possibilidade de aborto nos demais períodos da gestação. ROE V. WADE, 410 U. S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>> Acesso em 10 de out. 2010.

<sup>11</sup> “A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa, criado em 5 de maio de 1949, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de unificar a Europa. Os Estados membros do Conselho da Europa adotaram, assim, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, com sua ratificação por 8 Estados, nos termos previstos pelo seu então artigo 66, par. 2º” (PIOVESAN, 2006, p. 65).

<sup>12</sup> “Many European governments have subsequently incorporated the convention into domestic Law, directly or indirectly. For these reasons, the ECHR Court is right to proclaim the convention “a constitutional document of European public order” (MORAVCSIK, 2000, p. 218).

---

Mas por qual motivo os governos dos países europeus aceitaram autolimitar-se em relação a sua própria soberania, favorecendo uma autoridade internacional independente? (MORAVCSIK, 2000, p. 220)

A conviência dos países europeus em aceitar limitar sua soberania em prol de uma autoridade internacional e contramajoritária, no que diz respeito aos direitos humanos, é justificada, segundo MORAVCSIK (2000, p.220), pelo fato de que os governos buscam a coerção internacional quando um compromisso internacional efetivamente reforça as preferências políticas de um governo específico num determinado tempo contra futuras alternativas políticas domésticas.

Ou seja, a autolimitação dos Estados pela adesão a tratados internacionais de direitos humanos não é um movimento em busca de um altruísmo moral, mas, ao contrário, os governos vão se valer dessa tática quando os benefícios de reduzir futuras incertezas políticas pesam mais que os custos de limitação da soberania de sua associação. E continua explicando que o fato de se auto obrigar ou de se autocomprometer é mais utilizado em democracias recém-estabelecidas, que acabam por ter grande interesse na estabilização democrática da política interna contra ameaças antidemocráticas (MORAVCSIK, 2000, p. 218).<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> “We should therefore observe them leading the move to enforce human rights multilaterally, whereas established democracies have an incentive to offer lukewarm support at best. In the case of the ECHR, this theoretical approach best explains the cross-national pattern of support for binding norms, the approach best explains the cross-national pattern of support for binding norms, the tactics governments employed, and the archival Record of public rhetoric and confidential domestic deliberations.” “Nós devemos, portanto, observá-los liderando o movimento para impor os direitos humanos multilateralmente, enquanto as democracias estabelecidas têm um incentivo para oferecer no máximo um apoio morno. No caso da ECHR, esta abordagem teórica explica melhor o padrão internacional de apoio a normas vinculativas, a tática que os governos adotaram, e os arquivos de registros da retórica pública e das deliberações domésticas confidenciais.” (MORAVCSIK, 2000, p. 218). E mais adiante: “In the case of the establishment of the ECHR, the proper theory and method reverses an idealist conclusion that might appear to offer a plausible alternative to realism. What seems at first to be a conversion to moral altruism is in fact an instrumental calculation of how best to lock in democratic governance against future opponents - a practice hardly distinct from similar practices in the most pecuniary areas of world politics, such as trade and monetary policy. I am not denying, of course, that ideas and ideals matter in foreign policy; I am challenging only a particular idealist argument. Surely some domestic support for democratic governance may be ideological, even idealistic, in origin. But if we can learn a single lesson from the formation of the world's most successful formal arrangement for international human rights enforcement, it is that in world politics pure idealism begets pure idealism - in the form of parliamentary assemblies and international declarations. To establish binding international commitments, much more is required.” “No caso do estabelecimento da ECHR, a teoria e método adequados opõem uma conclusão idealista que poderia parecer oferecer uma alternativa plausível ao realismo. O que parece, a princípio, ser uma conversão para um altruísmo moral é, em verdade, um cálculo instrumental de como melhor bloquear futuros oponentes em governos democráticos - uma prática dificilmente distinta de outras similares na maioria das áreas pecuniárias da política mundial, tais como nos negócios e na política monetária. Eu não estou negando, é claro, que ideias e ideais são relevantes na política estrangeira; eu estou apenas questionando um argumento idealista em particular. Certamente, parte do apoio ao governo democrático deve ser ideológico e, até mesmo, na origem, idealístico. Mas se nós pudermos aprender uma única lição a

A Corte de Justiça Europeia, diferente da Suprema Corte dos Estados Unidos ou da Corte Constitucional da Alemanha, foi criada por tratado e não Constituição, e tem por finalidade interpretar os tratados europeus e as leis deles decorrentes. Em termos amplos (lato) os tratados normalmente regulam relações externas entre dois ou mais estados soberanos enquanto as constituições normalmente regulam assuntos internos. Os tratados de livre comércio, por exemplo, entre dois estados, normalmente criam obrigações legais que podem requerer interpretação judicial ou mesmo julgamento, mas isso não implica um controle de constitucionalidade de lei (*constitutional review*). Assim, segundo ROSENFELD (2006, p.33-63), a Corte Europeia de Justiça não teria do ponto de vista formal legitimidade para exercer "*constitutional review*" nem se imiscuir em questões constitucionais.

