

DOCTRINA

REVOLUÇÃO NA INGLATERRA? DIREITOS HUMANOS, CORTE CONSTITUCIONAL E DECLARAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DAS LEIS. NOVEL ESPÉCIE DE JUDICIAL REVIEW?

André Rodrigues Cyrino*

*"To search for constitutional law in a society which has thus far rejected the concept of subjecting its government to a constituent legal principles is to embark upon a generally fascinating, often frustrating, but ultimately always fallacious journey"*¹

1 – Introdução

A Inglaterra não possui uma constituição escrita e sistematizada. Nada obstante, trata-se de uma das mais consolidadas democracias liberais do mundo, podendo mesmo ser identificada como um Estado Constitucional², o que demonstra que o modelo de constitucionalismo escrito, amplamente difundido no século XX, não é o único meio para que se alcancem, democraticamente, a liberdade e outros direitos fundamentais. A estranheza é inevitável. Como pensar que uma nação possa viver em paz democrática e com garantia das liberdades sem um texto no qual se estabeleçam a organização do Estado e os direitos fundamentais?

Foi tal questionamento que motivou este trabalho, sendo, no mínimo, curioso referir-se à experiência constitucional de um país que não tem, a rigor – ao menos nos moldes a que estamos acostumados –, uma constituição, mas um conjunto de convenções, instituições e estatutos legais seculares que formaram a organização de um Estado.

Apresentar-se-á neste estudo, em linhas gerais, a realidade constitucional da Inglaterra, esclarecendo o que se entende por Constituição inglesa, sua construção histórica e suas principais características.

Após tal exposição, analisar-se-á o profundo impacto de algumas das mudanças por que vem passando o Direito Constitucional deste país a partir do final da década de 1990, destacando-se duas modificações importantes: (i) a promulgação do *Human Rights Act*³, de 1998, que, estatui a possibilidade de que as leis

* Mestrando em direito público pela UERJ, Advogado e Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: andre.cyrino@gmail.com

¹ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Butterworths, 1996, p. 639.

² Segundo Karl Loewenstein, a Inglaterra, ao lado da Nova Zelândia, são os únicos países que são dignos de se denominarem Estados Constitucionais, mesmo prescindindo de uma constituição escrita. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1965, p. 159.

³ O *Human Rights Act* incorpora ao direito inglês a Convenção Européia de Direitos Humanos, a qual consagra direitos liberais clássicos, como o direito à vida (art. 2), o direito de não ser torturado ou de sofrer tratamento degradante (art. 3), o direito de não ser mantido em regime de servidão ou escravidão (art. 4), o direito à liberdade (art. 5), o direito a um julgamento justo (art. 6), proteção contra a retroatividade da lei penal (art. 7), privacidade (art. 8), liberdades de consciência e religião (art. 9), expressão (art. 10), direito de associação (art. 11), e o direito de constituir família.

que o contrariem, sejam declaradas incompatíveis com os direitos humanos, o que agride, de certo modo, o princípio estrutural do Direito inglês, qual seja: a soberania do Parlamento; e (ii) a recente criação, por lei de 2005, de uma corte constitucional, a ser instalada em 2008, ao que se ligou o esvaziamento do poder da Câmara dos Lordes, que deixou de ser o órgão máximo do Poder Judiciário da Inglaterra.

2 – A Constituição inglesa: convenções e leis constitucionais

Não sem boa dose de suspeição, René David⁴ enuncia que foi Montesquieu quem ensinou aos ingleses que eles tinham uma Constituição. Realmente, como não há uma Lei Maior escrita e sistematizada na Inglaterra, é necessário que se parta de alguma concepção externa a esse país para que se verifique qual a sua Constituição.

Diz-se, destarte, que a Constituição inglesa é consubstanciada pelo conjunto de práticas, instituições e remédios processuais, os quais determinam a estruturação política do Estado, com o adequado controle e distribuição do poder, consagrando ainda as garantias fundamentais dos cidadãos.

De certo modo, a análise de uma Constituição vigente na Inglaterra parte de um conceito material de texto constitucional, o qual se extrai, em primeiro lugar da *Lex Legum* estadunidense de 1787, seguida da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu em seu art. 16 que o conceito de constituição é indissociável da idéia de separação de poderes e da consagração dos direitos humanos. A constituição é, assim, do ponto de vista material, um conjunto de normas que determina a estrutura geral de um Estado, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo⁵. É justamente esse agrupamento de normas e institutos políticos que é visto na Inglaterra como a sua própria Constituição.

A Constituição inglesa é construída historicamente por duas espécies normativas: (i) as denominadas *convenções*; e (ii) as chamadas *leis constitucionais*, isto é, estatutos de conteúdo identificável como constitucional.

As *convenções constitucionais* são regras não escritas de organização do Estado, as quais se desenvolvem na prática, e cuja existência é determinada por *precedentes* de órgãos políticos. Como emanados da prática governamental, estes precedentes não possuem a mesma autoridade de um precedente judicial. Há precedentes que simplesmente não se tornam regra. É possível também que convenções baseadas em precedentes caiam em desuso. Para que se consolide uma convenção, deve-se reconhecer que o precedente é passível de criar nova regra, o que só será verificado empiricamente, no evoluir do Estado. Há, assim, no que diz respeito às convenções, “o que se faz e o que não se faz”⁶. Desse modo, um precedente não prova, em definitivo, coisa alguma⁷.

Diante desse quadro, a pergunta é inevitável: como então são formadas as convenções constitucionais, ou, em outras palavras, quando um precedente é relevante o suficiente para que se torne regra? Não há resposta conclusiva. O que existe é o reconhecimento de que as convenções não se bastam por si próprias,

⁴ DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 73.

⁵ V. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7ª ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm), Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 1-2.

⁶ DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 75.

⁷ JENNINGS, Ivor. *Governo de gabinete*, Brasília, 1979, pp. 5-6.

sendo, portanto, criadas por *existirem boas razões* para isso⁸. Neste sentido, vejam-se as palavras do Sir Ivor Jennings, as quais deixam bem claro o quão forte é o conteúdo histórico das convenções e a dificuldade de que se estabeleça, *a priori*, um critério claro de discriminação acerca de que práticas de autoridade são passíveis de se tornarem regras:

“os precedentes criam convenções porque há razões de natureza geral que os relacionam com as condições políticas existentes e porque são geralmente reconhecidos como adaptações sensatas de regras convencionais existentes para atender a condições políticas mudadas ou em mudança”⁹.

As convenções – e isso causa ainda maior espanto – estão fora do que se entende por Direito na Inglaterra, berço do sistema de *common law*, apesar de serem pelo Direito reconhecidas¹⁰. Para os ingleses, as convenções não são Direito. É que o *common law* tem origem marcadamente processual. O direito consiste essencialmente de normas processuais e de ações na Justiça¹¹, e não de normas de organização do Estado e divisão de competências. Sem embargo, apesar de não serem propriamente Direito (*Law*), as convenções são efetivamente obedecidas até que caiam em desuso, surja um novo precedente capaz de alterá-las, ou até que o Parlamento resolva dispor sobre o assunto em lei. Nem o Primeiro Ministro, nem o Gabinete, nem a Rainha foram criados e tiveram, em sua origem, competências fixadas por lei. São fruto de convenções, as quais são historicamente observadas¹².

