



RDPDC

Revista de Direito Público
Contemporâneo

ISSN 2594-813X



RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 03 | Volume nº 01 | Edição Nº 02 | Jul/Dez 2019

Año nº 03 | Volumen nº 01 | Edición Nº 02 | Julio/Diciembre 2019

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Co-Editor | Coeditor:

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Sra. Amanda Pinheiro Nascimento, UERJ.

Sra. Camila Pontes da Silva, UFF.

Sr. Jonathan Mariano, PUCRJ.

Sra. Gabriela Vasconcellos, UFF.

Sra. Natalia Costa Polastri Lima, UERJ.

Sr. Thiago Allemão, IEP-MPRJ.

Diagramação | Diagramación:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.



UFRRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO



IEC
INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Paschoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriapiri, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Sumário:

APRESENTAÇÃO	006
Emerson Affonso da Costa Moura	
DIÁLOGO CONSTITUCIONAL E ESTADO DE DIREITO	007
CONSTITUTIONAL DIALOGUE AND THE RULE OF LAW	031
Matthew Palmer	
LIBERDADE DE PENSAMENTO: LIMITES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS	052
Alexandre Augusto Arcaro, Carolina Rezende e Rafael Depieri	
BLINDAGEM PATRIMONIAL UTILIZANDO A HOLDING PATRIMONIAL	094
Carla Alessandra Branca Ramos Silva Aguiar e Elizama Alencar Rodrigues Santos	
UMA ANÁLISE ACERCA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE IMPOSTAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI PENAL	110
Almir Santos Reis Junior e Camilla Elena Matavelli Granado Rodrigues	
UM BREVE HISTÓRICO DOS PARADIGMAS DO ACESSO À JUSTIÇA	134
Felipe Bizinoto Soares de Pádua	
VONTADE E LEGITIMIDADE POLÍTICA NO LEVIATÃ E NO CONTRATO SOCIAL	159
João Paulo Bachur	
A TUTELA JURISDICIONAL LUSO-BRASILEIRA AO DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO: INTIMAÇÃO PARA INFORMAÇÃO VS. HABEAS DATA	180
Brenno Henrique de Oliveira Ribas	
VENEZUELA, ELECCIONES Y FRAUDE AMBIENTAL: DE LA DEMOCRACIA ELECTORALISTA AL AUTORITARISMO ELECTORAL	206
Luis Guillermo Palacios Sanabria	
AD OLTRE 500 GIORNI DAL REFERÈNDUM D'AUTODETERMINACIÓ DE CATALUNYA: QUALI SCENARI ASPETTARSI AL TERMINE DELLA PRECARIA "QUIETE DOPO LA TEMPESTA"?	239
FOR OVER 500 DAYS FROM THE REFERÈNDUM D'AUTODETERMINACIÓ DE CATALUNYA: WHAT SCENARIOS TO EXPECT AT THE END OF THE PRECARIOUS "CALM AFTER THE STORM"?	276
Andrea Previato	

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Resumen:

PRESENTACIÓN	006
Emerson Affonso de la Costa Moura	
DIÁLOGO CONSTITUCIONAL Y ESTADO DE DERECHO.....	007
CONSTITUTIONAL DIALOGUE AND THE RULE OF LAW	031
Matthew Palmer	
LIBERTAD DE PENSAMIENTO: LÍMITES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.....	052
Alexandre Augusto Arcaro, Carolina Rezende e Rafael Depieri	
ESCUDO DE PATRIMONIO UTILIZANDO PATRIMONIO	094
Carla Alessandra Branca Ramos Silva Aguiar e Elizama Alencar Rodrigues Santos	
ANÁLISIS SOBRE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD SOCIAL-EDUCATIVA IMPUESTAS A LOS ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL	110
Almir Santos Reis Junior e Camilla Elena Matavelli Granado Rodrigues	
BREVE HISTORIA DE LOS PARADIGMAS DE ACCESO A LA JUSTICIA	134
Felipe Bizinoto Soares de Pádua	
VOLUNTAD Y LEGITIMIDAD POLÍTICA EN EL CONTRATO LEVIATANO Y SOCIAL.....	159
João Paulo Bachur	
LA TUTLA JURISDICCIONAL LUSO-BRASILEÑA SOBRE LA BASE DE INFORMACIÓN: INTIMACIÓN DE INFORMACIÓN VS. HABEAS DATE	180
Brenno Henrique de Oliveira Ribas	
VENEZUELA, ELECCIONES Y FRAUDE AMBIENTAL: DE LA DEMOCRACIA ELECTORALISTA AL AUTORITARISMO ELECTORAL	206
Luis Guillermo Palacios Sanabria	
AD OLTRE 500 GIORNI DAL REFERÈNDUM D'AUTODETERMINACIÓ DE CATALUNYA: QUALI SCENARI ASPETTARSI AL TERMINE DELLA PRECARIA "QUIETE DOPO LA TEMPESTA"?	239
FOR OVER 500 DAYS FROM THE REFERÈNDUM D'AUTODETERMINACIÓ DE CATALUNYA: WHAT SCENARIOS TO EXPECT AT THE END OF THE PRECARIOUS "CALM AFTER THE STORM"?	276
Andrea Previato	

DIÁLOGO CONSTITUCIONAL E ESTADO DE DIREITO

CONSTITUTIONAL DIALOGUE AND RULE OF LAW

Matthew Palmer¹

RESUMO: Neste artigo, o juiz Palmer esboça uma concepção descritiva do diálogo constitucional. Enriquece concentrando-se no que é constitucional de verdade e considerando quão alto e em que línguas os ramos do governo se engajam no diálogo. Como questão normativa, ele sugere que é importante para o Estado de Direito que os poderes do governo falem em diferentes línguas e tenham perspectivas sistemicamente diferentes. Caso contrário, não seria a lei que governa; seria a cultura "governante"

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Poderes Públicos. Estado de Direito. Diálogo.

ABSTRACT: In this article, Judge Palmer outlines a descriptive conception of constitutional dialogue. It enriches itself by focusing on what is truly constitutional and considering how high and in what languages the branches of government engage in dialogue. As a normative issue, he suggests that it is important for the rule of law that the powers of government speak in different languages and have systemically different perspectives. Otherwise, it would not be the law that governs; would be the "ruling" culture

KEYWORDS: Constitution. Public Powers. Rule of law. Dialogue.

1. INTRODUÇÃO

“A Corte frequentemente provoca a consideração das questões de princípio mais complexas pelos outros ramos, engajando-os em diálogos e 'leituras responsivas'; e há momentos em que a conversa começa do outro lado e talvez seja menos educada. Nosso governo consiste em instituições distintas, mas a eficácia do todo depende de seu envolvimento com o outro, de sua intimidade, mesmo

¹ Doutor e Mestre pela Yale Law School. Juiz do Supremo Tribunal da Nova Zelândia..

que muitas vezes seja a intimidade suada das criaturas trancadas em combate”.

