

# **IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR**

## **PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I**

**ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA**

**LILIAN MÁRCIA BALMANT EMERIQUE**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P273

Participação e Democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Gina Esmeralda Chávez Vallejo; Lilian Márcia Balmant Emerique; Armando Albuquerque de Oliveira. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-680-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



# IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

## PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

O IX Encontro Internacional do CONPEDI em Quito (Equador), dedicado ao tema da “Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito”, ocorreu no mês de outubro de 2018, mês em que a Constituição Brasileira de 1988 completou 30 anos e a Constituição do Equador de 2008 completou 10 anos de existência. Os dois processos constituintes tiveram em comum a preocupação em aprofundar a democracia por meio da participação popular instituindo e aprimorando mecanismos de participação cidadã em diversos níveis.

No Brasil, a Constituição de 1988 gerou cinco diferentes institutos próprios para fomentar a participação popular: participação direta por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular; participação nos conselhos de políticas públicas nas áreas da saúde, assistência social e políticas urbanas; participação nos planos diretores municipais; participação nas comissões parlamentares; e participação nos legislativos estaduais. Além destes, ainda podemos mencionar os instrumentos consultivos como as audiências públicas em matérias de políticas públicas, nos processos legislativos e nos processos judiciais; os instrumentos de informação e controle junto aos órgãos públicos e outras modalidades pulverizadas de canais de comunicação e aproximação do cidadão da máquina pública.

A intensificação democrática e ampliação dos instrumentos de participação ocorreram na América Latina de um modo geral e, em particular, no Equador com a Constituição de 2008, em que estes foram traços marcantes do processo constituinte, introduzindo a participação em múltiplas situações por meio de: plebiscito, referendo, iniciativa popular (para criar, reformar ou derrogar leis), revocatória de mandato, *silla vacía*, *veedurias*, assembleias, *cabildos populares*, audiências públicas, conselhos consultivos, observatórios, dentre outros instrumentos promotores da cidadania, bem como a própria estruturação de poderes do Estado rompendo com a tradicional estrutura tripartite para dimensionar funções de Estado, figurando para além das clássicas também a Função de Transparência e Controle Social e a Função Eleitoral

O Grupo de Trabalho Participação e Democracia, contou com a submissão de 29 trabalhos, dos quais 17 foram apresentados durante o evento. As comunicações efetuadas pelos

participantes denotam a crescente preocupação com os horizontes democráticos na América Latina e, principalmente, no Brasil, tanto na dimensão teórica como na sua práxis, com vistas à promoção da eficácia e efetividade dos canais estruturados com propósito de agenciar melhoramentos e a ampliação dos seus usos. O diálogo foi conduzido num tom que buscou assinalar as inegáveis conquistas democráticas, o fortalecimento das instâncias participativas como jamais antes presenciado na região e o reforço democrático ocasionado pelos documentos constitucionais, em que pese suas fragilidades operacionais.

Os trabalhos apresentados se dedicaram ao exame da democracia representativa e o estudos dos problemas e alternativas para melhorias dos processos eleitorais (Fake News, representação política compartilhada); a avaliação da democracia em relação à capacidade de efetivação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, em particular mulheres, crianças e adolescentes e pessoas encarceradas; debates em torno da participação cidadã na construção, execução e avaliação das políticas públicas (ambientais, educacionais, de acesso à internet etc.); análise dos processos legislativos e dos obstáculos normativos e operacionais para a efetivação da participação popular; crítica sobre o papel do Judiciário na democracia e no controle dos processos políticos; apreciação de aspectos relacionados ao controle social democrático.

Os trabalhos foram dispostos em três sessões temáticas na seguinte ordem: I- Democracia e participação popular: aspectos gerais e dimensões legislativas: 1- “Fragilidades das democracias Latino-Americanas e Caribenhas: uma análise empírica (2006 e 2017)” Armando Albuquerque de Oliveira, Caio Victor Nunes Marques; 2- “Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador” Lilian Márcia Balmant Emerique, Ilana Aló Cardoso Ribeiro; 3- “O direito fundamental à participação política por meio da iniciativa legislativa popular e o requisito formal do número de assinaturas dos cidadãos apoiadores de projetos de lei” Itamar de Ávila Ramos; 4- “A representação política compartilhada entre cidadãos participativos e políticos: um princípio a fortalecer o Poder Legislativo” Gabriel Augusto Mendes Borges; II- Democracia e participação cidadã nas políticas públicas e na garantia de direitos: 5- “Responsabilidade civil do Estado por dano no meio ambiente carcerário e sua forma de reparação – análise à luz dos direitos fundamentais em um Estado brasileiro supostamente com participação democrática” Ricardo Ferreira Barouch, Elcio Nacur Rezende; 6- “Mineração e direitos humanos: o caso de Bento Rodrigues/Mariana, Minas Gerais” José Cláudio Junqueira Ribeiro, Francis de Almeida Araújo Lisboa; 7- “Planejamento participativo da educação infantil nos municípios brasileiros: perspectivas e desafios à luz de um caso em concreto no estado do Paraná” Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo, Fernando de Brito Alves; 8- “A crise da democracia na América Latina e a implementação de políticas públicas como

forma de acesso à Justiça” Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Cristiny Mroczkoski Rocha; 9- “Conferências Nacionais de políticas para mulher e a formulação de diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil: participação e representação” Maria Carolina Carvalho Motta; 10- “Teoria da escolha social na consolidação do acesso à internet como instrumento para garantia de direitos fundamentais do cidadão” Rosilene Paiva Marinho de Sousa, Fernando Antônio de Vasconcelos; 11- Participação e democracia: as garantias extrainstitucionais dos direitos sociais e o exercício da cidadania a partir de uma perspectiva garantística e democrática” Rodrigo Garcia Schwarz, Larissa Thielle Arcaro; 12- “Democracia participativa por meio do controle social: o discurso da razão prática na esfera pública” Danilo Pierote Silva, Edinilson Donisete Machado;

III- Balanço da participação e democracia na atividade jurisdicional: 13- “A desvalorização constitucional diante do desgoverno judicial: uma crítica jurídico-constitucional ao ativismo nas atuações do Judiciário brasileiro em detrimento da participação popular no regime democrático” Fernando Antônio da Silva Alves; 14- “A contribuição do modelo fraco do controle de constitucionalidade neozelandês para superar a crise de legitimidade do modelo ultra forte brasileiro” Cláudia Maria Barbosa, Camila Salgueiro da Purificação Marques; 15- “A efetivação do direito fundamental à democracia através da mediação comunitária” Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias; 16- “O recurso extraordinário como espécie de exercício da democracia participativa: a repercussão geral de questão constitucional e os efeitos erga omnes da decisão de mérito” Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rafaela Cândida Tavares Costa; 17- “Crimes contra a honra praticados por Fake News: uma ameaça a democracia e a participação política” Rhayssam Poubel de Alencar Arraes.