É convenção constitucional, por exemplo, o não uso do direito de veto pelo Monarca no processo legislativo. Desde a Rainha Ana, em 1707, nenhum rei vetou um projeto de lei (*bill*) do Parlamento¹³, o que significa dizer que a Rainha da Inglaterra, no século XXI, observará – e assim efetivamente faz – tal prática. Não existe preocupação de que a Rainha venha a exercer o seu direito de veto, eis que ela simplesmente não o fará.

De fato, o cumprimento das regras convencionais é dotado de previsibilidade e segurança jurídica invejáveis por qualquer país de constituição escrita. A apa-

⁸ JENNINGS, Ivor. *Governo de gabinete*, Brasília, 1979, p. 7.

⁹ JENNINGS, Ivor. *Op. e loc. cit.*

¹⁰ JENNINGS, Ivor. *Op. cit.*, p. 2.

¹¹ DAVID, René. *O direito inglês*, cit., p. 74. De fato, a *common law* não se desenvolve com a finalidade de se alcançar a justiça, mas como forma de solucionar conflitos. É dizer: o direito adjetivo surge antes do substantivo. Posteriormente, do conteúdo das decisões extraídas das soluções de conflitos, é que se formarão os precedentes judiciais que consagrarão o direito material. Para aprofundamento, v. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneos* (trad. Hermínio A. Carvalho), São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 290.

¹² JENNINGS, Ivor. *Governo de gabinete*, Brasília, 1979, p. 2. Segundo o autor: “estas pessoas [Rainha, Primeiro Ministro etc.] não têm obrigação legal de obedecer, mas obedecem. Existe todo um complexo de regras fora do direito (*the law*) que não é incompatível com ele, mas em lugar algum é por ele reconhecido, e que pode ser determinado quase que com a mesma precisão que as regras de direito. Tais regras foram estabelecidas por muitas autoridades; são discutidas no Parlamento; são citadas sempre que surge uma disputa”. Mais adiante, esclarece, ainda, o autor que “os que tomam decisões criam precedentes que outros tendem a seguir, e quando foram seguidos durante bastante tempo adquirem a autoridade e a respeitabilidade que lhes dá a sua idade. Então não apenas são seguidos, mas têm que ser seguidos” (*op. e loc. cit.*).

¹³ JENNINGS, Ivor. *Governo de gabinete*, Brasília, 1979, p. 6.

rente insegurança do modelo é vencida diante da história de bom funcionamento do Estado.

Ao lado das convenções, compõem a Constituição inglesa as chamadas *leis constitucionais*, as quais são, a cada dia, mais presentes no ordenamento jurídico deste país. São elas estatutos normativos emanados do Parlamento, cujo conteúdo é reconhecido como sendo constitucional, apesar da forma e estatura de lei. Basicamente, trata-se de leis que consagram direitos e garantias fundamentais.

A Inglaterra tem importantíssimas leis formais de conteúdo constitucional¹⁴, sendo a primeira delas a *Magna Carta*, de 1215¹⁵, imposta pelos barões ao Rei João Sem Terra, o qual, além de hostilizado pela Santa Sé, estava enfraquecido política e financeiramente após a derrota na guerra no Continente. Diante de suas circunstâncias, teve o rei de se resignar a firmar documento escrito no qual se comprometia a respeitar os privilégios dos três estados do reino. A Carta de 1215 consagrou direitos fundamentais os quais foram repetidos nas Constituições escritas a partir da Constituição dos EUA. Consagraram-se, por exemplo, a liberdade da Igreja, a moderação da tributação dos mercadores, com a necessidade de aprovação legislativa para a imposição de tributos, o direito de não ser condenado antes de julgamento pelos seus pares, etc.

Antes do século XX, os direitos fundamentais foram ainda consagrados na Inglaterra em outros documentos escritos, destacando-se: (i) o *Petition of Right* de 1628, submetido ao monarca também enfraquecido pelo insucesso bélico, ampliando-se a subordinação do rei ao que fosse fixado em lei; e (ii) o *Bill of Rights* de 1689, consagração jurídica dos ideais da Revolução Gloriosa de 1688, a qual fixou, definitivamente, a idéia básica de sujeição da realeza às casas legislativas, núcleo do princípio da soberania do Parlamento. O estatuto de 1689 previu direitos como o de petição (*right of petition*), o princípio do juiz natural, e a inviolabilidade parlamentar. Fixou-se, também neste *Bill*, a submissão do monarca ao direito do costume sancionado pelos tribunais, o qual deve ser aplicável a qualquer pessoa da Grã-Bretanha.

Muitos outros atos legislativos de substância constitucional foram editados, alguns dos quais substituíram as convenções vigentes, ou as ratificaram, o que podia ser feito simplesmente partindo do pressuposto de que elas existiam¹⁶. Esse

¹⁴ Para um relato histórico das leis constitucionais inglesas, v. CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 68 e seguintes.

¹⁵ A *Magna Carta* foi escrita em latim, em razão do que seu conteúdo era pouco conhecido, demonstrando-se, ainda mais, que se tratou de documento dirigido apenas aos nobres. Somente no século XVI foi a mesma traduzida para o inglês, cfr. informa CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 68.

¹⁶ O cargo de Primeiro Ministro, por exemplo, é fruto de uma convenção e existe desde o século XVIII. Todavia, a primeira referência feita em lei a tal cargo deu-se apenas em 1937, em estatuto que fixava os salários do ministério. A lei de 1937 simplesmente partiu do pressuposto de que existia a figura do Primeiro Ministro.

O surgimento da função do Primeiro Ministro bem ilustra a importância histórica de um precedente. Com a morte da Rainha Ana em 1714, o trono foi sucedido pelo alemão Jorge I, que falava muito mal o inglês. Rendendo-se a sua ignorância, deixou o monarca de presidir as reuniões do Gabinete. Como era preciso que alguém conduzisse os trabalhos e que servisse de intermediário entre o monarca e os conselheiros privados, os conselheiros atribuíram a um dentre eles, Walpole, a referida função. Como era muito astuto politicamente, em pouco tempo, Walpole passou a ser o homem entre o Rei e o Parlamento, apresentando-se, também, como o homem de confiança do partido para orientar seus pares no Gabinete e para repassar à Coroa os ansiosos parlamentares. Surgia, assim, além do Primeiro Ministro (expressão que só passou a ser usada no século XIX), o Governo de Gabinete, com a necessária relação de confiança entre este e o Parlamento. V. CAETANO, Marcello, *Direito constitucional*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 87.

processo de transformação do direito constitucional inglês em direito escrito intensificou-se no final da década de 1990, o que será mais aprofundado adiante.

O que se quer destacar, por enquanto, é que a Constituição inglesa pode ser modificada através da simples edição de lei do parlamento, a qual não obedece a qualquer rito diferenciado, não se subordinando também a limites materiais ou circunstanciais. Diz-se, assim, que a Constituição inglesa é *flexível*, eis que seu processo de modificação é idêntico ao procedimento legislativo ordinário¹⁷.

A flexibilidade constitucional é, em verdade, corolário do princípio tão caro aos ingleses da *supremacia do parlamento*, fruto da concepção de democracia lá desenvolvida. O Parlamento, neste sentido, não pode se submeter a texto hierarquicamente superior elaborado por gerações passadas reunidas em assembleia. Diferentemente do que ocorrera nos Estados Unidos quando de sua independência e constitucionalização, a Revolução Gloriosa não visou a consagrar princípios hierarquicamente superiores, os quais estariam protegidos das maiorias momentâneas de um despótico Poder Legislativo¹⁸. Muito ao contrário, o espírito que instigou a revolução na Inglaterra foi justamente o de reforçar a importância do Parlamento, diante de contexto em que a motivação era o esvaziamento do poder real. O Parlamento – leia-se, a Câmara dos Lordes e posteriormente a Câmara dos Comuns¹⁹ – passava a ser o *senhor da Inglaterra*, não podendo, assim, ter quaisquer limitações no exercício de seus poderes.