Esta é uma citação do decano constitucional americano Alexander Bickel². Em seus escritos, podem ser vistas as raízes do que chamamos de diálogo constitucional. Como neozelandês, eu também marquei a contribuição para a teoria do diálogo constitucional de um colega neozelandês, Peter Hogg. Seu artigo de 1997, escrito com Allison Bushell, provocou um debate acadêmico criativo canadense e depois internacional, suficiente para ser marcado 10 anos depois por uma edição especial do *Osgoode Hall Law Journal*³. Quase 20 anos depois, a conferência da Universidade de Hong Kong sobre Diálogo Constitucional, com a presença de eminentes teóricos constitucionais de todo o mundo, testemunha um contínuo interesse acadêmico vibrante no funcionamento dinâmico das constituições.

Este artigo descreve minha compreensão da essência do diálogo constitucional. Em seguida, explora apenas dois aspectos do diálogo constitucional: primeiro, o que é “constitucional” e, segundo, o que é “diálogo”. Eu ofereço alguns sinos e assobios adicionais que eu sugiro que forneçam um poder explicativo mais rico ao fazer uso extensivo da metáfora do diálogo na caracterização da dinâmica constitucional. Estes são os seguintes:

- (1) a importância de ter uma visão ampla e realista do que é “constitucional”; e
- (2) descompactar a noção de “diálogo” identificando o quão alto cada ramo do governo fala e as diferentes línguas nas quais eles falam.

Ilustro esses pensamentos com exemplos da minha jurisdição da Nova Zelândia. Finalmente, exploro o que a extensa metáfora do diálogo constitucional nos diz sobre a separação de poderes e o estado de direito.

2. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

² Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press, 2nd ed., 1962) p 261.

³ Peter Hogg and Allison Bushell, “The Charter Dialogue between the Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)” (1997) 35 *Osgoode Hall L J* 75; Peter W Hogg, Allison A Bushell Thornton and Wade K Wright, “Charter Dialogue Revisited — or ‘Much Ado about Metaphors’” (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1.

Minha compreensão do diálogo constitucional envolve juízes, legisladores e funcionários do governo executivo desempenhando suas próprias funções constitucionais de emitir sentenças, aprovar leis e tomar e executar decisões políticas. Ao desempenhar suas respectivas funções, cada ramo do governo reage e interage com as decisões de outras filiais. Concordo que essas interações podem ser caracterizadas como “diálogo”.

Para mim, o valor da metáfora do diálogo é que ela persuasivamente contesta o antigo e árido debate nos sistemas de Westminster sobre os méritos relativos da supremacia ou soberania parlamentar ou judicial. Considero a forma forte versus o debate de revisão judicial de forma fraca, avançado particularmente por Mark Tushnet e Stephen Gardbaum⁴, como uma continuação mais sutil e sofisticada do velho debate parlamentar versus supremacia judicial usando outros rótulos.

O antigo debate parlamentar ou de supremacia judicial foi o contexto em que Hogg e Bushell escreviam originalmente, como indica o título de seu artigo de 1997: “*The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Ou Talvez a Charter of Rights não seja tão ruim assim)*”. Eu vejo o artigo deles adicionando uma boa dose de realidade ao que se tornou um debate formalista. Eles examinaram o que realmente aconteceu quando a Suprema Corte do Canadá exerceu seu direito relativamente recente de derrubar os estatutos como inconstitucional. Ao contrário dos medos das supremacias parlamentares, esse não era o fim da história. De 1982 a 2007, Hogg e Bushell, juntamente com Wade Wright em um segundo artigo, descobriram que, em 67 dos 89 casos de tal invalidade, o Parlamento Canadense respondeu reeditando outro estatuto para abordar seu objetivo legislativo de uma maneira diferente.

Em vez de um jogo estático, único, de soma zero, que procura determinar a localização da soberania “final” entre duas alternativas binárias, a teoria do diálogo fornece uma visão mais rica, interativa, mais dinâmica e mais realista do desenvolvimento do direito constitucional e da política. Cada ramo do governo inicia e reage aos outros - como se estivessem conversando ou dialogando - através de seus

⁴ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press, 2008); Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

Atos, julgamentos e políticas. Eu não concordo que modelos dialógicos corram o risco de minar o papel judicial - eles são simplesmente uma metáfora para caracterizar como os juízes e os outros ramos desempenham seu papel convencional. Ao fazê-lo, eles, juntamente com os outros ramos do governo, estão engajados em um empreendimento colaborativo, na terminologia usada por Philip Joseph e Aileen Kavanagh⁵. Desta forma, os diferentes ramos do governo autoritariamente exploram e esclarecem o significado do direito e da política iterativamente, ao longo do tempo. Como, na realidade, eles fazem.

Devo deixar claro que não defendo o afundamento da metáfora do diálogo constitucional com valor normativo⁶. O valor da metáfora do diálogo, para mim, está em sua oferta de uma maneira de caracterizar as relações entre os ramos do governo. É um meio positivista de descrição. Isso pode ser particularmente útil em debates comparativos, como ilustra essa conferência. Ele não fornece as respostas para debates normativos sobre se o Judiciário ou Legislativo *deve ser* mais ou menos forte. Essas diferenças são tipicamente fortemente influenciadas pela experiência e cultura da constituição em questão e dos constitucionalistas que diferem. E as respostas são mais profundas em princípio e teoria do que em uma metáfora, para repetir Kavanagh novamente⁷. Mas eu acredito que a metáfora pode fornecer uma terminologia comum e estrutura dentro da qual esses debates podem ocorrer e pode, ela mesma, esclarecer as diferenças entre os protagonistas. E, como explicado no final deste artigo, eu também sugiro que enriquecer e estender a metáfora fornece uma visão de onde devemos buscar a justificativa normativa para a dinâmica constitucional.

3. “CONSTITUCIONAL”:

Minha primeira proposta de enriquecimento é uma exigência de que tenhamos uma visão ampla e contextual do que é uma constituição. Fazê-lo informa nossa

⁵ Philip Joseph, “Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise” (2004) 15 Kings College L J 321; Aileen Kavanagh, “Judge as Partner” Paper Presented to the Constitutional Dialogue Conference (University of Hong Kong, 9 December 2016).

⁶ Veja Christine Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue” (2006) 71 Brooklyn Law Review 109.

⁷ Aileen Kavanagh, “The Lure and Limits of Dialogue” (2016) 66 University of Toronto Law Journal 83, 85.

compreensão do assunto e extensão do diálogo sobre uma constituição. E resolve uma das críticas à teoria do diálogo incorporando o contexto à metáfora.

Para estudiosos constitucionais da Nova Zelândia e, talvez mais uma vez, pós-Brexit no Reino Unido, o ponto é necessário, não opcional. A Nova Zelândia não tem constituição escrita. Temos um documento rotulado como a Lei Constitucional de 1986, que substituiu as cláusulas remanescentes dispersas da Lei de Constituição de Nova Zelândia de 1852. Também temos a Lei de Direitos de Nova Zelândia de 1990, que não é entrincheirada, e 4 das quais proíbe a greve de legislação por inconsistência. Mas nós não temos, desde a década de 1860, considerado um único documento como a nossa “constituição”. Nenhuma das duas leis tem status de lei suprema, embora várias disposições especificadas da lei eleitoral estejam entrincheiradas contra a fácil emenda. Eles podem ser alterados por uma maioria ordinária da Câmara dos Representantes - como eles têm sido, na ocasião, bastante sumariamente⁸.