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia muito além dos processos eleitorais em si mesmos, mas num fluxo permanente na sociedade, reconhecendo a necessidade ativa de enraizamento democrático e de aprimoramento dos institutos e movimentos de participação cidadã em todas as esferas de poder e com extensa imersão social legitimadora.

A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno da democracia e participação cidadã a circundar a realidade social. Mais uma vez se observou e a necessidade de criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender as demandas latino-americanas.

Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ – Brasil)

Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UEPB – Brasil)

Gina Esmeralda Chávez Vallejo (IAEN – Equador)

**A CONTRIBUIÇÃO DO MODELO FRACO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE NEOZELANDÊS PARA SUPERAR A CRISE DE  
LEGITIMIDADE DO MODELO ULTRA FORTE BRASILEIRO**

**THE CONTRIBUTION OF NEW ZEALAND'S WEAK JUDICIAL REVIEW  
MODEL TO OVERCOME THE LEGITIMACY CRISIS IN THE ULTRA STRONG  
BRAZILIAN MODEL**

**Claudia Maria Barbosa <sup>1</sup>**

**Camila Salgueiro da Purificação Marques <sup>2</sup>**

**Resumo**

A supremacia constitucional que decorre do exercício do controle de constitucionalidade amplia-se em Estado democráticos contemporâneos, com a abertura constitucional e os múltiplos significados da Constituição. No Brasil tal controle tem traços específicos que permitem caracteriza-lo como um modelo ultra forte, que contrasta que o modelo fraco praticado na Nova Zelândia. Neste país, mecanismos judiciais interpretativos como o “mandado interpretativo” e a “declaração de inconsistência”, asseguram a supremacia popular através do diálogo entre Judiciário e Legislativo, diálogo esse que poderia contribuir para a superação da crise de legitimidade do controle de constitucionalidade ultra forte operado pelo STF no Brasil.

**Palavras-chave:** Democracia, Judiciário, Controle de constitucionalidade, Diálogos institucionais, Nova zelândia

**Abstract/Resumen/Résumé**

The constitutional supremacy that results from the exercise of judicial review is expanded in contemporary democratic states, with the constitutional openness and multiple meanings of the Constitution. In Brazil such control has specific traits that allow to characterize it as an ultra-strong model, which contrasts the weak model practiced in New Zealand. In this country, interpretative judicial mechanisms such as the "interpretative warrant" and the "declaration of inconsistency" ensure popular supremacy through dialogue between the judiciary and the legislature, a dialogue that could contribute to overcoming the legitimacy crisis of ultra-strong judicial review operated by STF in Brazil.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Democracy, Judiciary, Judicial review, Institutional dialogues, New zealand

---

<sup>1</sup> Pós-Doutorado na York University, Canada. Doutora em Direito UFSC. Professora titular Direito Constitucional PUCPR

<sup>2</sup> Professora. Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Bolsista CAPES /Fundação Araucária. Curitiba, Paraná - Brasil. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## 1 Introdução

Inicialmente, cabe destacar que os tribunais constitucionais têm sido elogiados como os únicos foros deliberativos, supondo-se que, graças à expectativa de que as decisões judiciais estejam baseadas em razões públicas (uma demanda supostamente menos rígida nos parlamentos), o tribunal teria melhores condições para proteger os direitos e para fazer cumprir a constituição<sup>1</sup>. Um tribunal constitucional, nessa ótica, converte-se a um candidato primordial para a “instituição deliberativa exemplar”. No Brasil, inclusive, verifica-se que o processo de interpretação da Constituição, comumente, é atribuído ao Supremo Tribunal Federal com prioridade, realizando-se um forte controle de constitucionalidade.

Contudo, no tocante à tomada de decisão do Judiciário e ao controle de constitucionalidade, ressalta-se que existem duas espécies de deliberação que devem ser consideradas: a interna e a externa. A primeira envolve a troca de razões e argumentos dentro de um grupo para que ele chegue a uma decisão (entre os juízes), já a segunda envolve o esforço para convencer atores externos aos grupos (diálogo entre juízes e o mundo externo). No modelo europeu a deliberação é interna, no norte-americano, externa. Isso implica que no primeiro caso haja um longo debate entre os juízes e convencimento através do diálogo, gerando uma decisão “única, institucional, clara, objetiva e de consenso”, enquanto no modelo norte-americano “os juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra”, de modo que, para Virgílio Afonso da Silva “sua plateia é externa: é o Congresso, a Casa Branca, as faculdades de direito, são os jornalistas”. E uma democracia necessita de ambos os tipos de deliberação, ou seja, além da interna, é necessário um diálogo entre tribunal, sociedade civil e poderes políticos (diálogo entre poderes, diálogo constitucional), que exige a análise de formas alternativas de controle judicial de constitucionalidade. (SILVA, 2009, p. 210-212)

Inclusive o debate controle forte x controle fraco orbita a facilidade ou dificuldade de o Legislativo rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, podendo superá-las (“superação legislativa” ou *legislative override*). Nesse caso, a maioria dos países europeus e os EUA podem ser considerados modelos fortes, porque a única possibilidade de superação da decisão do tribunal é por meio de emenda constitucional. Enquanto isso, os modelos canadense e inglês seriam considerados fracos, no primeiro caso porque o legislador pode re-promulgar a lei declarada inconstitucional e no caso inglês porque segundo o *Human Rights Act*, de 1998, que instituiu o controle, este não vincula

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, verificar as proposições de MENDES (2013, p. 101-103).



totalmente o legislador, sendo decisões de incompatibilidade, não de invalidade. (SILVA, 2009, p. 211-213). A Nova Zelândia também é marco desse novo modelo, seguindo a supremacia legislativa tradicional. (GARBAUM, 2013, p. 52-63).