A Constituição inglesa, desse modo, não tem nenhuma superioridade hierárquica em relação aos atos normativos ordinários, eis que, em princípio, pode ser alterada por simples maioria. A supremacia absolutista real é substituída pela soberania das casas do parlamento, a qual é preferida à supremacia de um texto constitucional. Em uma palavra: a idéia de que *the king can do no wrong* cambia-se em *the Parliament can do no wrong*²⁰.

Observa-se, desse modo, que o traço distintivo entre as leis constitucionais e as não constitucionais é simplesmente marcado pelo conteúdo. Por isso, não se fala em controle da constitucionalidade das leis na Inglaterra²¹. As leis compõem a própria Constituição. O Parlamento é o senhor da Constituição.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 76. CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, 2002, p. 215. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163.

¹⁸ Na experiência americana, o Parlamento inglês era o maior símbolo da opressão da metrópole na colônia, daí a desconfiança estadunidense em relação ao Poder Legislativo, e a conseqüente não adoção do princípio da soberania do Parlamento no Novo Mundo. Essa é uma das razões pelas quais, segundo Sérvulo Correia, nos Estados Unidos da América, paradoxalmente, constituiu-se uma República a “manter a favor de um presidente a imagem de um rei do século XVIII, titular ainda de prerrogativa”, que o nivelava ao Legislativo (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 27-28).

¹⁹ O Parlamento inglês é formado por três órgãos: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. A história constitucional deste país é marcada justamente pela tensão e conflitos entre os três, num paulatino processo de democratização, no qual o poder real é cada vez mais esvaziado, passando, num primeiro estágio para a Câmara dos Lordes, e num segundo momento, finalmente, após a universalização do sufrágio, para a Câmara dos Comuns, a qual governa efetivamente a Inglaterra através do sistema de Gabinete. V. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 72-73. V. tb RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las formas de gobierno”. Las Constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 106 et seq..

²⁰ Cfr. *City of London v. Wood*, de 1701, citado por LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Butterworths, 1996, p. 39-40.

²¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p. 58. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2ª

3 – O princípio da soberania do Parlamento

A principal instituição do Estado inglês é, como já resta claro, o seu Parlamento, sendo certo que o princípio da soberania de tal órgão permeia todo o Direito Constitucional da Inglaterra. O governo parlamentar é a espinha dorsal de sua organização política²². Tal idéia desenvolveu-se ao longo dos séculos, com a paulatina imposição ao rei, pelas casas legislativas, de estatutos que cada vez mais limitavam a sua potestade (e.g., os já citados, *Magna Carta*, *Petition of Rights* e *Bill of Rights*), num jogo de poder que teve seu *turning point*, sua grande virada, na Revolução Gloriosa, quando, definitivamente o rei teve de se render ao jugo das casas legislativas²³. É dizer: o conteúdo do princípio da soberania do Parlamento é um produto direto da secular disputa por poder na Inglaterra entre o Rei, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes.

A doutrina da soberania do Parlamento foi amplamente desenvolvida – e talvez levada ao extremo – pelo Professor da Universidade de Oxford A. V. Dicey²⁴, no final do século XIX, o qual influenciou enormemente o direito constitucional britânico. Nas palavras do constitucionalista inglês, em lição presente desde a primeira edição de sua obra de 1885:

*“O princípio da soberania parlamentar significa, nada mais nada menos, a idéia de que o Parlamento tem o direito de fazer ou desfazer qualquer tipo de lei, e, além disso, que nenhuma pessoa ou órgão inglês tem o direito de tornar sem efeito ou afastar a legislação do Parlamento.”*²⁵

A teoria da soberania parlamentar de Dicey, como se observa, pode ser analisada de duas perspectivas: uma positiva e outra negativa. Do ponto de vista positivo, significa dizer que o Parlamento pode editar leis com qualquer conteúdo (“*Parliament has ‘the right to make or unmake any law whatever’*”). Qualquer ato aprovado pela maioria da Câmara dos Comuns, aprovado pela casa dos Lordes e sancionado pela Rainha será lei e valerá independentemente da matéria sobre a qual disponha. Não há limites para o conteúdo da lei²⁶.

Em segundo lugar, de uma perspectiva negativa, a soberania do Parlamento significa que ninguém, em todo reino, pode contrariar a legalidade emanada do órgão legislativo (“*no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*”). Não é possível, assim, em sentido algum, declarar-se a invalidade de um ato do parlamento. Não há norma hierarquicamente acima ao direito promulgado pelo Parlamento, quer a lei natural, quer a lei divina. Não existem leis inconstitucionais²⁷.

ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

²² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 78-79.

²³ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Batterworths, 1996, p. 30 et seq.

²⁴ DICEY, A. V.. *An introduction to the study of the law of the constitution*, 8ª ed., 1914, integralmente disponível na internet, no sítio www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm, acesso em 10.08.2006.

²⁵ DICEY, A. V.. *Op. e loc. cit.*. Tradução livre. No original: “*The principle, therefore, of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that ‘Parliament’ has ‘the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament’*”.

²⁶ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Batterworths, 1996, p. 30.

²⁷ LOVELAND, Ian. *Op. e loc. cit.*. É interessante notar que, em princípio, sequer a incompatibilidade da lei com o processo legislativo poderá ser reconhecida pelos tribunais (*enrolled Bill rule*). Isto é: não

A pergunta lógica que surge diante de uma concepção tão forte de soberania parlamentar é a seguinte: se o Parlamento é tão poderoso, não poderia ele estabelecer, para si próprio, inclusive para as futuras legislaturas, limites substantivos ou formais? Não poderia o Parlamento determinar que em certos assuntos (e.g., ligados a direitos fundamentais), tratados por uma lei de hoje, apenas possam vir a ser alterados por um *quorum* qualificado?

Duas correntes procuraram responder à questão: a doutrina da continuidade (*the continuing theory*) e as doutrinas da auto-contenção legislativa (*self-embracing theories*)²⁸.

Pela primeira corrente de pensamento, a qual reforçou a teoria da Soberania Parlamentar, tem-se a influente obra de Sir William Wade, que, em 1955²⁹, inspirado nas lições de Dicey, ressaltou que a única baliza da soberania parlamentar é a proibição de que o Parlamento venha a estabelecer limites para si próprio. Ou seja: a soberania do Parlamento é irrenunciável. Ainda de acordo com Wade, a única coisa que poderia retirar tal poder do Parlamento seria uma revolução. Sim, porque se o princípio em questão foi cunhado dentro do espírito da Revolução Gloriosa, apenas uma nova revolução seria legitimamente capaz de modificar seu conteúdo. Não há necessidade de que haja uma guerra civil, mas é preciso, de acordo com Wade, que haja uma quebra na continuidade constitucional, com uma redefinição profunda da concepção de democracia representativa: um novo significado da outorga de poderes dos cidadãos aos seus representantes eleitos responsáveis pela elaboração de leis³⁰.