Em vez disso, os estudiosos constitucionais da Nova Zelândia são nutridos na ortodoxia de Westminster de que nossa constituição é “não escrita”. Ele está contido em uma variedade de estatutos imperiais e da Nova Zelândia, convenções constitucionais, decisões judiciais na lei comum, tratados e doutrinas internacionais ou princípios e instrumentos dos poderes do governo. Já identifiquei 80 desses elementos na constituição da Nova Zelândia; 45 são atos do Parlamento, e apenas 9 vêm da *common law*⁹.

Embora isso possa ser considerado um ponto estranho para alguém que agora é juiz, minha análise da Constituição da Nova Zelândia sugere que devemos ter uma visão menos centrada no judiciário sobre o que é a constituição e quem a faz do que os advogados convencionalmente. Faz. Meu chamado é para “realismo constitucional”. O realista jurídico Karl Llewellyn reconheceu em 1934 que “uma constituição de trabalho é uma instituição” - “a interação das maneiras e atitudes bastante diferentes de três categorias diferentes de pessoas”¹⁰. Eu sigo o realismo

⁸ Matthew SR Palmer, “New Zealand Constitutional Culture” (2007) 22 NZULR 565, 593–596.

⁹ Matthew SR Palmer, “What Is New Zealand’s Constitution and Who Interprets it? Constitutional Realism and the Importance of Public Office-holders” (2006) 17 Public Law Review 133; Palmer (2007) (n 7 above). I added two more statutes, and drew on these elements to offer a brief summary narrative of New Zealand’s constitution, in Matthew SR Palmer, *The Treaty of Waitangi in New Zealand’s Law and Constitution* (Wellington: Victoria University Press, 2008) pp 236–238.

¹⁰ KN Llewellyn, “The Constitution as an Institution” (1934) 34 Columbia Law Review 1, 21.

legal americano em seu uso da franqueza para penetrar na forma e na ficção de uma lei ou de uma constituição para entender a realidade do que está acontecendo nas interações humanas subjacentes¹¹. Eu digo que um realista constitucional procura identificar e analisar todos os fatores que influenciam significativamente o exercício genérico do poder público. Uma visão completa de uma constituição inclui todas as estruturas, processos, princípios e até mesmo normas culturais que afetam significativamente, na realidade, o exercício genérico do poder público.

Eu não confino minha visão ampla de uma constituição no contexto da Nova Zelândia ou das poucas outras constituições não escritas no mundo. A constituição dos EUA escrita não contém todas as regras que afetam significativamente o exercício genérico do poder público, para a consternação dos estudantes de direito que procuram uma cláusula que autorize a Suprema Corte dos EUA a derrubar os Atos do Congresso. Os livros de Larry Tribe e Akhil Amar demonstram a amplitude da constituição não escrita dos EUA¹². E, é claro, as constituições canadenses e australianas por escrito não abrangem, por exemplo, as doutrinas da responsabilidade coletiva do Gabinete e a responsabilidade ministerial individual que são fundamentais para a operação na prática desses sistemas de governo.

Meu ponto para os propósitos atuais é que a tomada de uma visão ampla e constitucionalmente realista da natureza de uma constituição tem implicações para o que procuramos e consideramos como constituindo um diálogo constitucional. Eu identifico dois aspectos disso em particular.

a. Qualquer decisão que afete o exercício genérico do poder público

Primeiro, o diálogo constitucional não diz respeito apenas à coerência dos Atos do Parlamento com lei suprema. Po Jen Yap também procede nesta base em relação a Hong Kong em um documento de conferência e em relação a Hong Kong, Malásia e Cingapura em seu recente livro¹³.

¹¹ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1995) p 71.

¹² Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By* (New York: Basic Books, 2012); Laurence H Tribe, *The Invisible Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

¹³ Po Jen Yap, "Statutory Rights and De Facto Constitutional Supremacy in Hong Kong" Paper Presented to the Constitutional Dialogue Conference (University of Hong Kong, 9 December 2016); Po

Ser de uma jurisdição que não tem lei suprema torna este ponto ainda mais claro. Identifico quatro exemplos ilustrativos de diálogo constitucional na Nova Zelândia, apesar da falta de lei suprema, em relação ao exercício genérico do poder público.

(1) *O Tratado de Waitangi*¹⁴: Em 1975, o Parlamento promulgou o Tratado de Waitangi de 1975 que estabeleceu o Tribunal Waitangi para interpretar e fazer recomendações sobre supostas violações do Tratado de Waitangi de 1840 entre Māori e a Coroa. Em 1986, o Parlamento promulgou uma cláusula de poupança que se tornou a base para a revisão judicial de uma proposta de transferência de ativos da Coroa para Empresas Estatais¹⁵. Isso gerou a interpretação seminal do Tribunal de Recursos de uma referência legislativa ao Tratado. A Corte de Apelações confirmou a reinterpretação do significado do Tratado recentemente oferecido por recomendações não vinculantes do Tribunal Waitangi. O remédio era para a Coroa e Maori para elaborar um acordo, que foi implementado pelo Parlamento promulgação do Tratado de Waitangi (*State Enterprises*) lei de 1988. Essa Lei deu ao Tribunal Waitangi o poder vinculativo para ordenar a retomada das terras de propriedade das empresas do Estado. Nenhum desses reinícios foi ordenado, mas a ameaça deles criou um risco fiscal que, juntamente com a política do governo executivo, impulsionou um programa significativo de assentamentos de queixas históricas do Tratado Maori.

(2) *Danos por violação da Declaração de Direitos*: Quando o Parlamento aprovou a Lei de Direitos de Nova Zelândia (*Bill of Rights*) em 1990, considerou e decidiu não providenciar remédios. Mas em 1994, a Corte de Apelação concluiu que os danos de direito público estavam potencialmente disponíveis como um remédio para a violação da Carta de Direitos, apesar de não estar explícito na lei¹⁶. A Comissão Jurídica desaconselhou a ação

Jen Yap, *Constitutional Dialogue in Common Law Asia* (Oxford: Oxford University Press, 2015) Chapter 5.

¹⁴ Palmer (2008) (n 8 acima).

¹⁵ *New Zealand Maori Council v Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641 (CA).

¹⁶ *Simpson v Attorney-General (Baigent's Case)* [1994] 3 NZLR 667 (CA).

legislativa¹⁷. O Governo Executivo considerou e não iniciou nenhum. Mais tarde, em 2004, em *Taunoa vs Attorney-General*, o Supremo Tribunal considerou que o Departamento de Correções violou os direitos dos prisioneiros ao abrigo da Declaração de Direitos pelos quais foram concedidos danos nos termos do Caso *Baigent*¹⁸. O Parlamento respondeu impondo restrições à compensação que os tribunais podem conceder aos prisioneiros, na Lei de Reclusos de Prisioneiros e Vítimas de 2005. Em agosto de 2007, no seu recurso, a Coroa aceitou e não procurou rever a disponibilidade de danos de direito público, por violação do *Bill of Rights Act* de acordo com o caso da *Baigent*. Em seu julgamento, a Suprema Corte elaborou as considerações relevantes para determinar o quantum de tais danos, estreitando-os¹⁹. Em setembro de 2011, no *Attorney-General v Chapman*, a Suprema Corte restringiu o escopo potencial do Caso *Baigent* aos atos do governo executivo, aceitando o argumento da Coroa de que não há direito de reivindicar danos de direito público por violações judiciais de direitos²⁰. Não houve reação legislativa.