Entretanto, as questões aparecem de modo distinto quando se trata da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do trabalho realizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A Convenção Europeia de direitos Humanos, diferente dos demais tratados que regulam relações entre Estados e, portanto, relações externas, acaba por regular muito mais relações internas, tendo muito mais impacto nas relações entre o cidadão e seu próprio Estado do que em relações entre estados (ROSENFELD, 2006, p.33-63). Por conseqüente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar de ser uma Corte transnacional interpretando e aplicando a CEDH<sup>14</sup>, acaba tomando decisões substantivas muito mais próximas ao que se tem nas decisões relacionadas a direitos constitucionais.<sup>15</sup>

Além disso, apesar de a União Europeia não ser uma Federação como o Brasil, Canadá ou Estados Unidos, é certo que possui algumas características semelhantes, especialmente no que diz respeito às regulações da UE, devendo os estados-membros implementar medidas internas segundo suas diretrizes, sob pena de serem responsabilizados pelos danos causados aos seus cidadãos pelo descumprimento de um tratado.<sup>16</sup>

---

partir da criação do mais bem sucedido acordo formal pela imposição dos direitos humanos é a de que, na política mundial, o idealismo puro gera idealismo puro – na forma de assembleias parlamentares e declarações internacionais. Para que se estabeleçam compromissos vinculantes na área internacional, se requer muito mais do que isso." (MORAVCSIK, 2000, p. 248-249). No mesmo sentido confira-se GRIMM, Dieter. *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*. In: Dobner, Petra; Loughlin, Martin (Ed.) *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 16: "Sovereign rights were given up voluntarily because they expected something in return: an increase in problem solving capacity in matters that could no longer be effectively handled on the national level. In addition, the states usually retain a share in the decision-making processes of the international institutions that now exercises these rights." "Abriu-se mão, voluntariamente, de direitos soberanos porque eles esperavam algo em troca: um aumento na capacidade de resolução de problemas relativos a questões que não podiam mais ser resolvidas em nível nacional. Além disso, os Estados geralmente mantêm uma parte de suas prerrogativas no processo de tomada de decisão das instituições internacionais que agora exercitam esses direitos."

<sup>14</sup> CAPPELLETTI (1979-80, p.429) utiliza o termo "*Transnational Bill of rights*".

<sup>15</sup> No mesmo sentido Dieter GRIMM (2010, p.2) vai afirmar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos vem sendo analisada como "*constitutional law*" nos mesmos moldes que a Carta das Nações Unidas é interpretada como Constituição.

<sup>16</sup> ROSENFELD (2006, p.36) compara a CEJ a Suprema Corte dos EUA no que diz respeito a divisão vertical de poderes.

Outra questão que se coloca é se as decisões constitucionais da Corte Europeia de Justiça se enquadram melhor no sistema do *civil law* ou do *common law*. Diferente do sistema de *common law*, em que a decisão é indutiva, a decisão no sistema de *civil law* envolve um processo dedutivo no qual uma regra geral é aplicada a um fato particular. Desse modo, uma Corte de *civil law* aproveita-se muito menos da experiência das outras Cortes do que uma Corte de *common law*. ROSENFELD (2006,p.43) explica que a Corte Europeia de Justiça do ponto de vista de sua composição é uma Corte de *civil law*, assim como seus juizes, mesmo depois do ingresso do Reino Unido e Irlanda. Não obstante, o mesmo não acontece do ponto de vista de sua jurisprudência. Ou seja, no que diz respeito a sua jurisprudência constitucional, a Corte Europeia de Justiça está funcionando como uma Corte de *common law*. Isso se deve, por um lado, à generalidade das normas constitucionais e, por outro lado, à abertura do sentido dos valores constitucionais, tais como dignidade, ou de princípios constitucionais, como não discriminação.

Dessa feita, como as normas que estabelecem direitos humanos e princípios constitucionais não permitem aos juizes apenas aplicá-las ao caso concreto como na tradicional visão da *civil law*, uma vez que precisam de densificação, passa a ser importante o significado destes direitos construídos pela Corte para os julgamentos subsequentes.

A maior questão enfrentada pela Corte Europeia de Justiça tem sido em relação aos Estados membros, especialmente em relação àqueles que estabelecem a Constituição como um documento soberano, e apesar de a Corte rejeitar este entendimento, muitas vezes ela tem voltado atrás para evitar conflitos (ROSENFELD, 2006, p. 44).

Ou seja, o problema se dá do ponto de vista da separação vertical de poderes, onde a lei da Comunidade é suprema e prevalece sobre a lei dos Estados-membros que sejam com ela incompatíveis. A previsão de supremacia não está prevista nos documentos comunitários escritos, mas foi firmada na decisão do caso *Costa v. Enel*<sup>17</sup>. Destarte, a supremacia da União Europeia foi estabelecida judicialmente, embora não prevista de forma explícita nos tratados.

---

<sup>17</sup> Confira-se o conteúdo da decisão: “Efectivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, esses limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios. Esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado (...) e sem provocar uma discriminação (...). Resulta do conjunto desses elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. A transferência

Essa posição já foi defendida por CAPPELETTI (1979-80, p.424) ao afirmar que a doutrina da supremacia do direito comunitário decorre do fato de a Europa estar caminhando para um tipo de federalismo, e apesar da resistência inicial, os Estados membros originais acabaram por aceitar tal doutrina, que, por sua vez, traz um sistema transnacional de *judicial review*.

Como consequência, os juízes nacionais devem controlar a conformidade da legislação nacional com o Direito comunitário e negar a aplicação da lei que seja violadora da Lei maior da Comunidade aplicável ao caso (CAPPELETTI, p.424).<sup>18</sup>

Para além disso, as decisões da Corte Europeia de Justiça têm funcionado como precedentes para as Cortes dos Estados-membros, incluindo as Cortes Constitucionais, exigindo em alguns casos a não aplicação de leis advindas dos Parlamentos locais, bem como alterando a jurisprudência antes consolidada dessas Cortes (BANKOWSKI et al, 1997, p.485).

Essa mudança afeta especialmente o Reino Unido, tema este que será aprofundado no próximo tópico.