Por isso, a necessidade de trazer à tona experiências de controle mais dialógicas com os poderes representativos, como a que se traz no presente artigo, que traça um panorama geral da história constitucional da Nova Zelândia, de modo a apresentar a sua cultura jurídica de supremacia do Parlamento, a postura dialógica de seus Tribunais e o fraco “controle de constitucionalidade”. O trabalho tem como foco os seus mecanismos de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, especialmente o “mandado interpretativo” e a “declaração de inconsistência”, que estão previstos na *New Zealand Bill of Rights Act*, de modo a estabelecer uma comparação com o sistema de controle rígido estabelecido no Brasil.

## **2 O sistema constitucional e a experiência dialógica neozelandesa**

### **2.1 A cultura jurídica neozelandesa de supremacia do Parlamento e a *New Zealand Bill of Rights Act***

O povo Maori foi o primeiro a chegar na região da Nova Zelândia, por meio de viagens em canoas desde Hawaiki. E o holandês Abel Tasman foi o primeiro europeu a avistar o país, mas foram os britânicos que acabaram tornando a Nova Zelândia parte de seu império. E em 1840, foi assinado o Tratado de Waitangi, um acordo entre a coroa britânica e os maoris, considerado como o documento fundador do país. O local onde o tratado foi assinado se chama Waitangi Treaty Grounds e atualmente é uma atração popular. (NEW ZEALAND, 2017)

Inclusive, a Nova Zelândia, como colônia inglesa, adotou diversas características do modelo de Westminster, estruturando, desde sempre, os moldes do seu sistema como de um país que se utiliza da Common Law, e que, acima de tudo, tem na supremacia do parlamento o seu mais importante princípio. Dessa forma, trata-se de um dos poucos países do mundo que não adotam uma constituição escrita e, assim, nunca se vislumbrou a existência de um ambiente propício para o surgimento de um controle de constitucionalidade. Além disso, o parlamento sempre foi tido como a fonte última para a concretização dos direitos, devendo as cortes, portanto, “apenas seguir o que fora proposto por aquele poder, mesmo que para isso, ao fazê-lo, devesse passar por cima de princípios e regras advindos da Common Law”, que teriam sido desenvolvidos no âmbito do Judiciário. (JOÃO, 2016, p. 45)

Desse modo, historicamente, a Nova Zelândia é considerada um modelo de repúdio ao *judicial review* adotado nos Estados Unidos, seguindo a posição britânica até o início dos

anos 1990. Recentemente, entretanto, há uma Carta de Direitos no país, o que a aproxima um pouco do *judicial review*. É a Declaração de Direitos da Nova Zelândia - *New Zealand Bill of Rights Act* – NZBORA, com o objetivo de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais no país, segundo o seu preâmbulo, o que o aproximou do compromisso com a convenção internacional dos direitos humanos. (CANAVEZ JÚNIOR, 2012, p. 31)

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

De acordo com o seu item 3, a Carta é aplicável no tocante aos atos realizados: a) pelos Poderes Legislativo, Executivo, ou Judiciário da Nova Zelândia; ou b) por qualquer pessoa no exercício de qualquer função pública, de poder, ou dever conferido ou imposto àquela pessoa nos termos da lei.<sup>2</sup> Além disso, na ocasião da elaboração de um projeto de lei, atenta-se para as disposições da Carta, conforme preceitua o seu item 7:

Onde qualquer projeto de lei seja introduzido na “House of Representatives”, o Procurador-Geral deve: (a) no caso de projeto de lei, na sua introdução; ou (b) em qualquer outro caso, desde que praticável após a introdução do projeto de lei; trazer à atenção da “House of Representatives” qualquer provisão naquele projeto de lei que aparece como inconsistente com qualquer dos direitos e liberdades contidos nesta Carta de Direitos.<sup>3</sup>

Neste ponto, importa destacar que houve aproximadamente 40 ocorrências de relatórios de inconsistências aparentes de Procuradores-gerais, o que é bem diferente da situação no Canadá e no Reino Unido, onde alguns mecanismos dialógicos não são tão utilizados na prática. E como o Canadá, mas diferentemente do Reino Unido, não há um

---

<sup>2</sup> Literalmente, o item 3 – “*Application*”:

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

<sup>3</sup> No idioma original:

“*7 Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights*  
*Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,—*

*(a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or*

*(b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill;*

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

comitê parlamentar especializado que considera estes relatórios e outras evidências da compatibilidade de um projeto de lei com a NZBORA. (GARDBAUM, 2010, p. 27-28)

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

Assim, o que se pretendeu com a Carta não foi a criação de uma lei suprema, hierarquicamente superior às demais, portanto, que dotasse as cortes de tamanho poder que ameaçasse a tradição de soberania parlamentar herdada do Reino Unido.<sup>4</sup>

## 2.2 Controle de constitucionalidade “fraco” na *New Zeland Bill of Rights Act*

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

4 – Outros decretos não afetados:

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

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

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

5 – Limitações justificadas:

Sujeito à seção 4, os direitos e liberdades contidos nesta Carta de Direitos podem estar submetidos somente aos limites razoáveis prescritos por lei como pode ser demonstravelmente justificado numa sociedade livre e democrática.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Nesse mesmo sentido, Henrique Pandim Barbosa Machado, em artigo específico sobre o tema, também trata do controle de constitucionalidade jurisdicional classificado como “fraco”, que se mostra presente em alguns países como o Canadá, a Nova Zelândia, Israel e Inglaterra, ressaltando que, apesar das peculiaridades, são unidos pela premissa de que não cabe ao Judiciário exercer de forma isolada e soberana o controle de constitucionalidade das leis. (MACHADO, 2012. p. 40-41)

<sup>5</sup> No idioma original:

“4 - *Other enactments not affected*

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

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

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

*5 - Justified limitations*

Da leitura desta Seção 4, verifica-se que é negado expressamente o poder da Corte invalidar ou negar efeito operativo a qualquer lei, anterior ou subsequente à NZBORA.

Por outro lado, no item 6, estipulou-se que os tribunais deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes na NZBORA: “Sempre que for possível atribuir a um decreto um significado que é consistente com os direitos e liberdades contidos nesta Carta de Direitos, aquele significado deve ter preferência em detrimento de qualquer outro significado”<sup>6</sup>. Dessa forma, sempre deverá se priorizar a interpretação dos atos normativos que “melhor coadune com os direitos e garantias previstos na Declaração de Direitos, ainda que o Judiciário não possua o poder de, propriamente, fiscalizar o ordenamento jurídico”. (MACHADO, 2012, p. 40-41).