Por outro lado, as teorias da auto-contenção do legislador (*self-embracing*) admitem que o Parlamento estabeleça que certos assuntos tratados pela legislação de hoje não possam ser modificados, por simples maioria, pelo legislador de amanhã. Isto é: a idéia de soberania só é verdadeira caso se reconheça que o Parlamento possa limitar-se. É importante sublinhar que tal artifício de auto-contenção legislativa não significa necessariamente a produção de uma Constituição rígida, mas apenas um *status* de preferência relativa (*relative rather*) de algumas legislações, as quais apenas poderão ser modificadas através de processo legislativo específico e mais rigoroso (*entrenched legislation*)³¹.

Um dos maiores defensores da *self-embracing theory* foi Sir Ivor Jennings³², que apresentava o seguinte raciocínio lógico: se a idéia de que a lei do parlamento prevalece sobre o direito dos tribunais é uma disposição da *common law* (*rule of recognition*), logo o Parlamento pode editar lei através da qual modifique tal regra

há inconstitucionalidade formal. Apenas o Parlamento poderá afastar uma lei aprovada equivocadamente, sendo certo que para os tribunais a mesma é válida (LOVELAND, Ian. *Op. cit.*, p. 41).

²⁸ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Batterworths, 1996, p. 46.

²⁹ WADE, W.. *The basis of legal sovereignty*, 1955, conforme citado por LOVELAND, Ian. *Op. cit.*, p. 55.

³⁰ WADE, W.. *The basis of legal sovereignty*, 1955, conforme citado por LOVELAND, Ian. *Op. cit.*, p. 55. Loveland registra que Wade aparentemente temperou seu posicionamento na década de 1980, quando passou a sugerir que a única maneira pela qual se mitigaria licitamente o princípio da soberania parlamentar seria através da introdução de legislação que modificasse os princípios a que deveriam jurar lealdade os juízes (“*to change the judiciary’s oath of loyalty*”), os quais passariam a estar vinculados a estatutos que fixassem certos direitos fundamentais ou liberdades. Tais direitos, neste raciocínio, apenas poderiam ser modificados por um procedimento legislativo especial, que exigisse mais que a uma simples maioria parlamentar (*idem, ibidem*).

³¹ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Batterworths, 1996, p. 47.

³² JENNINGS, Ivor. *The law and the constitution*, citado por LOVELAND, Ian. *Op. cit.*, pp. 47-48.

e obrigue os tribunais a reconhecerem que certos atos normativos são protegidos das maiorias parlamentares.

O fato é que as teorias que vislumbram a possibilidade de auto-limitação legislativa despertaram muito mais interesse acadêmico que político, prevalecendo amplamente a idéia de que nem mesmo o Parlamento poderia limitar-se a si próprio³³. Assim, um juiz não poderá deixar de aplicar uma lei incompatível com determinado rito especial estabelecido em lei anterior, que pretendesse preservar determinados conteúdos das maiorias momentâneas. As maiorias parlamentares fazem sua própria Constituição.

4 – Revolução? *Human Rights Act*, Corte Constitucional e um Poder Judiciário independente. Substrato para o surgimento de um *judicial review* na Inglaterra?

Do ponto de vista político, pode-se dizer que, por razões ligadas ao Direito Internacional, notadamente o Direito Comunitário, o Parlamento dos dias atuais perdeu poderes. A participação na OTAN, e o ingresso do Reino Unido na Comunidade Européia, trouxeram novos atores para o cenário político britânico, que, de certa forma, esvaziaram politicamente o Parlamento e suas instituições.

A questão que se coloca é saber se tal enfraquecimento tem algum reflexo jurídico, notadamente no princípio da soberania do Parlamento. As mudanças que se levaram a cabo por inspiração externa foram consideráveis e profundas, as quais trazem muitas dúvidas, algumas delas ligadas ao *judicial review*, diante da redefinição do papel de um novo e revigorado Poder Judiciário³⁴, notadamente quando se está diante de uma Inglaterra em que se promulgaram estatutos voltados para a proteção de direitos humanos, como o *Human Rights Act*.

O fato é que por veemente pressão externa – o que foi adotado na agenda do Partido Trabalhista de Tony Blair, que está no comando do Estado inglês desde a década de 1990 – reformou-se radicalmente o sistema constitucional do Reino Unido, intensificando-se sobremaneira a produção legislativa britânica com a edição, desde 1998 até a data de hoje, de 18 leis constitucionais³⁵, das quais se destacam duas: (i) o já citado *Human Rights Act* de 1998, o qual teve por objeto incorporar ao Reino Unido os direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos, e (ii) o *Constitutional Reform Act*, de 2005, que reestruturou radicalmente o Poder Judiciário britânico, criando, dentre outras coisas, uma Corte Constitucional, separada do Parlamento, com o conseqüente esvaziamento das funções jurisdicionais da Câmara dos Lordes, e praticamente acabando com as clássicas funções do Lorde Chanceler. Na seqüência, serão analisadas, brevemente, cada um desses estatutos, apontando-se os principais impactos pelos mesmos produzidos na Constituição da Inglaterra, a qual ganha novas perspectivas.

³³ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Butterworths, 1996, p. 46.

³⁴ FITZGERALD, Peter. *Constitutional Crisis over the proposed supreme court for the United Kingdom*, 2004, p. 233, disponível no site www.law.stetson.edu/fitz/fitzstuff/UK%20Supreme%20Court.pdf, acesso em 13.08.2006.

³⁵ V. o site do *Department of Constitutional Affairs*: www.dca.gov.uk. Até 10.08.2006, foram as seguintes as 18 leis de reforma do direito constitucional inglês: *Compensation Act 2006*, *Electoral Administration Act 2006*, *Criminal Defence Service Act 2006*, *Inquiries Act 2005*, *Constitutional Reform Act 2005*, *Mental Capacity Act 2005*, *Gender Recognition Act 2004*, *European Parliamentary and Local Elections (Pilots) Act 2004*, *Courts Act 2003*, *European Parliament (Representation) Act 2003*, *Elections Acts*, *Commonhold - commencement of Part 1 of the Commonhold and Leasehold Reform Act 2002*, *The Commonhold And Leasehold Reform Act 2002*, *Land Registration Act 2002*, *Freedom of Information 2000*, *Access to Justice Act 1999*, *Data Protection Act 1998*, *Human Rights Act 1998*.

(a) O *Human Rights Act* de 1998 e as declarações de incompatibilidade

A edição do *Human Rights Act* (HRA), de 1998, trouxe sérias questões para o direito constitucional inglês, ampliando significativamente os efeitos do ingresso do Reino Unido, em 1972, na Comunidade Européia. A promulgação do estatuto deu-se por direta influência externa, a fim de que a tutela dos direitos humanos fosse, de maneira uniforme, expressa e claramente garantida em toda a comunidade européia. Apesar disso, é de se reconhecer que, em sua substância, o estatuto é verdadeira codificação de princípios já existentes de *common law*³⁶. Entretanto, o HRA de 1998 é bastante citado pelos tribunais ingleses³⁷, tratando-se, de fato, de uma nova forma de interpretar o direito doméstico, o que demonstra que tem ele importância na efetivação e na universalização da tutela dos direitos humanos.

Mas o que tem de especial tal estatuto, além do seu conteúdo evidentemente constitucional e efeito sistematizador de princípios já presentes no Direito inglês?

O HRA não altera a soberania do Parlamento³⁸. Todavia, tal lei de 1998 confere às cortes inglesas autoridade para que as mesmas possam aferir a juridicidade da legislação eventualmente em conflito com os direitos fundamentais consagrados pelo estatuto³⁹. Eis uma grande mudança.