### 3. A REVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL NA INGLATERRA

A Inglaterra tinha no princípio da supremacia do Parlamento o vetor de sua ordem constitucional, o que gerava, por consequência a recusa de qualquer poder judicial para controlar as leis do Parlamento, em caso de leis primárias. Não obstante, com seu ingresso na Comunidade Europeia pela ratificação do European Communities Act, em 1972, afirmou sua intenção de aceitar o princípio da aplicabilidade direta do Direito comunitário e, de modo geral, fazer sua a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, o que inclui a questão da supremacia do direito comunitário (CAPPELETTI, 1979-80, p.426).

O direito inglês teve sua construção histórica calcada nos pilares da supremacia do Parlamento e na supremacia do *common law*, e, mesmo sem ter adotado uma Constituição formal e escrita, com catálogo de direitos fundamentais, sofre grandes transformações nas últimas décadas.

Ainda que o princípio da supremacia do Parlamento nunca tenha sido ilimitado na Inglaterra, uma vez que era submetido ao *common law*, hoje o mesmo encontra-se ainda mais limitado. Tais transformações ocorrem com a promulgação do *Human Rights Act* que, em vigor naquele país a partir de 2000, estabelece a supremacia dos

---

efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade. Consequentemente, não obstante toda e qualquer lei nacional, há que aplicar o artigo 177.º, caso se coloque uma questão de interpretação do Tratado." C-6/64 COSTA V. ENEL (1964) ECR 585. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ENq:NOT> >. Acesso em: 15 set. 2010.

<sup>18</sup> A respeito da aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos na França, conferir: BRUCE, 2005.

direitos humanos.<sup>19</sup>

Antes disso, a *House of Lords* controlava os atos administrativos apenas em relação à ilegalidade, impropriedade e irracionalidade, o que era admitido pela *ultra vires doctrine*. Esta doutrina permitia que um órgão exercendo poderes previstos em lei poderia apenas exercer esses poderes que foram dados, implícita ou expressamente pelo Parlamento. Desse modo, as Cortes, ao exercer o *judicial review* de um ato de um órgão público, estariam apenas julgando sobre os exatos limites dessa delegação de poder, checando se o órgão atuou na exata medida dos poderes delegados ou não. A ideia era de que poderia haver *judicial review* da *secondary legislation*, proveniente do Executivo, com poderes delegados pelo Parlamento, mas não da *primary legislation*, que era proveniente do Parlamento.

Havia, segundo GROTE, uma ênfase à defesa do princípio da legalidade e não uma proteção ao cidadão.<sup>20</sup> Aos poucos, a *House of Lords* foi ampliando a doutrina para entender que os atos executivos realizados sob a prerrogativa real também estariam sujeitos ao *judicial review* e passou a permitir o *judicial review* de todos os atos que envolvessem direitos individuais.

Em 1998, a Inglaterra, pelo *Human Rights Act*, que entra em vigor em 2000, ratifica a Convenção Europeia de Direitos Humanos, e estabelece que as normas do

---

<sup>19</sup> Veja-se que a visão do modelo inglês, até então, era a de que por não ter uma Constituição escrita e rígida e por não ter uma jurisdição constitucional não era possível falar-se em supremacia da Constituição, mas apenas em supremacia do Parlamento. Nesse sentido BARROSO (2009, p.29): “No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o Human Rights Act, incorporando ao Direito Interno a Convenção Européia de Direitos Humanos. Mas mesmo que se cedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento e não da Constituição.”

<sup>20</sup> “According to this jurisprudence, not the prerogative as such, but only certain of its subject matters like the making of international treaties, the defence of the realm or the dissolution of Parliament shall be excluded from judicial review as non-justiciable issues, i.e. because of their predominantly political character. The recent trend has been to reduce the number of non-justiciable matters and to make judicial review available wherever the exercise of the prerogative directly affects individual rights. As a result, judicial review of administrative action is no longer justified by reference to the presumed intention of Parliament but by the courts’ self-asserted constitutional mandate to protect the individual against the abuse of Power”. “De acordo com essa jurisprudência, não a prerrogativa como tal, mas apenas alguns desses temas importam, como a edição de tratados internacionais, a defesa da realeza ou a dissolução do Parlamento, são assuntos que devem ser excluídos da revisão judicial por se tratarem de questões não judiciais, i.e. em função de seu caráter predominantemente político. A tendência recente tem sido de reduzir o número de assuntos não judiciais e tornar a revisão judicial disponível onde quer que o exercício de uma prerrogativa afete diretamente os direitos individuais. Como resultado, a revisão judicial da ação administrativa não é mais justificada pela referência a uma presumida intenção do Parlamento, mas pela declaração constitucional do mandato da Corte em proteger o indivíduo contra o abuso do Poder” (GROTE, 1999)

direito inglês devem ser interpretadas de acordo com a Convenção<sup>21</sup>, além da possibilidade de suas Cortes declararem a incompatibilidade de uma lei que for contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>22</sup>

A partir de então é que os juízes começaram a levar em conta qualquer alegação de violação dos direitos protegidos pela “*European Convention of Human Rights*”, como parâmetro material para o *judicial review*<sup>23</sup>.

A *House of Lords*<sup>24</sup> assume, neste turno, nova postura e passa a utilizar a Convenção Europeia de Direitos Humanos como parâmetro material para o *judicial review*, como, por exemplo, nos seguintes casos: i) *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department*<sup>25</sup>, a primeira decisão que admite que os juízes devem verificar a

---

<sup>21</sup> Human Rights Act 1998, Section 3 (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

<sup>22</sup> Human Rights Act 1998, Section 4 (4) (4) If the court is satisfied (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility. Idem.