Isto é, trata-se de uma carta de direitos bastante interpretativa, que busca reforçar por meio do Judiciário a vontade do Parlamento. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2009), o controle de constitucionalidade neozelandês é fraco, já que a declaração de direitos de 1990 não tem status de lei superior às leis ordinárias, não servindo como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de leis posteriores. É como afirma Gardbaum (2013, p. 52-63), no sentido de que na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação das leis, mas pela interpretação que dão a elas, em consonância com os direitos, sempre que possível.

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

Ademais, a NZBORA se consubstanciou em uma das mais importantes diretrizes para o Governo, “definindo, assim, que tipos de leis, a partir da sua existência, poderiam ser criadas, para que estivessem de acordo com o *Bill of rights*”, e, ainda, que tipo de atitudes governamentais poderiam ser tomadas com o intuito de respeitar os direitos ali garantidos. Isto é, optou-se pelo princípio da soberania parlamentar e por se criar uma Carta de Direitos

---

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

<sup>6</sup> “6 Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred

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

flexível, na medida em que suas disposições são passíveis de revogação por simples maioria de votos da única câmara parlamentar da Nova Zelândia, bem como por qualquer lei posterior que lhe seja contrária. (JOÃO, 2016, p. 56)

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

Ana Manuela Silva João ressalta que o que se constata no sistema neozelandês é que a característica de ter uma constituição não escrita é muito importante para a cultura do país, de tal forma que esse fato, e a flexibilidade das normas constitucionais que o acompanha, tornaram-se “tão arraigados na cultura da sociedade que se pode mesmo afirmar se tratar de uma das normas fundamentais da constituição neozelandesa”, o que acaba por justificar a relutância do Parlamento em criar qualquer ato normativo mais rígido. E, ainda, a referida constituição, consubstancia-se em leis, decisões das cortes, costumes, etc. “Ou seja, tudo aquilo que reflete a cultura jurídica do país, bem como as disposições que visam a organização do Estado, como um todo”. (JOÃO, 2016, p. 56-57)

Assim, como pode se depreender do que exposto até aqui, em razão do surgimento da NZBORA e do *Human Rights Act* é que se iniciaram algumas nuances do controle de constitucionalidade, tendo em vista que tais leis se constituem em uma espécie de parâmetro para as constituições posteriores. No entanto, respeitou-se a vontade popular no sentido de que o Judiciário não pode ganhar demasiada força em detrimento da supremacia do Parlamento, e, assim, acrescentou-se nos itens 4, 5 e 6 do NZBORA disposições que garantem um fraco controle de constitucionalidade:

Primeiramente, não foi concedida às cortes a possibilidade de declarar quaisquer atos legislativos emanados pelo parlamento como inconsistentes com o NZBORA (a não ser nos casos de discriminação, como será abordado mais adiante); mais do que isso, foi expressamente proibida tal competência, pelo o que foi previsto na *section 4* do citado *Bill of rights*, que proíbe que as cortes retirem a validade ou deixem de aplicar quaisquer atos normativos que considerarem em conflito com o NZBORA.

Depois, a *section 5* previu que ao parlamento caberá a possibilidade de limitar determinados direitos, ainda que fundamentais, caso essa limitação seja justificável e respeite os princípios de proporcionalidade, afim de garantir que a maioria da população seja beneficiada; ou seja, visa garantir que os benefícios práticos para a sociedade se sobreponham ao prejuízo ao direito ou liberdade individual em análise.

Para além disso, o NZBORA, na *section 6*, estipulou que as cortes deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes no Bill of rights. Ou seja, trata-se de uma carta de direitos bastante interpretativa, que busca reforçar por meio do judiciário a vontade do parlamento. (JOÃO, 2016, p. 58)

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

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

Ou seja, fá-lo-ão por meio do uso das “ferramentas interpretativas” e buscarão a interpretação que dote aquele ato normativo do caráter mais protetivo de direito que podem vislumbrar – e, portanto, conseqüentemente, o revestirão com uma interpretação que seja capaz de restringir o mínimo possível, ou não restringir, o direito em questão. Agindo dessa forma, protegerão o estatuto, que permanecerá tendo validade, dentro dos limites dessa interpretação adotada – que será aquela que garanta que o ato normativo esteja de acordo, na visão da corte, com o *Bill of rights*; e justificarão propriamente a sua atitude, afim de ser capaz de convencer o parlamento de que sua opinião é acertada. (JOÃO, 2016, p. 60)

Contudo, em algumas situações, os magistrados poderão entender que o ato normativo é restritivo de direitos e o poder legislativo entenderá que o ato é protetivo de direito, sendo que as ferramentas tradicionais de interpretação (analisar o propósito do legislador, etc) podem não ser suficientes neste caso. É aí que a Corte poderá conceder, no uso do que denomina de “mandado interpretativo”, uma interpretação que acredite estar em consonância com a NZBORA, ainda que, na prática, distancie-se daquilo que está posto e da intenção do legislador. Todavia, neste caso específico, poderá o legislador não concordar com a posição adotada pela corte, podendo se sobrepor à decisão judicial, superando-a por meio da reedição da norma. A reedição da norma poderá seguir dois caminhos: a) “poderá fazer com que o ato normativo que está sendo discutido permaneça no ordenamento da mesma forma que havia entrado em vigor antes, permitindo que prevaleça o próprio entendimento”, e, assim, prevalecendo sobre o entendimento da Corte; b) “poderá reeditá-lo apontando

especificamente qual a interpretação que deve ser seguida quando aquele ato normativo for colocado em prática, podendo ser a sua própria interpretação, ou aquela que foi conferida pelos juízes”. (JOÃO, 2016, p. 61)

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

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

### 2.3 *Human Rights Review Tribunal* e a “declaração de inconsistência”

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

- (1) Todos tem o direito à não discriminação nos termos da discriminação na “Human Rights Act 1993”.
- (2) Medidas tomadas em boa fé pelo propósito de assistir ou favorecer (advancing) pessoas ou grupos de pessoas em desvantagem devido à discriminação, que é ilegal pela virtude da “Parte 2” da “Human Rights Act 1993”, não constituem discriminação.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> No idioma original:

“19 Freedom from discrimination

(1) Everyone has the right to freedom from discrimination on the grounds of discrimination in the Human Rights Act 1993.