Com efeito, estabelece o diploma de direitos humanos a possibilidade de as altas cortes britânicas⁴⁰ declararem, em casos concretos, que a legislação doméstica é incompatível (*declaration of incompatibility*⁴¹) com os direitos fundamentais dis-

³⁶ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 246.

³⁷ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 246.

³⁸ *V. Thoburn v. Sunderland City Council*, j. pela *High Court of Justice in England and Wales*, em 18.02.2002. Disponível no site www.new-frontiers.org/classicdocs/metricmartyrjudgement.pdf, acesso em 15.08.2006, no qual se consignou que: “there is nothing in the European Communities Act 1972 which allows the European Court of Justice, or any other institutions of the EU to touch or qualify the conditions of Parliament’s legislative supremacy in the UK. This is the traditional doctrine of sovereignty”. V. tb. EWING, K. D. *The Human Rights Act and Parliamentary democracy*, in *Modern Law Review*, vol. 62, 1999, p. 99.

³⁹ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 246, in verbis: “[HRA] provides the courts with new authority not only to interpret legislation, but to rule on its legality”.

⁴⁰ Especificamente, nos termos do estatuto: “(a) the House of Lords; (b) the Judicial Committee of the Privy Council; (c) the Courts-Martial Appeal Court; (d) in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as a trial court or the Court of Session; (e) in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal.” (§ 2, 5, HRA). Inclua-se neste rol a Corte Constitucional a qual foi criada pelo *Constitutional Reform Act* de 2005, que sucede a Câmara dos Lordes em suas funções jurisdicionais.

⁴¹ “§ 4. - (1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) **If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.**

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(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.**”

postos no estatuto de 1998. Isto é: as leis posteriores ao HRA estão sujeitas a uma análise de compatibilidade com os direitos humanos expressamente consagrados pelo Parlamento inglês em 1998. No entanto, a “declaração de incompatibilidade” a que se refere a lei não acarretará, é verdade, a nulidade da norma antagônica e nem vinculará as partes envolvidas no processo (§ 4, 6, HRA⁴²). Assim, não se pode dizer que o HRA, a despeito do seu caráter reconhecidamente de *lei constitucional*⁴³, seja hierarquicamente superior a outras leis do Parlamento.

Em verdade, o que se fez com o HRA foi fixar-se um compromisso entre: *de um lado*, a necessidade de que se atribuisse aos direitos humanos algum significado maior que um mero reconhecimento de sua superioridade axiológica, e, *de outro lado*, o princípio da soberania do Parlamento⁴⁴. As leis declaradas incompatíveis poderão ou não ser mantidas pelo Parlamento, detentor da decisão sobre a vigência de seus próprios atos. Porém, estará ciente de que seu ato é contrário aos direitos humanos, o que gera, no mínimo, algum constrangimento político interno e externo.

O Parlamento continua sendo o senhor da Constituição. Nada obstante, reconhece-se, diante da novel legislação, que há novas possibilidades. É assim que K. D. Ewing afirma que o HRA “representa uma transferência, sem precedentes, de poderes políticos do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, bem como uma reestruturação fundamental da Constituição britânica”⁴⁵. O resultado inevitável é o aumento das tensões entre Executivo e Judiciário, principalmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, o que deu o tom do processo político inglês⁴⁶, com várias das típicas declarações feitas em todos os países nos quais, na esteira de *Marbury v. Madison*, adotou-se o *judicial review of legislation*⁴⁷.

Sem adentrar a discussão sobre a legitimidade democrática do novo papel fixado às cortes superiores britânicas, a realidade é que o HRA traz novas perspectivas ao Poder Judiciário da Inglaterra, não se sabendo ao certo até que ponto isso chegará.

Um interessantíssimo caso, julgado pelo *Judicial Committee* da Câmara dos Lordes, em 16 de dezembro de 2004⁴⁸, ajuda a vislumbrar os novos horizontes do

Grifou-se.

⁴² “(6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”)—

(a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and

(b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.

Right of Crown to intervene.”

⁴³ Nesse sentido, v. o já citado caso *Thoburn v. Sunderland City Council*.

⁴⁴ EWING, K. D.. *The Human Rights Act and Parliamentary democracy*, in *Modern Law Review*, cit. p. 79.

⁴⁵ EWING, K. D.. *The Human Rights Act and Parliamentary democracy*, in *Modern Law Review*, cit. p. 79.

⁴⁶ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 248.

⁴⁷ Peter Fitzgerald traz exemplos de tais declarações, como a do Secretário de Estado David Blunkett, que, em tom de frustração, questionou-se em entrevista ao periódico *Observer* de Londres: “[D]o we have a democracy where Parliament makes the decisions and if it gets them wrong overturns them? ... Or do we have a democracy where we say “you can go so far, but actually the real democracy is the judiciary” and they should not only want to sit in Parliament ... they should also be able to override Parliament?”. Não cabe a este estudo apresentar as inúmeras e riquíssimas controvérsias sobre a legitimidade democrática do *judicial review* (sobre o tema, v. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004). Todavia, é de se reconhecer que a Inglaterra, mais do que nunca, passará por intensos debates sobre o assunto.

⁴⁸ A. v. *Secretary of State for the Home Department*, disponível na internet (acesso em 13.08.2006) no sítio: www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm.

direito constitucional desse país: nove mulçumanos mantidos presos em prisão de alta segurança (Belmarsh) com base na estrita legislação anti-terrorismo de 2001 (*Anti-Terrorism, Crime, and Security Act*) levaram ao Judiciário a questão sobre a licitude, em face do HRA e de suas disposições que determinam a observância da jurisprudência comunitária⁴⁹, da norma anti-terrorista que permitia a prisão cautelar de estrangeiros suspeitos de práticas terroristas por prazo indeterminado (§ 23).

Amplamente fundamentados na jurisprudência comunitária de direitos humanos, os Lordes entenderam que a prisão por prazo indeterminado era contrária às obrigações do Reino Unido perante a Convenção Européia, eis que não é possível negar-se o direito de liberdade com fundamento em nacionalidade. Assim, com fundamento na § 4 do HRA, declarou-se a incompatibilidade da norma anti-terrorista em face dos direitos de liberdade, previstos no art. 5^o do mesmo estatuto, em razão do que os atos administrativos que determinaram as prisões também seriam contrários aos direitos humanos.

Por outro lado, conforme comenta Peter Fitzgerald,⁵¹ apesar da grande relevância de uma tal decisão, os Lordes fizeram um esforço enorme (*were at pains*) para explicar: (i) que estavam agindo estritamente de acordo com os limites estabelecidos pelo HRA; (ii) que os presos não poderiam, por força da decisão, ser libertados; (iii) que o estatuto anti-terrorismo de 2001 continuava vigente e produzindo efeitos; bem como (iv) que cabe ao governo e ao Parlamento determinar o que deve ser feito para solucionar a incompatibilidade detectada.

Isto é: manifestou-se o descontentamento do Poder Judiciário, mas foi mantida em vigor a norma incompatível com os direitos humanos. O princípio da soberania do Parlamento, apesar de, em certa medida, abalado, ainda vige na política e

⁴⁹ Estabelece-se no § 2 do HRA que as cortes inglesas deverão levar em consideração as decisões relacionadas aos direitos humanos tomadas pelos tribunais comunitários.

⁵⁰ 1. *Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law—*

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reason for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.