<sup>23</sup> Nos anos 90 houve uma pressão dos grupos sociais em favor da adoção do Bill of Rights na Inglaterra. Nesse sentido confira-se: CRAM, 2006, p. 56-57. Ainda, sobre a discussão da adoção de um Bill of Rights na Inglaterra pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e os novos papéis do Judiciário e Parlamento ver: FINNIS, 1985.

<sup>24</sup> Que até então tinha uma postura mais conservadora, nas palavras de DICKSON (2007, p. 367): “As far as the House of Lords is concerned, the prevailing judicial approach to law-making since its re-creation as a supreme court in its modern form in 1876 has certainly been a cautious one. In general the Law Lords have been unwilling to tread on the toes of the legislature by making new laws and they have been reluctant to overturn well-established judicial precedents, especially those laid down by their predecessors in the House”. Até onde a House of Lords está atenta, a abordagem judicial prevalente no que diz respeito à edição de leis, desde sua recriação como uma suprema Corte em sua forma moderna em 1876, foi certamente cautelosa. Em geral os Law Lords têm se negado a “pisar nos pés” do Legislativo e não têm criado novas leis, e eles têm relutado em destruir os bem estabelecidos precedentes judiciais, especialmente aqueles feitos por seus predecessores na Casa”. Além disso, as próprias funções legislativas e judiciais assumidas pela House of Lords também eram passíveis de crítica: “One can speculate whether the deference to Parliament is partly attributable to the fact that Law Lords are themselves members of that Parliament and therefore all the more conscious of the appropriate division of responsibilities between elected representatives and judges.”: “É possível especular se a deferência ao Parlamento é parcialmente atribuível ao fato de os *Law Lords* serem membros daquele Parlamento e, por isso, ainda mais conscientes da conveniente divisão de responsabilidades entre representantes eleitos e juízes.” (DICKSON, 2007, p. 368).

<sup>25</sup> O caso *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* trata de uma demanda de um prisioneiro contra a possibilidade de violarem o sigilo de sua correspondência dentro do presídio, invocando, para tanto, seu direito à privacidade. A decisão invoca o princípio da proporcionalidade para resolver casos de restrição a direitos fundamentais. Para saber mais sobre o caso, acessar: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-2.htm>>. DICKSON (2007, p.374) explica que no caso em tela, a House of Lords decidiu que “when taking into account ECHR rights in judicial review applications judges had to ask themselves whether the interference with the human right in question was one that was necessary in a democratic society and proportionate to the aim being pursued. This decision expands judicial power to review

compatibilidade do ato com os direitos humanos<sup>26</sup>; ii) *Bellinger v Bellinger*, decisão na qual a Corte declara a incompatibilidade do *Matrimonial Causes Act 1973* com os artigos 8 e 12 da ECHR, porque estabelecia o casamento apenas entre o homem e a mulher, entendendo-se que o termo “*spouse*” deveria incluir o parceiro de mesmo sexo (DICKSON, 2007, p.380).<sup>27</sup>

Tendo em vista a questão histórica e cultural do Reino Unido em favor da Supremacia do Parlamento, houve uma preferência para que as Cortes fizessem uso da Seção 3 do Human Rights Act, no sentido de interpretar as leis de modo que fossem compatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A interpretação conforme a Convenção evita a interferência da Corte na validade das leis editadas pelo Parlamento. Dessa maneira, as Cortes devem preferir, sempre que possível, uma interpretação da legislação que seja consistente com os direitos previstos na Convenção a qualquer outra interpretação incompatível com esses direitos.

Além disso, os Juízes devem levar em conta a manifestação do Ministro da Coroa, quando o mesmo tiver declarado a compatibilidade do projeto de lei com a Convenção (*statements of compatibility*), conforme exigido pela Seção 19<sup>28</sup> do Human

---

administrative action on the grounds of illegality and impropriety because it authorizes judges to look not just at whether the decision-making body has exercised a power it does not have and at whether it has failed in its duty to act fairly, but also at the substance of the decision. Judges must now actually look at whether the decision eventually taken did in fact breach human rights.” (“(...) quando se leva em consideração os direitos da ECHR em casos de revisão judicial, os juízes tinham que se perguntar se a interferência no direito humano em questão era necessária em uma sociedade democrática e proporcional ao objetivo que se buscava. Essa decisão faz com que o poder judicial se estenda à revisão da ação administrativa no terreno da ilegalidade e impropriedade porque autoriza os juízes a verificar não apenas se o órgão tomador de decisão exerceu um poder que ele não tinha e se ele não falhou em seu dever de agir justamente, mas também de verificar o conteúdo da decisão? Os juízes, agora, devem realmente verificar se a decisão eventualmente tomada violou os direitos humanos”.

<sup>26</sup> Esta decisão expande o poder judicial de controlar a ilegalidade e impropriedade dos atos administrativos ao autorizar os juízes não apenas a julgar se um órgão tinha ou não competência para determinado ato ou se agiu de forma justa, mas também a julgar a substância da decisão para verificar uma eventual violação aos direitos humanos.

<sup>27</sup> Para saber mais a respeito: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm>>. Como resposta à declaração de incompatibilidade, o Parlamento editou o *Gender Recognition Act 2004* que passou a dar status legal as pessoas que mudaram de sexo.