(3) *Declarações por violação da Declaração de Direitos*: A Declaração de Direitos era explícita de que os tribunais da Nova Zelândia não poderiam derrubar a legislação. Mas em 2000, uma Corte de Apelação unânime determinou que a Corte tinha o poder “e em certas ocasiões o dever” de indicar que uma disposição estatutária é inconsistente com a Declaração de Direitos, embora não o tenha feito²¹. O Tribunal de Recurso subsequentemente reforçou a questão em outro caso mais tarde em 2000²². Em 2000, com base em um relatório consultivo de especialistas jurídicos, o governo executivo decidiu iniciar uma emenda legislativa para prever declarações de inconsistência em relação ao direito à liberdade da

¹⁷ Law Commission, *Crown Liability and Judicial Immunity: A Response to Baigent's Case and Harvey v Derrick* (NZLC R37, 1997).

¹⁸ *Taunoa v Attorney-General* (2004) 7 HRNZ 379 (HC) (on liability); *Taunoa v Attorney-General* (2004) 8 HRNZ 53 (HC) (on relief).

¹⁹ *Taunoa v Attorney-General* [2007] NZSC 70, [2008] 1 NZLR 429.

²⁰ *Attorney-General v Chapman* [2011] NZSC 110, [2012] 1 NZLR 462.

²¹ *Moonen v Film and Literature Board of Review* [2000] 2 NZLR 9 (CA), [19]–[20].

²² *R v Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA).

discriminação. O Parlamento fez isso na Emenda de Direitos Humanos de 2001. Em primeira instância, conferiu à jurisdição do Tribunal de Revisão dos Direitos Humanos a concessão de declarações de inconsistência. Em fevereiro de 2007, em *Hansen vs R*, vários dos julgamentos no Supremo Tribunal Federal apoiaram a possibilidade de declarações ou constatações de inconsistência com a Declaração de Direitos²³. Em 2015, pela primeira vez, Heath J no Supremo Tribunal esclareceu as questões emitindo tal declaração, baseando-se no relatório negativo do próprio procurador-geral para o Parlamento sobre os direitos de voto dos prisioneiros ao fazê-lo²⁴. Mesmo assim, a Coroa recorreu e aguardamos autoridade de apelação.

- (4) *Direitos tradicionais e consuetudinários*: Em 2003, a Corte de Apelação concluiu, em resposta a um caso declarado por iniciativa do Procurador Geral, que estava sob a jurisdição do Tribunal de Terras de Maori examinar as reivindicações maori de direitos consuetudinários à região costeira e fundo do mar²⁵. O executivo reagiu rapidamente, iniciando uma legislação para anular o julgamento do Tribunal e para fornecer uma forma menor de título ou direito de ser negociável entre Māori e a Coroa. O Parlamento aprovou, por conseguinte, a lei *Foreshore and Seabed* de 2004. Mas as concomitantes tensões políticas geraram um novo partido político, o Partido Maori. A Lei da Área Marinha e Costeira (Takutai Moana) de 2011, derrubando a legislação anterior, foi introduzida por um novo governo, apoiado pelo Partido Maori e aprovado pelo Parlamento. A nova lei previa a negociação de direitos ou títulos com escrutínio pelos tribunais²⁶.

Cada um desses exemplos de diálogo constitucional na Nova Zelândia envolve todos os três ramos do governo desempenhando seus papéis convencionais, juntamente com o Tribunal Waitangi, em primeira instância, e a Comissão Jurídica, no segundo. Em três desses quatro casos, as decisões judiciais ficaram em suspenso e

²³ Hansen v R [2007] NZSC 7, [2007] 3 NZLR 1, [8], [24] (Elias CJ), [254] and [259] (McGrath J) and [267] (Anderson J). See Claudia Geiringer, "On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act" (2009) 40 VUWLR 613, 646.

²⁴ Taylor v Attorney-General [2015] NZHC 1706.

²⁵ Ngati Apa v Attorney-General [2003] 3 NZLR 643 (CA).

²⁶ A Lei de 2011 inclui em seu preâmbulo apenas uma das quatro referências ao estado de direito na legislação da Nova Zelândia - como tendo sido transgredida pela legislação de 2004.

os outros ramos do governo decidiram não reagir. No quarto, a reação dos ramos políticos engendrou sua própria reação política, cujos efeitos levaram a lei mais para a decisão do Tribunal.

Essas instâncias demonstram que não há razão para que o diálogo constitucional seja iniciado pelo Judiciário. O diálogo constitucional sobre o Tratado de Waitangi em primeira instância não foi iniciado pelo judiciário. Foi iniciado pelo Parlamento ao aprovar a Lei do Tratado de Waitangi de 1975 e a Lei das Empresas Estatais de 1986. O diálogo nas segunda e terceira instâncias foi iniciado pelo Parlamento ao aprovar a Declaração de Direitos.

Pode-se dizer que o Tratado de Waitangi, os direitos dos aborígenes e a Declaração de Direitos são temas essencialmente constitucionais, apesar de não serem lei suprema. Mas sugiro que quaisquer decisões que afetem o exercício genérico do poder público se qualifiquem como constitucionais. Uma série dessas decisões do Parlamento e do Judiciário, reagindo e se alimentando mutuamente, constitui um diálogo constitucional. Três outras sequências recentes de decisões da Suprema Corte da Nova Zelândia e do Parlamento, em relação ao privilégio parlamentar, à posição legal dos funcionários públicos e à extensão dos poderes de vigilância da Polícia, também constituem um diálogo constitucional:

- (1) Em Setembro de 2011, no *Attorney-General v Leigh*, o Supremo Tribunal considerou que as comunicações dos funcionários públicos com os Ministros, com o objetivo de responder a questões parlamentares, podem ser ocasiões de privilégio qualificado como defesa contra difamação mas não como privilégio absoluto²⁷. Em 2013, o Comitê de Privilégios da Câmara dos Deputados recomendou uma emenda legislativa com base no fato de que *Leigh* não era consistente com o entendimento prévio do Parlamento sobre o escopo do privilégio parlamentar²⁸. A Lei de Privilégio Parlamentar de 2014 foi aprovada, que reforma a lei do privilégio parlamentar de forma mais abrangente. Ele também reverteu o efeito da decisão do Conselho Privado

²⁷ *Attorney-General v Leigh* [2011] NZSC 106, [2012] 2 NZLR 713.

²⁸ Privileges Committee “Question of privilege concerning the defamation action *Attorney-General and Gow v Leigh*” [2011–2014] III AJHR I.17A.

de 2005 em *Buchanan v Jennings* de que a repetição efetiva de uma declaração difamatória feita no Parlamento não é protegida por privilégio²⁹.