⁵¹ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 264.

no *case law* britânico, conforme fez questão de consignar o Governo, exatamente no dia do julgamento do caso, através de carta ministerial do *Secretary of State for Home Affairs*, na qual asseverou que, “em última instância, cabe ao Parlamento decidir, o que e como, nós poderemos alterar uma lei”⁵².

Cabia ao Parlamento decidir e dar uma solução. E assim fez – ou pretendeu fazer – menos de um ano depois do *decisum* citado. De fato, a declaração de incompatibilidade foi importante para provocar uma resposta do Parlamento. Foi assim que 22.02.2005 apresentou-se projeto de lei na Câmara dos Comuns de novel legislação anti-terrorismo, a qual foi sancionada, não sem calorosos debates legislativos, numa ironia do destino, em 11 de março de 2005, dia dos atentados terroristas em Madrid. O novo estatuto (*Prevention of Terrorism Act*⁵³) é verdadeira tentativa do Gabinete de lidar com a declaração de incompatibilidade no caso dos prisioneiros de Belmarsh, excluindo a expressa autorização de prisão por tempo indeterminado de estrangeiros suspeitos, porém criando a possibilidade de, a pedido do *Home Secretary*, serem efetuadas severas restrições a direitos fundamentais de pessoas investigadas por atos de terrorismo, sem que haja fundamento suficiente para que se proceda a uma prisão regular. Trata-se do que o *Prevention of Terrorism Act* denominou de *control orders*, verdadeiros atos de autoridade e afastamento de direitos fundamentais. Todavia, demonstrando alguma preocupação com os direitos humanos, estatuiu-se que tais restrições devem ser autorizadas pelo Poder Judiciário (*High Court*).

As críticas ao regramento de 11 de março de 2005 foram inevitáveis, cabendo até mesmo questionar se alguma coisa efetivamente mudou⁵⁴. Não tardou, assim, que houvesse uma nova declaração de incompatibilidade. Em abril de 2006, o juiz Sullivan, da *High Court*, decidiu que as regras em questão são incompatíveis com o mesmo art. 5 do HRA de 1998 (princípio da liberdade). Tal declaração deu-se em caso concreto em que o *Home Secretary* pretendia aplicar severas *control orders* contra seis suspeitos. Na hipótese, os investigados, apesar de não estarem formalmente presos, deveriam permanecer em local fechado 14 horas por dia, e não poderiam usar telefone celulares e *internet*. Entendeu o magistrado que as restrições em questão eram tão severas que se equiparavam à pena privativa de liberdade, sem que houvesse razão para tal, em razão do que era violado o art. 5 do HRA. O aresto está sujeito a recurso na *Court of Appeal*⁵⁵.

De todo modo, diante do *case law* relatado, o que se verifica é que o HRA de 1998 trouxe importante instrumental de controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, o qual, apesar de não poder ser equiparado ao que se entende por controle da constitucionalidade das leis, representa significativa mudança no Direito Constitucional inglês.

O que se quer destacar a propósito do *Human Rights Act*, o que explicita a profundidade das mudanças, é que a declaração de incompatibilidade do caso

⁵² CLARKE, Charles. Secretary of State for the Home Department, carta ministerial de 16 de dezembro de 2004, disponível na internet no sítio: www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmhansrd/cm041216/wmstext/41216m03.htm. Tradução livre. No original: “It is ultimately for Parliament to decide whether and how we should amend the law”.

⁵³ V. inteiro teor no sítio www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/20050002.htm.

⁵⁴ SHAH, Sangeeta. The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: the first skirmish. In *Human Rights Law Review* 5:2, 2005, p. 419.

⁵⁵ As informações foram extraídas do sítio da BBC: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/5125668.stm>, bem como da Wikipedia: http://en.wikipedia.org/wiki/Prevention_of_Terrorism_Act_2005, acesso em 02.10.2006.

dos presos de Belmarsh foi levada em consideração, o que gerou novo estatuto, no qual se pretendeu, ao menos que retoricamente, não repetir os mesmos erros da legislação de 2001. Em uma palavra: apesar de não acarretar a nulidade e não vincular as partes do processo, a declaração de incompatibilidade teve clara repercussão política. Se não houve efetividade jurídica, existiu alguma eficácia política.

(b) O *Constitutional Reform Act* de 2005 e a criação de uma Corte Constitucional para um Estado sem Constituição escrita

As mudanças não pararam no HRA. Recentemente, um novo ingrediente é adicionado à cambiante Constituição britânica, trazendo ainda mais questões sobre o futuro constitucional deste país, notadamente no que diz respeito – e é isso que se quer destacar – ao papel do Poder Judiciário. A edição do *Constitutional Reform Act*, em 2005⁵⁶ (CRA), o qual faz mais que jus ao próprio nome, promove profundas reformas na Constituição britânica, o que tem gerado grandes debates na Inglaterra.

Com efeito, as alterações pretendidas tentam eliminar 1.400 anos da história constitucional, o que provocou comentários espinhosos, e.g., de que se estaria diante de verdadeiro “vandalismo constitucional” do Partido Trabalhista⁵⁷.

O principal objetivo da reforma constitucional foi promover uma radical reestruturação do Poder Judiciário britânico, destacando-se duas mudanças paradigmáticas: (i) a criação de uma Corte Constitucional; e (ii) o esvaziamento das funções jurisdicionais da Câmara dos Lordes e do Lorde Chanceler: os 12 *Law Lords* serão os primeiros membros da nova Corte, que começará a funcionar em outubro de 2008.

De fato, uma das transformações por que mais se clamava num Reino Unido inserido na comunidade européia era a ligada à necessidade de um Poder Judiciário objetiva e subjetivamente independente, claramente afastado dos Poderes Executivo e Legislativo⁵⁸, sendo certo que tal independência deveria ser garantida não por convenções, mas por leis (*statutes*)⁵⁹. Em outras palavras: o que almejavam os reformadores era um Poder Judiciário afastado do Parlamento.

O Parlamento é o cerne do poder na Inglaterra, concentrando, num sistema de governo de gabinete, as funções executiva, legislativa e judiciária. A função jurisdicional máxima é secularmente exercida na Câmara dos Lordes, através dos Lordes Judiciais (*Law Lords*), os quais, desde 1876, por força do *Appellate Jurisdiction Act*, cumprem o papel de supremo tribunal de apelação. Desse modo, a separação de Poderes na Inglaterra não é, nem nunca foi, muito clara⁶⁰, o que é evidenciado tanto pelo governo de gabinete, quanto pela ligação orgânica entre

⁵⁶ Disponível no sítio www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/20050004.htm, acesso em 15.08.2006.

⁵⁷ V. JONES, George. *Seiback for plan to axe post of Lord Chancellor and form supreme court*, Daily Telegraph, Londres, 03.07.2004, disponível na internet, acesso em 15.08.2006, no sítio: <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2004/07/03/nlord03.xml>.

⁵⁸ V. o *paper* do Secretário de Estado para Assuntos Constitucionais e Lorde Chanceler, FALCONER, *Doing law differently*, de abril de 2006, disponível na Internet, acesso em 10.08.2006, no sítio: http://www.dca.gov.uk/dept/doinglawdiff_print.pdf.

⁵⁹ Lord WOOLF. *The Rule of Law and a Change in the Constitution*, Squire Centenary Lecture, Cambridge, 2004, p. 5, disponível no sítio: www.law.cam.ac.uk/docs/view.php?doc=1415. Acesso em 13.08.2006.