<sup>28</sup> Human Rights Act 1998, “Section 19 Statements of compatibility.(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill - (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill. (2)The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate.” “Seção 19 Declarações de compatibilidades.(1) Um ministro da coroa no comando de uma Carta em qualquer das casas do Parlamento deve, antes da Segunda leitura da Carta - (a) fazer uma declaração para todos os efeitos de que, em sua visão, os comandos da Carta são compatíveis com a Convenção de direitos (“uma declaração de compatibilidade”); ou (b) fazer uma declaração para todos os efeitos de que embora ele esteja incapaz de fazer a declaração de compatibilidade, o governo, ainda assim deseja que a Casa prossiga com a Carta. (2) A declaração deve ser escrita e publicada no modo pelo qual o Ministro que a esteja fazendo considere apropriado” Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/19> >. Acesso em: 14 ago. 2010.

Rights Act, que estabelece uma espécie de controle de constitucionalidade prévio, ou seja, o Ministro da Coroa deve verificar se um projeto de lei em trâmite no Parlamento é ou não compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e, se for compatível, deve fazer uma exposição fundamentada de sua compatibilidade, como um controle de constitucionalidade preventivo.

Assim, o poder de emendar a legislação continua sendo do Parlamento enquanto o poder de interpretar é das Cortes. A questão é saber até que ponto uma interpretação ampla e compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos não significaria uma emenda à lei em questão.<sup>29</sup>

Apesar da previsão de manutenção em vigor da lei declarada incompatível com a Convenção, conforme estabelecido na Seção 3(2) b<sup>30</sup> do Human Rights Act, e, portanto, de acordo com o princípio da Supremacia do Parlamento, é possível defender o status constitucional do Human Rights Act.

Essas novas relações entre Judiciário, Executivo e Legislativo no Reino Unido, criadas a partir do Human Rights Act, podem ser caracterizadas por duas formas de diálogo: i) um *principle-proposing dialogue* e ii) um *strong-form dialogue* (CRAM, 2006, p.56-62).

O primeiro modelo dialógico, de cunho propositivo, seria uma espécie de grupo de pressão privilegiado, encabeçado pelas Cortes, no qual os juízes colocariam suas perspectivas sobre as questões substantivas de direito e justiça, e, a partir daí, os políticos eleitos verificariam quais as providências a serem tomadas. Não obstante, esse modelo enfraqueceria a própria proteção dos direitos humanos, permitindo que o Parlamento revogasse uma decisão já tomada pela Corte (CRAM, 2006, p. 66-67).

---

<sup>29</sup> “Under the scheme of the Human Rights Act 1998, the amendment of statutes remained a task for Parliament. Interpretation of statutes was the task of the courts. As for the difficult question of identifying the moment when judicial construction of a statute crossed over the boundary from interpretation to amendment, Lord Nicholls suggested that this occurred when a meaning was given that “depart (Ed) substantially from a fundamental feature of an Act...”and would be especially apparent when the departure had important practical repercussions which the courts were not equipped to assess.” “Sob o primado do Human Rights Act 1998, a emenda a leis permaneceu uma tarefa do Parlamento. A interpretação das leis era tarefa das Cortes. Quanto à difícil questão de se identificar o momento em que a construção judicial de uma lei ultrapassou abertamente as fronteiras da interpretação para a emenda, Lord Nicholls sugeriu que isto aconteceu quando se deu um significado substancialmente distinto a um ponto fundamental de uma Lei...” e se tornaria especialmente aparente quando a distinção tivesse uma repercussão prática tão importante que as Cortes não estavam preparadas para assim estimar” (CRAM, 2006, p. 72).

<sup>30</sup> “3(2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.” “3(2) Este capítulo (a) se aplica à legislação primária e derivada independentemente do tempo de sua edição; (b) não afeta a validade, a continuidade de seus efeitos ou a coação de qualquer legislação primária incompatível; e (c) não afeta a validade, a continuidade de seus efeitos ou a coação de qualquer legislação derivada incompatível se (não obstante qualquer possibilidade de revogação) a legislação primária prever a remoção da incompatibilidade.” Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/crossheading/legislation>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

Já o modelo de diálogo forte (*strong-form dialogue*) seria o que melhor representa essa nova forma de constitucionalismo que aparece na Inglaterra com o Human Rights Act de 1998 que é caracterizada por uma crença de que as Cortes têm um papel constitucional fundamental na proteção de direitos e princípios fundamentais das pressões populares, devendo trabalhar em conjunto com os demais Poderes para desenvolver e encorajar sua aplicação e aceitação.

Veja-se que a declaração de incompatibilidade da lei com a Convenção e a deferência ao Parlamento para reformar a lei pode ter um efeito perverso, na medida em que permite que o Parlamento elabore nova lei em desacordo com o entendimento do Tribunal, deixando desprotegidos os Direitos Humanos; nesse sentido, a interpretação conforme os direitos humanos pode, inclusive, ser mais eficaz. Esse modelo de diálogo forte pode ser visto no voto de Lord Hoffman, quando do julgamento de *Regina v. Secretary of State for the Home Department*, quando afirmou que o princípio da legalidade do *common law* significa que os direitos fundamentais não poderiam ser revogados por palavras genéricas ou ambíguas das leis<sup>31</sup>. Isso confirma a supremacia dos direitos humanos sobre os atos do Parlamento, em que pese seja possível a restrição deles desde que expressa e fundamentadamente declarada pelo Legislativo (CRAM, 2006, p.66).