Isto é, quando a legislação afetar diretamente o direito de liberdade contra qualquer tipo de discriminação ilegal.

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

Ran Hirschl traz exemplos de casos levados ao Judiciário na Nova Zelândia, em relação à questão da justiça restaurativa, nos quais se exerceu a referida interpretação para estender, modificar ou restringir direitos. A corte, por exemplo, entendeu possível a investigação de crimes praticados contra o povo maori mesmo antes de 1975, quando instalado o Tribunal Waitangi. Os direitos do povo maori foram levados diversas vezes à corte constitucional, como quando pleitearam que as rádios falassem sua língua e divulgassem sua cultura (o tribunal entendeu que o Estado da Nova Zelândia não poderia ser obrigado a tanto); assim como o direito de votar e serem registrados como eleitores maori, e o total direito sobre os peixes pescados (Tratado de Waitangi sobre Solicitações de Pescados de 1992). (HIRSCHL, 2007. p. 193-194)

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

---

(2) *Measures taken in good faith for the purpose of assisting or advancing persons or groups of persons disadvantaged because of discrimination that is unlawful by virtue of Part 2 of the Human Rights Act 1993 do not constitute discrimination.*  
*Section 19: substituted, on 1 February 1994, by section 145 of the Human Rights Act 1993 (1993 No 82).”*



estariam abrangidos pelas negociações que levaram à edição do Ato de 1992. (HIRSCHL, 2007. p. 194-195)

#### 2.4 A prática de diálogos entre os poderes e a *New Zealand Bill of Rights*

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

A experiência da Nova Zelândia mostra que pode existir um diálogo genuíno. Sob a BORA, o debate sobre direitos não é ditado unicamente pelas cortes. O parlamento pode discordar, e tem discordado, com as decisões, das cortes, que são baseadas na BORA, e tem reagido com diversas medidas: *overruling*, minimização, e assim por diante. Igualmente, em outras ocasiões, os braços políticos aceitaram as medidas judiciais, mesmo se somente após um ‘debate robusto’. E o debate robusto é um ponto importante: não é que o Parlamento **deve** aceitar a expressão de um ponto de vista judicial – ele preferencialmente **escolhe** aceitar o ponto de vista judicial. Uma série de casos considerados anteriormente fornecem bons exemplos. (BUTLER, 2006, p. 23)<sup>8</sup>

O diálogo a que se refere Butler é visível no caso “Baigent”, julgado em 1994, a respeito dos direitos humanos de detentos. Também o caso “Martin”, que trata da demasiada demora em julgamentos, é um exemplo de como os três braços do governo podem interagir uns com os outros para evitar novas violações da Carta de Direitos da Nova Zelândia. Martin foi acusado de violação sexual, sendo que houve um atraso de 17 meses entre acusação e julgamento. A decisão proferida neste caso levou o sistema neozelandês de gerenciamento de casos a passar por uma revisão para tornar mais eficiente o gerenciamento de processos criminais, ou seja, todos os tribunais dentro do sistema examinaram seu procedimento para evitar mais atrasos. O Parlamento, após o julgamento de mais casos como este, promulgou a “Lei dos Magistrados Comunitários” para aliviar o atraso e evitar a suspensão do processo. (BUTLER, 2006, p. 25-26)

Além desses dois casos, destaca-se, especialmente, o caso “Quilter”, no qual aos juízes entenderam que a disponibilidade de casamento para casais do mesmo sexo, deveria ser tomada pelos representantes eleitos do povo. O caso influenciou discussões no Parlamento,

---

<sup>8</sup> No idioma original:

“The New Zealand experience does show that a genuine dialogue can exist. Under BORA the rights debate is not dictated solely by the courts. Parliament can disagree and has disagreed with BORA-based court decisions and has reacted by a range of measures: over-ruling, minimisation and so on. Equally, on other occasions the political arms have accepted judicial outcomes, even if only after a 'robust debate'. And the robust debate is an important point: it is not that Parliament must accept the expression of a judicial view – rather it chooses to accept the judicial view. A number of the cases considered earlier provide good illustrations.” (BUTLER, 2006, p. 23)

que iniciou o tratamento de diversos projetos de lei. (BUTLER, 2006, p. 26-27). E, apesar da demora, importante notar a conclusão de Butler sobre o caso:

Em suma, foram necessários oito anos desde o acórdão do Tribunal de Recurso de Quilter até à entrada em vigor da Civil Union Act (2004). Este parece ser um longo período de gestação para um ato. No entanto, notavelmente a iniciativa nasceu de um julgamento que negou a uma parte da sociedade um "direito" que grande parte da sociedade tinha. Liderados pelo Ministério da Justiça, iniciou-se um processo de consulta com todos os neozelandeses, o que deu ao governo e ao parlamento a confiança de permitir aos casais do mesmo sexo direitos semelhantes aos dos casais heterossexuais. (BUTLER, 2006, p. 27)<sup>9</sup>

Gardbaum também comenta o caso:

O exemplo principal geralmente dado de tal limitação (restraint) é a recusa da “Court of Appeal” no “Quilter” (1998), de interpretar a linguagem de gênero neutro do “Marriage Act” de 1995 como abrangendo o casamento entre pessoas de mesmo sexo, considerando não apenas a seção 6, mas também a seção 19 da NZBORA, enquanto emendado pelo “Human Rights Act” de 1993 que proíbe a discriminação no que se refere à orientação sexual. O fato de que seis anos após “Quilter”, a “House of Representatives” promulgou a “Civil Unions Act” depois de sério debate parlamentar, também tem sido apontado como evidência que o diálogo judiciário-legislativo está funcionando razoavelmente bem. Do mesmo modo, há pelo menos um par de casos nos quais as cortes de NZ e UK chegaram a conclusões opostas na interpretação da linguagem legal essencialmente idêntica, impondo uma inversão do ônus da prova para acusados de crimes envolvendo drogas (criminal drug defendants), com a corte do Reino Unido atribuindo significado mais fundamentado nos direitos (right-consistent), mas argumentativamente restrito, e a corte da Nova Zelândia se recusando a fazê-lo e se baseando, em vez disso, na seção 4. (GARDBAUM, 2010, p. 28-29)

Verifica-se, portanto, que o diálogo entre poderes é exercido na prática e é de fato encorajado pelos mecanismos presentes na *New Zealand Bill Of Rights Act*, sendo que o debate sobre direitos não é exclusivo do Judiciário.