⁶⁰ Daí a crítica que se costuma fazer à interpretação da Constituição da Inglaterra feita por Montesquieu.

o Poder Judiciário e o Legislativo, sabendo-se que os 12 Lordes Judiciais (*Law Lords*), além de comporem o tribunal de apelação, são membros efetivos da Câmara dos Lordes, na qual são chefiados pelo Lorde Chanceler (*Lord Chancellor*), que também acumula importantes funções executivas no Gabinete.

Se, de um lado, reconhece-se o sucesso democrático⁶¹ e liberal da flexível estrutura Constitucional britânica, apesar da inexistência de uma rigorosa separação de Poderes – o que sempre contribuiu para a sua capacidade de se adaptar a novas circunstâncias –, de outro lado, foi inevitável, perante a comunidade europeia, o surgimento de questões sobre a real independência do seu Poder Judiciário⁶². Nesse sentido, em setembro de 2003, a Assembléia Parlamentar do Conselho Europeu aprovou a Resolução nº 1.342⁶³, na qual recomendou a expedita implementação de mudanças na distribuição de Poderes, notadamente da Câmara dos Lordes e do Lorde Chanceler, garantindo-se, assim, a observância do direito a um julgamento justo por um tribunal independente (art. 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), corolário da separação de Poderes, “princípio constitucional básico das tradições europeias”.

No mesmo diapasão, houve pressão direta da Corte Europeia de Direitos Humanos, que apesar de reconhecer que, na prática, o sistema britânico não trazia problemas reais para os direitos fundamentais, já deixou consignado em *decisum* que, no Reino Unido, há a necessidade, para a efetiva garantia do direito a um julgamento justo por um tribunal independente, que o tribunal seja imparcial quer do ponto de vista objetivo, quer de uma perspectiva subjetiva. *In verbis*:

*“o tribunal deve ser subjetivamente livre de preconceitos ou preferências pessoais (...) ele também deve ser imparcial de um ponto de vista objetivo, devendo haver garantias suficientes para excluir qualquer dúvida sobre este respeito.”*⁶⁴

Assim, a edição do *Constitutional Reform Act* em 2005 não se deu para que se garantisse o direito a um julgamento justo e imparcial, eis que na realidade isso já ocorria. O que se almejou, notadamente no que toca ao Poder Judiciário, foi simplesmente o incremento da confiança externa no sistema Constitucional britânico, alinhando-o com as concepções modernas de Estado⁶⁵.

⁶¹ V. JASON-LLOYD, Leonard. *The legal framework of the Constitution*, Londres: Cass, 1997, p. 26. Indubitavelmente, a maturidade democrática do Estado inglês contribuiu para este sucesso. Veja-se, por exemplo, que, em geral, os Lordes Judiciais preferem se abster de debates políticos, ou mesmo de contendas judiciais em que, por ventura, estejam postos conflitos de interesses fundados em estatutos em cujo processo legislativo tenham efetivamente participado. Nesse sentido, vejamos as declarações do Lorde Bingham, de 22.06.2000, nas quais o mesmo ressalta que: “*The Lords of Appeal should set out in writing and publish a statement of the principles which they intend to observe when participating in debates and votes in the second chamber and when considering their eligibility to sit on related cases*”. Disponível na internet, no sítio: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldhansrd/vo000622/text/00622-01.htm>.

⁶² FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 243.

⁶³ V. no sítio: <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta03/ERES1342.htm>.

⁶⁴ CEDH, *Findlay v. United Kingdom*, (110/1995/616/706), de 25.02.1997, disponível na internet, no sítio www.hrcr.org/safrica/administrative_justice/findlay_uk.html. Tradução livre. No original: “*the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias (...) it must also be impartial from an objective viewpoint, that is it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect*”.

⁶⁵ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 244.

Pois bem. Foi diante deste contexto que, ao mesmo tempo em que se esvaziou a Câmara dos Lordes de suas funções judiciais, atribuindo-se, igualmente, um novo e reduzido papel ao Lorde Chanceler, criou-se uma Corte Constitucional, a ser instalada em prédio separado das casas do Parlamento, num Estado em que não há, a rigor, uma Constituição escrita.

A perplexidade e as críticas de vandalismo constitucional são, portanto, bastante compreensíveis. Mas as modificações foram feitas. Destarte, muito mais importante, é saber quais são as conseqüências de uma tal criação de Corte Constitucional, em princípio tão esdrúxula e contrária às arraigadas tradições britânicas.

O que pode acontecer numa Inglaterra em que são consagrados, agora expressamente, direitos fundamentais que podem levar a *declarações de incompatibilidade*? E mais: o que pode acontecer numa Inglaterra, onde a jurisprudência é fonte do direito, e passa a existir uma Corte Constitucional, separada organicamente do Parlamento? Houve a tal revolução a que se referia Wade, capaz de alterar o conteúdo do princípio da soberania do Parlamento⁶⁶?

5 – À guisa de conclusão

Não existem respostas conclusivas. O que há são dúvidas e quem se arrisque a conjecturar novas possibilidades ao Poder Judiciário.

O fato é que as Cortes britânicas estão cada vez mais propensas a usar sua renovada autoridade, interpretando a lei de formas criativas, as quais, segundo Peter Fitzgerald, em muito se parecem com o que Marshall reconhecera como *judicial review*⁶⁷. Na Inglaterra, apenas se admite o controle judicial dos atos administrativos (e.g. praticados com excesso de poder), sendo oportuno ressaltar que tal forma de controle encontra-se em franca expansão. De fato, em 1974 houve somente 160 casos de controle da atuação administrativa. Já em 1990, foram julgados mais de 4.000 casos envolvendo tais questões⁶⁸. Com as novas mudanças, a tendência é que tal movimento intensifique-se mais ainda.

Mas a pergunta maior é: será possível, nessa nova conjuntura, o desenvolvimento de alguma espécie de *judicial review*, não de atos administrativos, mas de leis?

⁶⁶ Diante da incorporação ao direito inglês do HRA em 1998, Farrah Charania-Boutia pergunta-se exatamente sobre a ocorrência da revolução, a qual, no entender de Wade seria necessária para modificar o conteúdo do princípio da soberania do Parlamento. Em interessante crítica, questiona, ainda – e daí a necessidade da mudança –, se a defesa no princípio não esconderia, sob um rótulo democrático, verdadeira concentração de poderes do Executivo, que controla o Parlamento, através do sistema de gabinete. *In verbis*: “*On a final note, isn't the very premise of 'sovereignty', in the sense of unencumbered freedom of choice, structured upon an unrealism? How, particularly in a democracy, can any exclusive person or body of persons claim to have absolute power over a whole community? Sovereignty of Parliament has come to mean sovereignty of Government or the Executive: somewhat ironically, today we appear to be fighting to preserve a doctrine that allows for the unqualified supremacy of government that amounts to little less than an 'elected dictatorship'. Is this really what Parliament had intended as a solution to maintain control over the monarchy's exploitation of the royal prerogative in theseventeenth century? Will it take another revolution to dissipate this tool for abuse? Or, as Wade suggests has the revolution already begun?*” (CHARANIA-BOUTIA, Farrah. *Revolution? The effect of the European Communities Act 1972 and the Human Rights Act 1998 on the UK's Constitutional Order*, disponível na internet, acesso em 19.09.2006, no sítio: <http://www.lawinabox.net/a06consti.pdf#search=%22revolution%3F%20wade%20dicey%22>).