Em 28 de abril de 2003, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa editou o documento 9798<sup>32</sup>, a respeito do Ministério da Justiça (*Office of the Lord Chancellor*) no sistema constitucional do Reino Unido. A discussão se pautou no fato de que, no Reino Unido, o Ministro da Justiça (*Lord Chancellor*) acumulava as funções de ministro (incluindo a de indicação de juízes), de presidente da câmara alta do

---

<sup>31</sup> Confira-se o teor do voto: "Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words. This is because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process. In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual.(...) What this case decides is that the principle of legality applies to subordinate legislation as much as to acts of Parliament. Prison regulations expressed in general language are also presumed to be subject to fundamental human rights. The presumption enables them to be valid. But, it also means that properly construed, they do not authorize a blanket restriction which would curtail not merely the prisoner's right of free expression, but its use in a way which could provide him with access to justice." "Os direitos fundamentais não podem ser subjugados por palavras ambíguas ou genéricas. Isto porque há uma chance muito grande de que a completa acepção de seu mal elaborado sentido possa ter passado despercebida no processo democrático. Na falta de uma linguagem expressa ou de uma acepção contrária necessária, as Cortes acabam por presumir que até mesmo as mais genéricas palavras foram escolhidas para se sujeitarem ao mais básico direito do indivíduo. (...) O que este caso decide é que o princípio da legalidade se aplica à legislação derivada tanto quanto aos atos do Parlamento. Leis sobre prisões expressadas em linguagem genérica também são subentendidas como sujeitas aos direitos humanos fundamentais. Esta presunção lhes reveste de validade. Mas também significa que se interpretada adequadamente, elas não autorizam uma restrição tão ampla que diminuiria não apenas o direito do prisioneiro à liberdade de expressão, mas diminuiria também a sua utilização no sentido de providenciar a ele acesso à justiça." *Regina v. Secretary of State for the Home Department* ex parte Simms (2000) 2 AC 115. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990708/obrien02.htm>>.

<sup>32</sup> CONSEIL DE L'EUROPE. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9798.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

Parlamento e de chefe do Poder Judiciário (e juiz ativo ao mesmo tempo que presidente das mais altas Cortes). Para o Conselho da Europa, essa situação apresentava graves incoerências, especialmente em relação ao princípio da separação dos poderes, que é considerado princípio constitucional fundamental da União Europeia, previsto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que o *Lord Chancellor* poderia assumir tanto funções judiciárias quanto executivas ou legislativas.

Dessa maneira, a Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa recomendou às autoridades britânicas que o *Lord Chancellor* adotasse uma “*usage constitutionnel*”, segundo a qual não mais exercesse as funções de juiz e que, ainda, fosse criada uma Suprema Corte cujos membros não pudessem ocupar concomitantemente cargos na Câmara Alta do Parlamento inglês.

Adotando a recomendação anterior, o Parlamento inglês edita o *Constitutional Reform Act 2005*<sup>33</sup>, que, por sua vez, vem criar a Suprema Corte do Reino Unido e abolir a jurisdição recursal da *House of Lords*. A Suprema Corte é, dessa forma, estabelecida em outubro de 2009, como a mais alta Corte de apelação do Reino Unido, substituindo o *Appellate Committee of the House of Lords*.

Até a instituição da Suprema Corte do Reino Unido, a *House of Lords* realizava o papel de Corte Constitucional, realizando o *Judicial review*, tendo como base os direitos humanos ou fundamentais, quer sejam aqueles protegidos pelo *common law*, quer sejam aqueles previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>34</sup>

Percebe-se, assim, que mesmo sem um documento constitucional escrito, é possível afirmar a existência de um *judicial review* na Inglaterra realizado pela *House of Lords* até 2009, quando da instauração de sua Suprema Corte, especialmente influenciada pelo Conselho da Europa.

Num outro viés também seria possível defender que a Inglaterra estaria caminhando para uma Constituição escrita. A despeito de não ter um documento constitucional único que positivasse de maneira expressa os direitos e princípios mais

---

<sup>33</sup> “An Act to make provision for modifying the office of Lord Chancellor, and to make provision relating to the functions of that office; to establish a Supreme Court of the United Kingdom, and to abolish the appellate jurisdiction of the House of Lords; to make provision about the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council and the judicial functions of the President of the Council; to make other provision about the judiciary, their appointment and discipline; and for connected purposes.” “Uma lei que faz previsões para modificar a competência do *Lord Chancellor*, e que faz previsões relacionadas com o funcionamento de suas funções; estabelece a Suprema Corte do Reino Unido, e extingue a jurisdição de segundo grau da *House of Lords*; que faz previsões sobre a jurisdição do *Judicial Committee of the Privy Council* e sobre as funções judiciais do Presidente do Conselho; que faz outras previsões sobre o Judiciário, seus compromissos e disciplina; e para propósitos afins.” Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/introduction> >. Acesso em 10 dez. 2010.

<sup>34</sup> Note-se que no site da *Supreme Court* consta que: “The Court must give effect to directly applicable European Union law, and interpret domestic law so far as possible consistently with European Union law. It must also give effect to the rights contained in the European Convention on Human Rights”. “A Corte deve dar efetividade à lei da União Europeia que seja prontamente aplicável, e interpretar a lei doméstica até o ponto em que mantenha consistência com a lei da União Europeia. Também deve dar efetividade aos direitos contidos na Convenção de Direitos Humanos”. Disponível em: < <http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html> >. Acesso em 10 dez. 2010.

---

fundamentais daquele país, que foram construídos historicamente pelo *common law*, hoje existem vários documentos escritos de caráter materialmente constitucional em validade na Inglaterra, podendo-se falar numa Constituição quase escrita, que acomodaria a coexistência de princípios escritos e não escritos presentes numa Constituição do *common law*. Todos estes documentos somados à Constituição não escrita do *common law*, porque têm em comum materialidade e fundamentalidade constitucional, devem servir de parâmetro para o *judicial review* a ser realizado pela Suprema Corte.