(2) Em março de 2010, no caso *Couch v Attorney-General*, a maioria do Supremo Tribunal considerou que o artigo 86 da Lei de Setor de Estado de 1988 não concedia imunidade de responsabilidade extracontratual a servidores públicos individuais, como o ramo executivo havia compreendido em boa fé³⁰. O executivo introduziu, e o Parlamento aprovou, a Lei de Emenda do Setor do Estado de 2013, que restaurou a posição anteriormente entendida.

(3) Além disso, em setembro de 2011, em *Hamed v R*, o Supremo Tribunal considerou que a Polícia não tinha poderes para realizar vigilância não razoável de um local público através de filmagens secretas para obter provas de suspeita de atividade criminosa e não tinha poder algum para realizar vigilância que envolvesse transgressão³¹. Dentro de um mês, o executivo apresentou um projeto de lei que pretendia retroativamente validar quantidades substanciais de tal atividade de vigilância. Sob urgência, e depois de muita garra política, o Parlamento aprovou a Lei de Vigilância de Câmeras de Vídeo (Medidas Temporárias) de 2011, que só teve efeito de legalização prospectiva (exceto em condenações passadas). Uma reforma legislativa mais abrangente na Lei de Busca e Vigilância 2012 esclarece a lei relativa à vigilância.

b. Qualquer instituição que exerça poder público

O segundo sino ou apito que acrescento à parte “constitucional” da teoria do diálogo constitucional é que um supremo tribunal e um parlamento não são as únicas duas instituições que se engajam no diálogo constitucional. Sem dúvida, eles geralmente são os interlocutores mais significativos em qualquer jurisdição em particular. Mas os casos constitucionais chegam a um Supremo Tribunal através dos

²⁹ *Buchanan v Jennings* [2004] UKPC 36, [2005] 2 All ER 273 (PC).

³⁰ *Couch v Attorney-General* [2010] NZSC 27, [2010] 3 NZLR 149.

³¹ *Hamed v R* [2011] NZSC 101, [2012] 2 NZLR 305.

tribunais inferiores. E eles nem sempre progridem. Não há garantia de que a primeira declaração de inconsistência com a Declaração de Direitos da Nova Zelândia, *Taylor v Attorney-General*, chegue ao Supremo Tribunal. O Tratado de Waitangi e o Bill of Rights exemplos que eu dei principalmente envolveu o mais alto tribunal sentado na Nova Zelândia, o Tribunal de Recurso, ao invés do Comitê Judicial do Conselho Privado, que era, formalmente, superior.

Além disso, algumas vezes, outras instituições participam do exercício de funções governamentais. Na Nova Zelândia, o exemplo mais óbvio é o Tribunal Waitangi. O Tribunal tem os poderes de uma comissão permanente de inquérito. Tem o poder de iniciar as investigações. Considera que as queixas, apenas suscetíveis de serem trazidas pelo indivíduo Maori, de que a Coroa violou os princípios do Tratado de Waitangi de 1840. Analisei o diálogo constitucional que efetivamente reinterpretou o significado e o status do Tratado de Waitangi em um livro em 2008³². O Parlamento iniciou o potencial de diálogo na aprovação da lei que criou o Tribunal. Mas o próprio Tribunal, em uma série de quatro decisões de 1983 a 1986, ofereceu um novo significado do Tratado. Esse significado foi amplamente confirmado pelo Tribunal de Apelação e pelo Conselho Privado, endossado pelo Parlamento e acionado pelo poder executivo do governo. Foi verdadeiramente um produto do diálogo constitucional entre as instituições que exercem os poderes do Estado.

Outras instituições desse tipo também podem ser identificadas. A Comissão de Direito desempenhou um papel no assessoramento do poder executivo sobre a possibilidade de reverter a conclusão de que os danos estavam disponíveis por violação da Declaração de Direitos. O Ombudsman é o principal intérprete do significado da Lei de Informações Oficiais de 1982. E o Tribunal de Revisão dos Direitos Humanos tem um importante papel de primeira instância em relação aos casos de direitos humanos. Espero, em outras jurisdições, que existam exemplos semelhantes de outras instituições que afetam o exercício genérico do poder público.

Tendo acrescentado dois sinos à “constitucional”, sugiro agora acrescentar alguns apitos metafóricos ao “diálogo”.

1. “DIÁLOGO”:

³² Palmer (2008) (n 8 above) Chapter 3.

Normalmente, “diálogo” é uma conversa entre duas ou mais pessoas. Sugiro que podemos estender a metáfora do diálogo constitucional, considerando dois aspectos adicionais do diálogo comum.

a. Diálogo em Volumes Diferentes

Primeiro, sugiro que possamos conceber cada ramo do governo falando mais ou menos alto ou forte que os outros. Isso fornece uma maneira de caracterizar a força da voz de um ramo do governo em relação aos outros ou em relação à sua própria força no passado ou, em um sentido comparativo, com a força relativa da voz de ramos em outros países. Mais uma vez, estou explícito que essa é uma métrica positivista de descrição, em vez de uma afirmação normativa sobre algum significado essencial para a palavra “diálogo”. No diálogo constitucional em uma jurisdição particular, alguns ramos simplesmente falam mais alto que outros.

Assim, podemos caracterizar o poder judiciário dos EUA como tendo desenvolvido uma voz relativamente alta. Testou a proposição de que sua voz era mais forte que a do Congresso e do Presidente no diálogo constitucional em *Marbury v Madison*³³. Antes da guerra civil, exerceu esse poder apenas duas vezes. Não foi até *Cooper v Aaron* e casos subsequentes que a Suprema Corte dos EUA descobriu que *Marbury* "declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição da lei da Constituição"³⁴.

Em comparação, a voz do judiciário canadense foi grandemente amplificada pelos parlamentos canadenses e imperiais, aprovando a Lei Constitucional de 1982, e tem falado relativamente alto desde então. A Câmara dos Lordes do Reino Unido e, em seguida, a Suprema Corte parece ter aumentado em força desde a aprovação da Lei de Direitos Humanos de 1998, assim como adquiriu um sotaque europeu perceptível que pode desaparecer um pouco depois do Brexit. Em comparação, a explicação de Po Jen Yap sobre as características vocais relativas do judiciário em

³³ *Marbury v Madison* 5 US 137 (1803); 1 Cranch 137.

³⁴ *Cooper v Aaron* 358 US 1, 19 (1958); see also *Baker v Carr* 369 US 186 (1962) and LD Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Cingapura, Malásia e Hong Kong sugere que suas vozes são relativamente mudas de maneiras diferentes³⁵.

Na Nova Zelândia, a voz do Judiciário também é relativamente moderada. Propostas que levantariam a voz do Judiciário foram discutidas, mas rejeitadas em vários momentos:

- (1) Em 1963, uma débil Declaração de Direitos de Nova Zelândia, baseada na Declaração de Direitos do Canadá de 1960, foi apresentada, oposta e fracassada.
- (2) Em 1985, meu pai, como vice-primeiro-ministro e ministro da Justiça, propôs uma nova Carta de Direitos que, juntamente com o Tratado de Waitangi, receberia o status de lei suprema³⁶. Como o professor Paul Rishworth disse, "todas as cepas distintas de objeção surgiram, mas a principal delas foi que uma declaração de direitos constitucional elevaria o poder judicial sobre o poder parlamentar e seria antidemocrática"³⁷.
- (3) Em 2005, um comitê seletivo especialmente formado da Câmara dos Representantes, o Comitê de Acordos Constitucionais, teve a oportunidade de rever essa situação. Concluiu que "a insatisfação pública com nossos arranjos atuais é geralmente mais crônica do que aguda"³⁸.
- (4) No final de 2013, o relatório do Painel Consultivo Constitucional foi publicado³⁹. O Painel afirmou⁴⁰:

³⁵ Yap (2016) (n 12 above).