### **3 O modelo de controle brasileiro e as reflexões a partir da experiência neozelandesa**

Inicialmente, sobre o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, destaca-se que o Decreto n. 848 de 1980 já autorizava o STF a julgar, em grau de recurso e em última instância, questões de constitucionalidade. No entanto, no Brasil, oficialmente, o modelo de

---

<sup>9</sup> No idioma original:

“In sum, it took eight years from the Court of Appeal judgment in Quilter to the coming into force of the Civil Union Act (2004). This seems to be a long gestation period for an Act. However, remarkably the initiative was born out of a judgment that denied a part of society a "right" which large parts of society had. Led by the Ministry of Justice, a consultation process with all New Zealanders began which gave the Government and Parliament the confidence to afford same-sex couples similar rights as heterosexual couples.” (BUTLER, 2006, p. 27)

controle de constitucionalidade das leis foi instituído com a Constituição de 1981, influenciado pelo controle norte-americano. Nesse sentido, assim destacam Katya Kozicki e Eduardo Borges Araujo:

A influência norte-americana far-se-ia presente também no princípio da separação dos poderes. A Constituição de 1891, em seu artigo 15, determinava que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário eram harmônicos e independentes entre si. Adotando uma linha de autocontenção, a Corte hesitaria em exercer a revisão judicial e, assim, pretenderia não interferir sobre as ações dos demais poderes. A autocontenção judicial, contrária ao ativismo judicial, revelar-se-ia em três ações, reiteradamente adotadas pelo menos até 1988. Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-se da discussão sobre políticas públicas. Decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções. (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 110)

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

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

Já na Constituição de 1988, alargou-se a titularidade e o escopo do direito de ação ao STF, trazendo em seu artigo 103 sete novos atores legitimados ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, que sucedeu a “representação”. Também foram criados a ação direta

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

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

Tal modelo concentrado de controle de constitucionalidade instituído no Brasil não se aproxima do modelo europeu, tendo em vista as claras diferenças entre um “tribunal constitucional por excelência” e o STF. Inclusive, o modelo continental de jurisdição constitucional, no qual os magistrados eram nomeados a partir da exigência de maioria parlamentar e consenso político, e não dispunham de mandatos vitalícios, mostrou-se, nesse sentido, como “fenômeno pós-autoritário” - levando em consideração o contexto de reconstitucionalização pelo qual a Europa passou ao final da Segunda Guerra Mundial. Nessas circunstâncias, a decisão final acerca do controle abstrato de inconstitucionalidade, característico de um sistema concentrado, é estritamente do Tribunal. Desse modo, a controvérsia é decidida pelo colegiado, “prezando pelo consenso em torno de uma resposta única”. (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 112)

Tanto Katya Kozicki e Eduardo Borges Araujo (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 112), como Vírgilio Afonso da Silva (2017), concordam com a premissa de que o modelo brasileiro de processo decisório é como se fosse uma cópia - às vezes bem feita, às vezes mal feita - do

modelo norte-americano. Isso porque se dá de acordo com três aspectos, a saber: a) o Supremo Tribunal não decide como instituição; b) a fundamentação para suas decisões é irrelevante; e c) os julgamentos não são palco de deliberação interna, já que os Ministros trazem votos prontos. (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 112)

Cabe apontar que a inconstitucionalidade poderia ser declarada pela Corte, se caso uma Emenda Constitucional fosse contrário ao projeto original da Constituição, já que seria função do STF resguardar os direitos já instituídos via Constituição.

Como uma Emenda à Constituição é uma manifestação característica de um poder constituinte derivado, então, nesse caso, o STF desempenharia tanto a função de foro judicial especializado quanto de tribunal de recursos de última instância. Porém, fiscalizar as ações do poder constituinte derivado não é uma função destacada para o STF na Constituição, isto é, não seria de sua competência julgar a inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais. (KOZICKI; ARAUJO, 2017, p. 113)

Dessa forma, verifica-se que o modelo brasileiro surge claramente inspirado pelo modelo norte-americano, ou seja, de forte controle judicial. O sistema criado com a proclamação da República era claramente difuso e posterior à lei. Havia uma hesitação em exercer o controle, em virtude da separação dos poderes, e a consolidação do seu uso se deveu a dois atores: Rui Barbosa, enquanto advogado e orador, e Pedro Lessa, enquanto ministro do STF. E a partir de 1934 o Brasil passou a sofrer um processo de concentração do controle, com a primeira forma de previsão da ADI (Ação direta de inconstitucionalidade), como se verificou acima. Mas, “o caminho para a concentração não significou um caminho para o modelo europeu”, afirmar isto seria permanecer preso aos binômios prévio-posterior e difuso-concentrado. (SILVA, 2017, p. 214-216)

Inclusive, a Constituição brasileira, promulgada no seio de um processo de transição para um estado democrático de direito, buscando assegurar a concretização dos direitos e garantias nela previstos, colocou-os sob o manto e proteção do Judiciário, e nesta seara inovou duas vezes: a primeira quando desenhou o Supremo Tribunal Federal com uma dupla função de corte final de apelação e corte constitucional; a segundo quando atribuiu ao Judiciário como um todo (no exercício do controle difuso e concreto) e ao STF em especial, o exercício amplíssimo do controle de constitucionalidade misto, quer dizer, a um só tempo difuso e concentrado, concreto e abstrato. Em decorrência os magistrados brasileiros, e especialmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no afã de proteger a nova Carta, acabaram por acumular a um só tempo os poderes do juiz norte-americano e

alemão, sem os freios que lhes são típicos: a doutrina do *stare decisis* e a jurisdição concentrada, respectivamente.<sup>10</sup>

Outrossim, para Virgílio Afonso da Silva, o modelo brasileiro não pode ser considerado como modelo de deliberação interna, devido a três fatores: (i) quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros; (ii) inexistência de unidade institucional e decisória; (iii) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal. O modelo brasileiro poderia ser considerado ultra forte, porque além de reunir as características norte-americanas, possui as cláusulas pétreas. (SILVA, 2017, p. 217-218)

Para o autor, “é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas”, isso porque a unidade institucional é essencial para o diálogo entre instituições e porque a vinculação de suas decisões depende, em certa medida, da aludida unidade<sup>11</sup>. Para fomentar essa mudança no âmbito da deliberação, segundo o autor, bastariam mudanças no regimento interno do tribunal, não sendo necessárias reformas constitucionais. (SILVA, 2017, p. 2119-220)