#### 4. O CONTROLE DE FUNDAMENTALIDADE NA FRANÇA E NA NOVA ZELÂNDIA

Outra transformação recente no contexto europeu, também por influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos aconteceu na França. Assim, apesar de até pouco tempo só existir o controle de constitucionalidade preventivo feito pelo *Conseil Constitutionnel*, atualmente a França tem feito controle de convencionalidade, de modo que as leis contrárias aos direitos fundamentais, quer estejam previstos na Constituição, quer na Convenção Europeia de Direitos Humanos, podem ser anuladas.

Eva Bruce chega a falar em controle de fundamentalidade, tendo em vista a identidade material entre os direitos fundamentais e os direitos humanos previstos na Convenção. Aduz, ainda, sobre a existência de um bloco de fundamentalidade, por analogia ao bloco de constitucionalidade, onde a proteção se dará em razão da fundamentalidade material do direito, não importando a origem de sua proteção (BRUCE, 2005).

Ademais, com a Reforma Constitucional de 2008, também se estabeleceu na França um controle incidental de constitucionalidade, nos processos em curso no *Conseil d'État* ou na *Cours de Cassation*, em casos em que haja violação dos direitos e garantias constitucionais.<sup>35</sup>

O artigo 61-1 da Constituição da França passa a estabelecer que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação podem encaminhar ao Conselho Constitucional uma questão que envolva dúvida a respeito de uma disposição legislativa que viole direitos ou liberdades garantidos na Constituição, para que o Conselho se manifeste em determinado prazo.

Fora do contexto europeu, vale a pena trazer a experiência da Nova Zelândia, que também vem exercendo um controle de fundamentalidade, na medida em que o *judicial review* tem como parâmetro os direitos fundamentais estabelecidos numa lei ordinária.

---

<sup>35</sup> Article 61-1 "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé." Constitution de la Ve République modifiée par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Disponível em: < [http://www.senat.fr/role/fiche/reforme\\_constit\\_2008.html](http://www.senat.fr/role/fiche/reforme_constit_2008.html) >. Acesso em: 26 dez. 2010. Referida norma constitucional foi regulamentada pela LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021446446&categorieLien=id>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

Até pouco tempo a Nova Zelândia era um dos poucos exemplos de adoção do sistema inglês de *common law*, tendo o Parlamento como autoridade suprema a determinar a legislação; em outros termos, até os anos 80, a Nova Zelândia apenas reproduzia o sistema britânico do *common law*.<sup>36</sup> Assim, a adoção em 1990, pela Nova Zelândia do *New Zealand Bill of Rights Act* marcou uma mudança, equilibrando os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo naquele país.<sup>37</sup>

A Declaração de Direitos Fundamentais da Nova Zelândia garante direitos à vida e à segurança, direitos civis e democráticos, direito à não discriminação, direitos das minorias e direitos processuais. Ademais, referida Declaração estabelece expressamente seu objetivo de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades individuais.

O NZBORA (*New Zealand Bill of Rights Act*) protege os direitos dos cidadãos de duas formas: i) As Cortes podem reconhecer os direitos, mas devem contrabalançar eventuais colisões de direitos, bem como a contraposição entre direitos individuais e direitos de toda a comunidade; ii) exige que o Procurador Geral (*the Attorney General*) reporte ao Parlamento se algum projeto de lei parece inconsistente com a Declaração de Direitos, e neste caso o governo terá que justificar a necessidade da lei em questão.

Curiosamente, a NZBORA é uma lei ordinária que formalmente não dá força às Cortes de anular a legislação inconsistente com suas previsões. A Seção 4 não permite que as Cortes possam deixar de aplicar uma lei inconsistente com o *Bill of Rights*, não obstante, na Seção 5 há a previsão de que os direitos e liberdades contidos nesse documento só podem ser sujeitos a razoáveis limitações pela lei, na medida em que se demonstrar justificável numa sociedade livre e democrática. Destarte, o NZBORA acabou por permitir que as Cortes possam interpretar o que seria razoável numa sociedade livre e democrática, ampliando, dessa forma, sua competência e permitindo o controle de constitucionalidade das leis.

Além disso, houve a criação em 2002 do *Human Rights Review Tribunal*<sup>38</sup>, com competência para declarar leis inconsistentes com o NZBORA, devendo o Tribunal reportar os casos de leis incompatíveis com os direitos fundamentais ao Parlamento, no sentido de que o Governo promova ações para implementar e respeitar a Declaração de Direitos Fundamentais (HIRSCHL, 2004, p.25).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, dessa forma, a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, a qual vem sendo percebida em diversas experiências, quer seja pela adoção de Declarações de Direitos Humanos ou de direitos fundamentais, escritas, ou ratificação a tratados internacionais de direitos humanos – com a possibilidade de o Judiciário ou

---

<sup>36</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 24.

<sup>37</sup> Disponível em: <[www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/bill-of-rights-guidelines/index.html](http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/bill-of-rights-guidelines/index.html)>. Acesso em: 22 fev. 2008.