⁶⁷ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 245.

⁶⁸ FITZGERALD, Peter. *Op. e loc. cit.*

Peter Fitzgerald sugere que sim. Para o autor, os novos instrumentos introduzidos por estatutos como o *Human Rights Act*, aliado ao *Constitutional Reform Act* (e o comentário é feito ainda sobre o projeto de lei) – o qual representa “a mais fundamental e radical mudança da Constituição britânica nos últimos 300 anos” –, ao que se soma o espírito do direito comunitário e das experiências constitucionais dos outros Estados europeus, fazem com que o novo Poder Judiciário britânico, afastado organicamente do Parlamento, tenda a modificar sua histórica postura de deferência e aceitação da soberania do Parlamento⁶⁹. Até mesmo porque, o princípio da soberania do Parlamento é produto da jurisprudência (*case law*) e das convenções constitucionais historicamente construídas⁷⁰, sendo portanto alterável pela construção, quem sabe, de novas convenções e decisões judiciais inspiradas pelos recentes estatutos constitucionais.

Diante disso, conclui Peter Fitzgerald⁷¹, tudo que se precisa é, num caso apropriado, de um juiz que decida, com a coragem de Marshall, que o mais importante princípio da Constituição britânica é o Estado de Direito (*rule of law*) e não a soberania do Parlamento. É dizer: assim como nos EUA, onde, por uma decisão judicial e não por previsão expressa da Constituição, criou-se o *judicial review of legislation*, especula-se, que numa renovada Inglaterra, um corajoso juiz, de certa forma, sucessor do Sir Edward Coke⁷², seja o protagonista da confecção de alguma espécie de controle da constitucionalidade das leis num país que sequer possui constituição escrita.

Tais possibilidades talvez façam parte de um mero exercício de futurologia sem qualquer fundamento científico. Todavia, as decisões de incompatibilidade dos estatutos anti-terrorismo são uma realidade. Veja-se bem: não entendeu a Câmara dos Lordes (em sua atividade judicial) que o estatuto anti-terrorismo havia – como consequência do princípio da soberania do Parlamento e da flexibilidade constitucional inglesa – derogado as normas do HRA para as hipóteses excepcionais que estabelecia. Sim, porque bastava aplicar o universal princípio de que a lei especial derroga a lei geral que estaria intocada a soberania do Parlamento e perfeito o estatuto anti-terrorismo, que seria, nesta hipótese, lei especial derogadora de lei geral (HRA). Não foi essa a postura do poder Judiciário, que preferiu mostrar-se como verdadeiro defensor dos direitos das minorias, contra a vontade manifestada pela lei regularmente aprovada pelo Parlamento, o que indica verdadeira transformação constitucional na Inglaterra.

Ademais, repise-se, apesar de a declaração de incompatibilidade não posuir eficácia vinculante, em três meses houve uma resposta do Parlamento, que não permaneceu inerte, e levou em consideração – mesmo que timidamente – a declaração de incompatibilidade do caso dos presos de Belmarsh. De fato, o Parlamento não repetiu a norma que permitia a prisão cautelar, por prazo indeterminado, de estrangeiros suspeitos de atos terroristas, do que é possível constatar que, se a decisão não teve força jurídica teve real efetividade política. Comparando-se com o Brasil, a conclusão que imediatamente salta aos olhos é a de que a decisão dos *Law Lords* foi mais eficaz que as decisões em mandados

⁶⁹ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 268.

⁷⁰ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 255.

⁷¹ FITZGERALD, Peter. *Op. cit.*, p. 268.

⁷² Como se sabe, aplicou-se nas colônias inglesas durante o século XVII a doutrina desenvolvida por Edward Coke, segundo a qual o juiz deve ser o guardião da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento. A tese foi superada após a consagração do princípio da soberania do Parlamento, fruto direto da Revolução Gloriosa. V. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p. 47.

de injunção ou as declarações de inconstitucionalidade por omissão do Supremo Tribunal Federal.

Sobre essa tônica de mudanças da Constituição inglesa, é interessante a observação de Ian Loveland, ao final de seu livro (anterior às reformas aqui analisadas), que pontua que, na Grã Bretanha, sempre se negou o princípio básico dos federalistas norte-americanos de que nenhuma doutrina pode sustentar que uma lei esteja acima da Constituição. Diante da constatação de tal postura, conclui seu livro afirmando que:

“para muitos observadores, tal negação pode sugerir que o princípio é ingrediente desnecessário para uma sociedade democrática. Para outros, em contraste, isso pode indicar que uma reforma fundamental já deveria ter acontecido”⁷³.

O futuro ninguém sabe.

O que se pode dizer, ao menos por enquanto, é que houve alterações profundas, as quais eram, no entender de alguns, bastante necessárias, quanto mais quando se constata que o mundo se depara com um contexto de retração dos direitos humanos, diante das ameaças terroristas do início do século XXI. Numa realidade da disseminação das leis anti-terrorismo e de franco cerceamento de direitos, o Judiciário britânico pode ver-se em um renovado papel, o qual jamais foi visto na milenar história constitucional de uma das mais consolidadas democracias do mundo. Eis a revolução? No país das tradições, o tempo e a prática constitucional dirão.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1997

CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, 2002.

CHARANIA-BOUITIA, Farrah. *Revolution? The effect of the European Communities Act 1972 and the Human Rights Act 1998 on the UK's Constitutional Order.*, disponível na internet, no sítio: <http://www.lawinabox.net/a06consti.pdf#search=%22revolution%3F%20wade%20dicey%22>

CLARKE, Charles (Secretary of State for the Home Department), carta ministerial de 16 de dezembro de 2004, disponível na internet no sítio: www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmhansrd/cm041216/wmstext/41216m03.htm.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: RT, 2000.

⁷³ LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Batterworths, 1996, p. 640. e.

- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.
- DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho), São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DICEY, A. V.. *An introduction to the study of the law of the constitution*, 8ª ed., 1914, integralmente disponível na internet, no sítio: www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm, acesso em 10.08.2006.
- EWING, K. D.. The Human Rights Act and Parliamentary democracy, in *Modern Law Review*, vol. 62, 1999.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7ª ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm), Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FITZGERALD, Peter. *Constitutional Crisis over the proposed supreme court for the United Kingdom*, 2004. Disponível na internet (acesso em 13.08.2006), no sítio: www.law.stetson.edu/fitz/fitzstuff/UK%20Supreme%20Court.pdf.
- JASON-LLOYD, Leonard. *The legal framework of the Constitution*, Londres: Cass, 1997.
- JENNINGS, Ivor. *Governo de gabinete*, Brasília, 1979.
- JONES, George. *Setback for plan to axe post of Lord Chancellor and form supreme court*, Daily Telegraph, Londres, 03.07.2004, disponível na internet, (acesso em 15.08.2006), no sítio: <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2004/07/03/nlord03.xml>.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarre, Barcelona: Ariel, 1965.
- LOVELAND, Ian. *Constitutional law. A critical introduction*. Londres: Battersworths, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RUFFÍA, Paolo Biscaretti Di. *Introducción al derecho constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las formas de gobierno". Las Constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica
- SHAH, Sangeeta. The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: the first skirmish. In *Human Rights Law Review* 5:2, 2005.
- WOOLF. *The Rule of Law and a Change in the Constitution*, Squire Centenary Lecture, Cambridge, 2004, disponível no sítio: www.law.cam.ac.uk/docs/view.php?doc=1415. Acesso em 13.08.2006.