Sua segunda ideia diz respeito à conciliação de proposições extremas, como as de Dworkin e Waldron, para superar as ideias de todo o poder nas mãos dos juízes ou dos legisladores, o que implica na construção de diálogos entre poderes, factível e necessária, especialmente no controle por omissão no que diz respeito a direitos sociais e políticas públicas. (SILVA, 2017, p. 2119-220). E como bem destaca Vanice Valle (2013), a consolidação do Estado Democrático de Direito “envolve o investimento na faceta participativa das escolhas públicas”. Para além do *amicus curiae* e das audiências públicas, nessa seara se mostra importante o diálogo institucional, tangenciado pelo STF em algumas

---

<sup>10</sup> Conforme demonstrado nas linhas introdutórias, a teoria constitucional contemporânea usualmente faz referência a dois diferentes sistemas de controle de constitucionalidade: o norte-americano, que tem suas origens fíncadas no processo de independência e formação dos Estados Unidos e se caracteriza por ser um modelo difuso exercido sobre casos concreto; e o da Alemanha, desenvolvido sobretudo após a entrada em vigor da Constituição alemã em 1949, cujo controle é essencialmente abstrato e concentrado (BONAVIDES, 2005), embora existam situações excepcionais que tornam possível o controle concreto pelo via do recurso de amparo (HABERLE, 2003).

<sup>11</sup> No mesmo sentido, Conrado Hubner Mendes (2016): “As “onze ilhas” do STF continuam fortes como nunca. As decisões do Plenário, cada vez mais fragmentadas, parecem uma colcha de retalhos. E, na maior parte do tempo, o Supremo Tribunal Federal é um tribunal monocrático. Para mudar essa realidade, é preciso um choque de colegialidade”. E, ainda: “Para Conrado Hübner Mendes, se a Corte deseja contribuir para a democracia, o STF deve levar a sério dois problemas. Deve definir critérios mais transparentes, racionais e menos arbitrários para a definição da pauta do Tribunal. E precisa disciplinar o poder de obstrução dos ministros, que individualmente podem sequestrar o Plenário por meio de pedidos de vista e de decisões liminares. Segundo o entrevistado, não compete ao STF ser vanguarda iluminista. O Tribunal, como Corte Constitucional, deve enfrentar sensos comuns superficiais, lutar por preservar uma ambiciosa linguagem de direitos e desafiar os poderes eleitos a não subestimar os valores civilizatórios da Constituição.”

Verificar: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo, 2008, 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Curso de Pós-graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

ocasiões, como, por exemplo, pelo Ministro Gilmar Mendes na audiência pública da saúde e no Mandado de Segurança 24.781 acerca do direito ao contraditório na análise de aposentadorias pelo TCU. Não obstante, nestes casos, o próprio STF foi quem convidou certos atores para o diálogo, ou seja, a reação – social ou institucional – sempre foi incorporada ao processo decisório nos termos da corte e não dos atores.

Isto é, não existe última palavra na democracia. E a interpretação da Constituição não é realizada apenas pela Corte Constitucional.

Nessa toada, é necessário buscar os ensinamentos de Peter Häberle, no sentido de que deve haver a participação dos cidadãos na interpretação e na construção constitucional, sendo importante o aspecto cultural. Isto é, para o autor, o ato de interpretar leva em conta a cultura, pois a narrativa seria um ato de constituição de sentido da norma e não extração de significado desta. Assim, tendo em vista o constitucionalismo democrático e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que se propõe é uma teoria de interpretação aberta da Constituição. Nesta linha, tanto menor for a densidade das normas constitucionais, maior deverá ser o caráter amplo e participativo dos intérpretes para fins de se estabelecer os seus conteúdos. Devendo, para tanto, a legislação ser elástica e ocorrer a criação de instrumentos de participação. Peter Häberle, em entrevista concedida à Cesar Landa, ressalta que o primeiro passo rumo à efetividade dos direitos fundamentais é o seu ensino nas escolas, no sentido de uma “interpretação pedagógica da Constituição”. (VALADÉS, 2009, p. 13).<sup>12</sup> Nesse sentido, tendo em vista o constitucionalismo democrático e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que se propõe é uma teoria de interpretação aberta da Constituição, sendo que a cultura atinge a Constituição. A Constituição reflete a realidade e o fenômeno da mutação nada mais é do que a decorrência do desenvolvimento da norma no tempo, sendo que a Constituição acaba sendo um trabalho de todos - “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. (VALADÉS, 2009, p. 13)

---

<sup>12</sup> E sobre a ciência como cultura e participação dos cidadãos na interpretação e construção constitucional, afirma Peter Häberle na mesma entrevista:

“[...] Deve fazer compreender que, se bem que todos os cidadãos são ‘guardiões da Constituição’, justamente os tribunais constitucionais têm responsabilidade específica. Às vezes é necessário também julgar impopularmente, contra a opinião pública, que frequentemente na democracia de consenso é demasiado inconstante. A longo prazo um tribunal constitucional deve lograr a ‘aceitação’ de sua continuada jurisprudência, deve lograr ser compreensível para o cidadão e, acima de tudo, provar ser o *tribunal dos cidadãos*. Com isso traz uma contribuição (a sua) à forja da consciência constitucional e cumpre uma função da constituição. A globalização para além dos continentes já está garantida pela comunidade ibero-americana de cultura de direito. [...] **Isso também seria uma contribuição para deixar atrás um falso eurocentrismo e para cultivar uma herança multicultural da humanidade (incluindo a herança indígena)**. A ciência do direito, entendida como ciência da cultura, faz parte dessa totalidade.” – g. n. (VALADÉS, 2009, p. 15)

Portanto, ainda que se tratem de países diferentes, com sistemas jurídicos diversos, verifica-se que o sistema neozelandês poderia ser adotado, em parte, no Brasil. Isto é, poder-se-ia, seja por meio de Emenda Constitucional ou através de mudanças no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, adotar-se uma postura mais dialógica, privilegiando os diálogos entre os Poderes no sentido de impedir que a última palavra sobre a interpretação da Constituição seja atribuída apenas ao Judiciário. E ainda que não se adote a regra da supremacia do Parlamento, como na Nova Zelândia, em razão da diferença entre as culturas jurídicas de ambos os países aqui comparados, é importante que não se atribua tal interpretação a um só Poder, mas que se realize o diálogo institucional supracitado.