³⁶ Em 2016, meu pai, com outro estudioso constitucional Andrew Butler, publicou um livro propondo um rascunho de texto para uma constituição de lei suprema com uma cláusula de substituição legislativa. Geoffrey Palmer and Andrew Butler, *A Constitution for Aotearoa New Zealand* (Wellington: Victoria University Press, 2016).

³⁷ Paul Rishworth, "The New Zealand Bill of Rights" in Paul Rishworth, Grant Huscroft, Scott Optican and Richard Mahoney (eds), *The New Zealand Bill of Rights* (Auckland: Oxford University Press, 2003) p 7. The Select Committee heard 438 submissions up and down New Zealand over two years.

³⁸ Constitutional Arrangements Committee, "Inquiry to Review New Zealand's Existing Constitutional Arrangements: Report of the Constitutional Arrangements Committee" [2005] AJHR I.24A, [6]. I should disclose I was an expert adviser to the Committee.

³⁹ Constitutional Advisory Panel, *New Zealand's Constitution: A Report on a Conversation*, He Kotuinga Korero mo Te Kaupapa Ture o Aotearoa (November 2013).

⁴⁰ *Ibid.*, p 56.

“Conceder aos tribunais o poder de derrubar a legislação tem apoio, mas é explicitamente rejeitado por um grupo significativo. O apoio pode ser visto para explorar o aumento dos poderes judiciais que preservam a soberania parlamentar, novos meios de participação pública e melhorando o escrutínio parlamentar para garantir que a legislação seja consistente com a Lei”.

Em comparação, a voz do Parlamento da Nova Zelândia no diálogo constitucional é razoavelmente alta, embora isso também tenha mudado um pouco nos últimos 20 anos. O sistema eleitoral, que tem um efeito direto sobre o número de partidos, também pode ter um efeito direto sobre o diálogo constitucional, como aconteceu na Nova Zelândia. A mudança de um sistema eleitoral do primeiro para depois do posto para um sistema proporcional de membros mistos em 1993 efetuou uma reestruturação fundamental da dinâmica constitucional na Nova Zelândia. O poder executivo não mais exerce unilateralmente o megafone da voz constitucional do Parlamento através do domínio de um governo majoritário de partido único. E o discurso do executivo foi mediado através de governos de coalizão e minoria⁴¹.

Este volume de enriquecimento da metáfora do diálogo permite a flexibilidade, a fim de levar em conta as dificuldades que, de outra forma, podem afetar a teoria do diálogo. Adotar uma abordagem realista significa que, independentemente da fraqueza ou força formal de um judiciário ou de uma legislatura em uma constituição, a força de sua voz no diálogo constitucional pode ser caracterizada com base na prática. E as preocupações sobre com que frequência ou especificamente ou genericamente os tribunais falam às legislaturas também podem ser gerenciadas por meio da referência à metáfora do diálogo. Todos nós temos conversado com um tipo forte e silencioso que não fala muito, mas quando vale a pena ouvir. E estivemos em conversas em que um interlocutor faz seus pontos de vista resolutamente em um nível de generalidade, mas evita críticas pontuais a outros.

⁴¹ Matthew SR Palmer, “Open the Doors and Where Are the People? Constitutional Dialogue in the Shadow of the People” in Claire Charters and Dean R Knight (eds), *We, The People(s): Participation in Governance* (Wellington: Victoria University Press, 2011) p 50.

A flexibilidade de opções como características da tomada de decisões judiciais pode ser caracterizada usando a metáfora do diálogo. Não considero que o diálogo deixe de ser diálogo apenas porque uma das partes fala mais alto ou mais eficazmente do que outra. É simplesmente um tipo diferente de diálogo.

b. Diálogo em diferentes idiomas

Como segundo apito, sugiro que identifiquemos os idiomas em que cada ramo do governo fala⁴². Eu poderia alternativamente apresentá-los como acentos ou culturas, em vez de idiomas. Mas a metáfora das linguagens em relação ao diálogo torna meu ponto mais claro.

Começo com a proposta incontroversa de que diferentes disciplinas têm diferentes preconceitos, suposições e preconceitos embutidos em seus métodos de raciocínio e análise⁴³. Assim, as disciplinas de direito e políticas públicas são muito diferentes em suas formas de raciocínio ou metodologia disciplinar.

O paradigma da disciplina do direito em um sistema de direito comum é definido pela metodologia do common law. Paradigmaticamente, advogados e juízes comuns abordam uma opinião, um argumento ou um julgamento identificando a questão, identificando os fatos materiais, delineando a lei pertinente, examinando os argumentos de ambos (ou seja, dois) lados e aplicando a lei aos fatos. Esta é uma forma indutiva de raciocínio - das particularidades dos casos individuais em direção à regra geral. Ele presta atenção ao contexto factual específico dos casos particulares. Ele procura precedentes anteriores para orientação.

O paradigma da disciplina de análise de políticas públicas é bem diferente. Os analistas de políticas geralmente começam com os objetivos gerais do governo. Eles identificam o problema a ser resolvido. Eles identificam não apenas dois argumentos, mas também todas as opções possíveis para resolver o problema. Eles analisam, ou devem analisar, todas as opções em termos das quais melhor atingirão os objetivos gerais, em termos de implicações financeiras, e todos os outros conjuntos de

⁴² Ibid.

⁴³ Matthew SR Palmer, "Thinking about Law and Policy: Lessons for Lawyers" Presentation to Crown Law Office and Law Commission (Wellington, December 2006), available at http://works.bepress.com/matthew_palmer/10; see Palmer (2011) (n 40 above).

implicações. Isso é raciocínio dedutivo - do geral ao particular. É mais abstrato. Está menos interessado em circunstâncias factuais. Sua evidência deriva da análise geral das ciências sociais, em vez de anedotas de um cenário de fato específico. Olha para o futuro, não para o passado.

Meu ponto de vista não é que tanto a análise de políticas quanto a análise jurídica são melhores que as outras - apenas que são diferentes. E, se eles são realizados por tempo suficiente, eles afetam a mentalidade de seus praticantes. Cada um deles confere ao seu praticante diferentes vieses, presunções, preconceitos e tendências - perspectivas diferentes. Eu os concebo como “idiomas” diferentes e até culturas diferentes. Os advogados são bons na identificação de problemas, mas podem esquecer os objetivos. Eles se divertem no contexto factual, mas ficam impacientes com generalizações. Os consultores de políticas são bons em identificar todas as opções possíveis, mas podem esquecer de testar suas análises em aplicações práticas para cenários específicos. Eles teorizam e ficam impacientes com anedotas.

Eu também já descrevi a política como uma terceira língua⁴⁴. É a atividade de persuasão, através de negociação, coerção e / ou argumento para alcançar um fim. Geralmente envolve barganha, negociação e *logrolling*, persuasão, compromisso e pragmatismo.