<sup>38</sup> Para saber mais a respeito verificar: <<http://www.justice.govt.nz/human-rights-review-Tribunal/legislation.html>>.

de uma Corte Constitucional exercer o controle material dos atos provenientes do Parlamento, como vem acontecendo com a Inglaterra e Nova Zelândia, quer seja com a adoção de Constituições supremas com grande catálogo de direitos fundamentais nos sistemas de *civil law*, passando o direito codificado a não ser mais o fundamento das decisões judiciais, uma vez que preponderam os direitos fundamentais ou direitos humanos, cujo caráter aberto e conteúdo moral acabam por elevar o papel do Judiciário na proteção destes direitos.<sup>39</sup>

O que se vê é que as Constituições de diferentes países confiam no *judicial review* em diferentes graus, do mesmo modo, baseiam-se em diferentes textos constitucionais. Em que pese as diferentes manifestações textuais e de controle via *judicial review*, o que se verifica é uma aproximação, na medida em que tanto países com tradição no *civil law* ou no *common law* vêm promovendo o *judicial review* tendo os direitos humanos ou fundamentais como parâmetro material de seu controle.

Assim, não importa em qual documento tais direitos estão previstos mas sim, sua materialidade, sua fundamentalidade, sendo possível falar num controle de fundamentalidade das leis, que englobaria a conformidade das leis com os direitos fundamentais, quer estejam previstos em documentos internacionais, quer em constituições, ou quer mesmo em leis ordinárias.

As Cortes desses países se referem tanto a fontes constitucionais escritas como não escritas quando decidem sobre questões constitucionais.

Enquanto nos EUA se tem a Constituição como um documento coerente e integrado, na Inglaterra a Constituição englobaria vários tratados e leis.

O que se vê também é que mesmo a Inglaterra vem adotando textos constitucionais escritos.<sup>40</sup> O status constitucional desses textos, assim como na Nova Zelândia, não está na sua forma, ou em seu processo Legislativo, mas na materialidade dos direitos protegidos e na sua força normativa na orientação da ordem política.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Ashgate: Hants, 1997.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação de Mestrado, PUCPR, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

---

<sup>39</sup> “What is acceptable in terms of judicial lawmaking varies from jurisdiction to jurisdiction. The limits depend rather upon judicial assessments of community consensus and the nuances of the relevant issues than upon the working out of abstract conceptual considerations”. “O que é aceitável em termos de criação judicial do direito varia de jurisdição para jurisdição. Os limites dependem mais do consenso da comunidade acerca do papel do Judiciário e das nuances das questões relevantes do que da elaboração de considerações conceituais abstratas”(HARRIS, 2007, p. 322).

<sup>40</sup> Magna Carta; Act of Union, Human Rights Act, European Communities Act.

---

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

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2<sup>nd</sup> ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BROWN v. BOARD OF EDUCATION, 347 U. S. 483 (1954). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BRUCE, Eva. **Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité**. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", VI<sup>e</sup> Congrès de droit constitutionnel (AFDC), Montpellier, 9-11 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.afdc.fr/>>. Acesso em 26 dez. 2010.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: Dobner, Petra; Loughlin, Martin (Ed.) **The Twilight of Constitutionalism?** New York: Oxford University Press, 2010, p. 16:

CAPPELLETTI. Repudiating Montesquieu? The Expansion and legitimacy of "Constitutional Justice". **Catholic University Law Review** (1985) 35 Cath. U. L. Rev. 1.

\_\_\_\_\_. The "Mighty Problem" of Judicial Review and the contribution of comparative analysis. **Southern California Law Review**, 1979-80, v. 53:409.

C-6/64 COSTA V. ENEL (1964) ECR 585. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ENq:NOT>>. Acesso em: 15 set. 2010.

CRAM, Iam. Judging Rights in the United Kingdom: The Human Rights Act and the new relationship between Parliament and the Courts. **Review of constitutional Studies**, v. 12, n. 1, 2006, p. 56-57.

DICKSON, Brice. Judicial Activism in The House of Lords 1995-2007. In: DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

DICKSON, Brice (Ed) . **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

FINNIS, J.M. A Bill of Rights for Britain? The moral of contemporary jurisprudence. **Maccabean Lecture in Jurisprudence 1985**, London: Oxford University Press, 1985.

GRISWOLD V. Connecticut, 381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510 (1965). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=479>> Acesso em 10 de out. 2010.

GROTE, Rainer. **Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat**: The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>>. Acessado em: 15 abr. 2009.

HARRIS, Bruce. Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts. In: DICKSON, Brice. (Ed.). **Judicial Activism in Common law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

---

HIRSCHL, Ran. The Rise of Constitutional Theocracy. **Harvard International Law Journal**. v. 49, out. 16, 2008, p. 73.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 24.

Human Rights Act 1998, Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3?view=plain>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

MORAVCSIK, Andrew. **The Origins of Human Rights Regimes**: Democratic Delegation. In: Postwar Europe. International Organization. v. 54, n. 2 (spring, 2000), p. 218. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2601297>> Acesso em: 21 fev. 2008.

NAGEL, Robert. American Judicial Review in Perspective. In: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey; STONE, Adrienne. **Protecting rights without a Bill of Rights**: institutional performance and reform in Australia. Aldershot, Hants : Ashgate, 2006, p.225.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PLESSY V. FERGUSON, 163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L. Ed. 256.

*R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* < <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-2.htm>>.

REYNOLDS V. SIMS, 377 U.S. 533, 84 S. Ct. 1362, 12 L. Ed. 2d 506 (1964). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=377&invol=533>> . Acesso em 10 de out. 2010.

RISHWORTH. The struggle for simplicity in the law apud HARRIS, Bruce. Op. cit., p. 322.

ROE V. WADE, 410 U. S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>> Acesso em 10 de out. 2010.

ROSENFELD, Michel. Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court (October 2006). **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 4, Issue 4, p. 46, 2006. Available at SSRN: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=917890](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917890)>. Acesso em 01 set 2010.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Recebido em 09.08.2011

Aprovado em 12.11.2011