Desse modo, a criação de um instrumento brasileiro da mesma espécie do “mandado de interpretação” do sistema neozelandês, talvez possa ser útil, pois, ao mesmo tempo que reconhece a autoridade do Judiciário para interpretar a norma, transfere ao legislador o ônus de conformá-la à Constituição, para se assegurar de que uma norma não pode ser contrária à Constituição. Esse processo de “interpretação dialógica” pode ter ainda o condão de fazer com que o Poder Público se torne menos o “infrator” do texto legal, colaborando, inclusive, para uma maior efetividade da norma. Ainda mais no Brasil, onde o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário é extraforte, justamente porque o STF age como corte Constitucional e Corte recursal.<sup>13</sup>

#### **4 Considerações Finais**

No decorrer do trabalho, traçou-se um panorama geral do sistema dialógico presente na Nova Zelândia. No caso do sistema neozelandês, ressalta-se que não existe Constituição escrita na Nova Zelândia, mas foi necessária a criação do *New Zealand Bill of Rights Act* – NZBORA, com a garantia de alguns dos direitos básicos. E, ainda, tal Carta se robusteceu com a criação, em 2001, de um Tribunal de direitos humanos, a quem se atribuiu a prerrogativa de se declarar uma norma comum contrária aos direitos estabelecidos na Carta e no “Human Rights act” de 1993.

Contudo, a cultura jurídica neozelandesa prima pelo princípio da supremacia do Parlamento e, para garantir que este princípio seria obedecido no contexto da criação de tais documentos, inseriu-se em alguns itens que garantem a possibilidade de reedição de normas

---

<sup>13</sup> No Brasil, uma tentativa de conter a “última palavra do STF” ocorreu com a PEC 33, que não foi aprovada e foi interpretada pelo Judiciário como uma forma de controle do Executivo e do Legislativo sobre o Judiciário. A proposta pretendia limitar os poderes do STF, submetendo algumas decisões da Corte ao Congresso Nacional, e, ainda, condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo.



por parte do Parlamento, mesmo que a interpretação da Corte seja contrária ao entendimento deste, conforme se verificou com a análise da Seção 4, por exemplo.

Ou seja, os direitos são protegidos de duas maneiras. Primeiro, a revisão é fomentada através da requisição ao Procurador Geral para investigar todos os projetos de lei introduzidos na “House of Representatives” e para atrair a atenção desta qualquer incompatibilidade aparente com os direitos. Segundo, a proteção judicial é concedida através do requerimento às cortes para interpretar estatutos, de acordo com a seção 6. Nesse sentido, a NZBORA cria uma carta de direitos interpretativa em vez de uma exaustiva, como afirma Gardbaum. (2010, p. 25-26). Em suma, na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação das leis, mas pela interpretação que dão a elas, em consonância com os direitos, sempre que possível. (GARDBAUM, 2013, p. 52-63)

Assim, apesar das diferenças entre os sistemas que aqui se comparam, toma-se o modelo neozelandês como um importante exemplo para que se tenha maior diálogo também no Brasil – que possui um forte controle de constitucionalidade. Ou seja, poder-se-ia privilegiar os diálogos entre os Poderes no sentido de impedir que a última palavra sobre a interpretação da Constituição seja atribuída apenas ao Judiciário. E ainda que no Brasil não se adote a regra da supremacia do Parlamento, como na Nova Zelândia, em razão da diferença entre as culturas jurídicas de ambos os países aqui comparados, é importante que não se atribua tal interpretação a um só Poder, mas que se realize o diálogo institucional supracitado.

Portanto, conclui-se que o sistema neozelandês de diálogos pode servir de inspiração ao sistema brasileiro, no qual apenas o Judiciário tem proferido a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição, mormente na tomada de decisões relevantes e que dizem respeito às questões políticas. Isso porque, ter a “última palavra” é custoso, já que lança para um único órgão a defesa institucional final de todo um processo democrático, ou seja, de todo um diálogo que quer se manter aberto, tendo em vista que a democracia e o constitucionalismo são paradoxos necessários e que se aperfeiçoam constantemente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18/07/2017.

BRASIL. **Lei 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113300.htm)>. Acesso em: 17/07/2017.

BRASIL. **Lei 13.063, de 27 de outubro de 2009.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/112063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112063.htm)>. Acesso em: 18/07/2017.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 16/07/2017.

BRASIL. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em 18/07/2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: 16 ed. Malheiros, 2005.

BUTLER, Petra. 15 years of the NZ Bill of Rights: time to celebrate, time to reflect, time to work harder? **Human Rights Research HRR1**, Nova Zelândia, 2006.

CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. **STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem.** Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 2012, Dissertação de Mestrado.

GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of 55 Constitutionalism: Theory and Practice. **Journal of Scholarly Perspectives**, vol. 9, p. 52-63, 2013.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. In: **Direito Público**, v. 1, n. 2, 2003. p. 83-137. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/498/495>. Acesso 18 de out. 2015.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** First Harvard University Press, 2007.

JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil.** Coimbra: Universidade de Coimbra, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, 2016, Dissertação de Mestrado.

KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, Dez. 2015. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21/07/2017.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do Amicus Curiae no direito brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 21, p. 27-49, maio/jun. 2008.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak form of judicial review: apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 24, p. 39-50, jul./dez. 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo, 2008, 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Curso de Pós-graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

\_\_\_\_\_. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Entrevista. Por Israel Nonato. 8.06.16. Conrado Hübner Mendes: O STF é refém do capricho dos seus ministros. Por Israel Nonato. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 250, p. 197-227, 2009.

VALADÉS, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, Vaníce Regina Lírio Do. **Backlash à decisão do supremo tribunal federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/5159210/backlash\\_%c3%a0\\_decis%c3%a3o\\_do\\_supremo\\_tribunal\\_federal\\_pela\\_naturaliza%c3%a7%c3%a3o\\_do\\_dissenso\\_como\\_possibilidade\\_democr%c3%a1tica](https://www.academia.edu/5159210/backlash_%c3%a0_decis%c3%a3o_do_supremo_tribunal_federal_pela_naturaliza%c3%a7%c3%a3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%c3%a1tica)>. Acesso em: 23 jul. 2017.