Minha próxima proposição é que os três ramos do governo pensam e falam em diferentes línguas - eles usam diferentes metodologias e perspectivas quando descarregam suas funções centrais. Isso deve diferir um pouco em jurisdições diferentes. Mas existem pontos em comum suficientes nos sistemas parlamentares de direito comum para fazer algumas generalizações. Assim:

- (1) O judiciário interpreta a legislação e faz a lei comum na linguagem do *common law* - concentrando-se no contexto factual de casos específicos, olhando para precedentes passados e raciocinando para princípios ou regras mais genéricas.

⁴⁴ See Palmer (2011) (n 40 above).

(2) O serviço público no ramo executivo do governo fala a linguagem da política - concentrando-se em objetivos, identificando opções e fornecendo análises razoavelmente genéricas e abstratas.

(3) Ministros e membros do Parlamento falam a linguagem da política - mediando recomendações políticas através da realidade de barganha e negociação para aprovar legislação.

A tradução é obviamente necessária. Na Nova Zelândia, o Gabinete de Assessoria Parlamentar, que elabora toda a legislação governamental, traduz a linguagem das decisões políticas para a linguagem da lei. E o Crown Law Office, que conduz todos os litígios da Coroa nos tribunais e explica prováveis e eventuais decisões judiciais aos departamentos, ajuda a transformar a lei de volta na política (e, às vezes, explica a política aos tribunais). Muitos ministros acabam se tornando bilíngues - entendendo as linguagens da política, bem como a política e, no caso do Procurador Geral, a linguagem da lei também.

Então, sugiro, como uma questão descritiva positivista, que não apenas as instituições de governo se engajam no diálogo constitucional através do exercício rotineiro de suas funções em afetar o exercício genérico do poder público, falando mais ou menos alto, mas também o fazem idiomas diferentes. Esse é o efeito dos ramos do governo em jurisdições de *common law* sendo tão diferentes e sendo habitados por indivíduos treinados em diferentes disciplinas. Talvez a diferença mais importante entre a linguagem do direito e da política seja que um tribunal interpreta um estatuto no contexto de um caso particular. Se o Parlamento não gostar desse significado, pode alterá-lo genericamente por uma emenda legislativa. Este é um diálogo interinstitucional sobre a elaboração e aplicação do direito e a política subjacente, a partir de perspectivas muito diferentes, mas complementares.

Talvez aqui esteja uma pista de por que um judiciário de direito comum é relativamente mais assertivo na interpretação de alguns assuntos do que outros. Um modo de pensar que enfatiza o contexto factual de casos específicos baseados em precedentes passados não é adequado para analisar questões de política social e econômica que, necessariamente, exigem dados científicos empíricos e estruturas conceituais de análise. Mas tal abordagem - a abordagem do direito consuetudinário

- está mais naturalmente sintonizada e confiante em analisar casos específicos de injustiça que focam os “direitos” dos indivíduos vis-à-vis ao Estado.

De maneira mais geral, eu digo que a dinâmica da vida constitucional de uma nação, como caracterizada por essa estrutura, é determinada por quais idiomas cada um dos ramos do governo fala e em que intensidade cada uma dessas vozes tem o poder de falar umas com as outras.

Novamente, isso não é uma afirmação normativa, mas uma afirmação positivista e descritiva. Eu não deveria ser levado a me colocar no campo daqueles que usam a metáfora do diálogo para legitimar a revisão judicial. Concordo com o argumento de Kavanagh de que o diálogo é uma metáfora e não uma teoria⁴⁵. Eu vejo isso apenas como uma maneira de caracterizar a dinâmica constitucional em diferentes jurisdições. Isso facilita as comparações entre jurisdições. E possibilita um debate normativo sobre se deve-se aumentar ou diminuir o volume em que uma instituição se engaja no diálogo ou se deve mudar a linguagem na qual uma instituição de governo fala. Porque esta é também uma escolha de design constitucional. Ao constituir diferentes ramos do governo nas formas como fazemos em uma jurisdição de direito comum, privilegiamos certas perspectivas - direito, política e política. É tão difícil imaginar que, sendo diferente, é fácil esquecer que é uma escolha. Mas isso é.

4. ESTADO DE DIREITO:

Finalmente, desenvolvo este último ponto em uma direção mais explicitamente normativa. Minha opinião é que o estado de direito e a separação de poderes exigem que os ramos do governo falem em diferentes línguas como uma diretriz normativa.

Primeiro, explico minha concepção do estado de direito. Busco os elementos centrais da doutrina que são comuns à maioria dos relatos de outros, que provavelmente serão amplamente aceitos e que possam ser afirmados de maneira simples e coerente para que o estado de direito possa, relativamente facilmente, ser compreendido e aplicado. Minha concepção centra-se na certeza e na liberdade da arbitrariedade na lei⁴⁶. Envolve levar a sério as palavras da frase “o estado de direito”

⁴⁵ Ver Kavanagh (n 6 above).

⁴⁶ Palmer (2007)_ (n 7 above) pp 586–589; Palmer (2008) (n 8 above) pp 285–289.

e tenta aperfeiçoar o propósito funcional do estado de direito no desenho constitucional. Ele se casa texto e propósito, como está na moda na interpretação estatutária nos dias de hoje. Considero a frase “o estado de direito”, por si só, sugerir que existe algum significado distintamente separado ou objetivo para o direito que é independente dos interesses humanos. É a própria lei que governa e que deveria governar. Eu sugiro esta definição:

O estado de direito exige que o significado de uma lei como ela é aplicada:

- independente dos interesses daqueles que fizeram a lei; e
- independente dos interesses daqueles que aplicam a lei; e
- independente dos interesses daqueles a quem é aplicado; e,
- independente do tempo em que é aplicado.

Essa formulação enfatiza que o estado de direito é um ideal - o que pode explicar a disputa sobre seu conteúdo. Toda lei é, naturalmente, uma construção humana - formulada por humanos, aplicada por seres humanos, aos seres humanos. Sugiro, porém, que o ideal para o qual o Estado de Direito se esforça é eliminar, na medida do possível, a influência dos interesses de determinados atores humanos. A essência do conceito do estado de direito procura promover a justiça invocando um véu rawlsiano de ignorância dos interesses particulares em relação ao conteúdo da lei⁴⁷. Remover os interesses humanos das decisões tomadas através de agentes humanos deve ser um ideal - como um limite abordado, mas nunca atingido através do cálculo diferencial. Mas um ideal digno vale a pena tentar abordar, bem como para encapsular claramente.

Sugiro que minha concepção do estado de direito se baseia em fundamentos essenciais comuns aos comentaristas mais influentes. É o estado de direito, não de homem ou mulher. Nenhum homem ou mulher está acima da lei, e todo homem e mulher está sujeito a ela, para lembrar o professor Albert Venn Dicey⁴⁸. As leis devem ser públicas para que todos aqueles a quem é aplicada tenham igual oportunidade de observar a lei. As leis devem ser prospectivas pelo mesmo motivo. As leis devem ser

⁴⁷ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Belknap Press, 1971).

⁴⁸ AV Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution* (London: MacMillan & Co, 1885) Lecture V.

aplicadas através de uma audiência justa, de modo a ser independente dos interesses daqueles que as aplicam. Generalidade, certeza e liberdade da arbitrariedade são fundamentais para o conceito.

Aceito que a concepção que ofereço segue Joseph Raz como sendo mais na tradição das teorias “formais” do que “substantivas” do estado de direito, de acordo com a dicotomia analisada por Paul Craig e outros⁴⁹. É mais semelhante à “concepção do livro de regras” de Dworkin do que à sua teoria baseada em direitos que funde o estado de direito com sua teoria da lei em si⁵⁰. Mas, eu sustento, para que o estado de direito permaneça um conceito útil, ele deve ser confinado à sua essência. De outro modo, temo que o aparente apelo genérico do termo crie uma grande tentação de carregá-lo com aspectos de todos os outros conceitos jurídicos fundamentais que também são atraentes. Isso terminará em incoerência confusa, como talvez já tenha ocorrido. Além disso, tal incoerência doutrinária corre o risco de incoerência constitucional. Para mim, o risco de incoerência da noção do estado de direito é grande o suficiente para eu me juntar a Raz quando ele diz⁵¹:

“... O estado de direito é apenas uma das virtudes pelas quais um sistema legal pode ser julgado e pelo qual deve ser julgado. Não deve ser confundido com democracia, justiça, igualdade (perante a lei ou outra), direitos humanos de qualquer tipo ou respeito pelas pessoas ou pela dignidade do homem”.

A democracia, a justiça e os direitos humanos estão em seus próprios pés, com seus próprios significados, assim como o estado de direito. Esses conceitos devem ser distintos para serem úteis, mesmo se estiverem inter-relacionados.

Também pode ser visto como essa concepção do estado de direito está intimamente ligada à separação de poderes e independência judicial. A separação de poderes é uma condição necessária (mas não suficiente) para o estado de direito. Se

⁴⁹ Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework” [1997] PL 467 (embora sugiro que minha concepção não seja “formalista” no sentido de se relacionar apenas com o procedimento, porque se preocupa com a substância de uma lei). Da mesma forma, é mais um ideal “formalista” do que um ideal “historicista”, “processo legal” ou “substantivo” em termos de uma classificação em quatro partes proposta por Richard H Fallon, “‘The Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse” (1997) 97 Colum L Rev 1.

⁵⁰ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985).

⁵¹ Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” (1977) 93 LQR 195, 196.

um legislador não apenas faz, mas também interpreta e aplica a lei, então o significado da lei provavelmente residirá na intenção do legislador no momento em que for aplicada. O legislador / intérprete pode identificar retrospectivamente na lei “o que eu quis dizer na época”, mesmo que isso não esteja presente ou seja evidente no texto legal no momento em que é feito ou no momento em que é interpretado. É este aspecto da combinação de fazer e aplicar lei que é contrária ao estado de direito. O significado da lei se tornaria aquilo que o criador e aplicador mais tarde consideraria, arbitrariamente, correto - em vez de um significado que reside na própria lei. A lei não governaria; não teria significado independente. O legislador e o aplicador governariam, arbitrariamente, sem controle independente da própria lei.

Não imagino que a doutrina da separação de poderes seja, em princípio, controversa em muitas jurisdições da *common law*. Eu, no entanto, pergunto o que essa separação realmente requer em termos de diálogo constitucional. Em particular, a separação de poderes exige apenas que a identidade dos indivíduos que fazem e apliquem a lei seja separada e diferente? Ou requer que suas perspectivas ou mentalidades também sejam separadas e diferentes?

Parece-me que a saúde constitucional normativa de qualquer governo é melhorada pelos diferentes ramos do governo que exercem o poder público pensando e falando em diferentes línguas. Queremos que as instituições pensem abstratamente sobre a formulação de políticas gerais e princípios legais e contextualmente sobre como esses princípios se aplicam e devem ser aplicados à realidade confusa de fatos específicos de casos particulares. Cada perspectiva verifica o outro.

E aqui, finalmente, está minha ligação entre o diálogo constitucional e o estado de direito. Tente conceber um sistema constitucional em que o executivo, o legislativo e o judiciário falem todos a mesma língua - todos têm a mesma mentalidade, os mesmos preconceitos e pressupostos e os mesmos preconceitos - todos pensam e abordam questões jurídicas e políticas exatamente mesmo caminho. Hipoteticamente e normativamente, isso seria um problema constitucional?

Pode-se dizer que tal situação teria a vantagem da eficiência. Todos os ramos do governo se entenderiam bem. Mas, nesse extremo hipotético, eu me preocuparia com uma mentalidade uniforme em todos os ramos do governo. A grande vantagem do direito comum em casos individuais é o cruzamento de informações que fornece

sobre a generalidade da legislação - examinando o efeito da lei geralmente elaborada em circunstâncias factuais específicas. Fazendo justiça no caso individual, os tribunais testam a formulação da legislação e eles próprios formulam o direito comum. E a legislatura pode anular um caso individual no interesse do bem maior de uma regra geral. Com o tempo, através da iteração de tal diálogo constitucional, geramos melhores leis e políticas, beneficiando das diferentes perspectivas de nossos diferentes ramos de governo.

Mas se todos os ramos abordam as questões da mesma maneira, então as leis e políticas, incluindo o direito constitucional, não se beneficiariam de tal verificação cruzada. Haveria pouco sentido no diálogo constitucional. Por que o Judiciário precisa levantar sua voz ao executivo ou à legislatura se eles têm a mesma opinião?

Esta é a minha afirmação: a separação de poderes e o estado de direito exigem que o diálogo constitucional seja conduzido em diferentes línguas. Em meu cenário hipotético, os mesmos indivíduos não estariam interpretando e aplicando a lei como aqueles que a fazem. Mas se eles compartilham os mesmos preconceitos, suposições, perspectivas e preconceitos - se eles falam a mesma língua - então eles também podem ser os mesmos. Eu sugiro que isso seria contrário ao estado de direito. Não só precisamos que nossos legisladores e juízes sejam pessoas diferentes, mas também precisamos que eles pensem de maneira diferente. Caso contrário, não seria a lei que governa. Seria a perspectiva, linguagem ou cultura comum - a cultura "governante".

O gênio do sistema do *common law* não está no espírito das leis de Montesquieu de termos pessoas diferentes ou instituições diferentes fazendo e aplicando leis. É que justapomos nessas instituições pessoas que pensam em termos de princípio genérico e outras que pensam em termos da justiça do caso individual. Juntos, o diálogo entre essas perspectivas contribui em conjunto para a saúde de nossos sistemas constitucionais de *common law*⁵². Sim, ajuda a eficiência se os diferentes ramos do governo se entenderem. Mas provavelmente não restringiria o potencial abuso do poder coercitivo, se eles se entendessem tão bem que perderiam sua própria linguagem e perspectiva.

⁵² See Joseph (n 4 above).

Por este motivo, não é o diálogo constitucional que justifica a voz judicial. Mas a necessidade de diálogo constitucional, entre as diferentes línguas que escolhemos privilegiar no exercício do poder, justifica a voz judicial, se estamos comprometidos