

A *Notwithstanding Clause* e a Constituição do Canadá

Marcelo Casseb Continentino¹

A *notwithstanding clause* (*non-obstante* ou *override clause*) ou, simplesmente, “cláusula não obstante” é fruto de uma tentativa de conciliar as restrições inerentes a uma ordem jurídica constitucional com os pilares democráticos do Estado de Direito. Alguns autores apontam -na como instituidora de um sistema de controle de constitucionalidade “fraco” (*weak-form of judicial review*).

A cláusula não obstante foi prevista na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, que ostenta a seguinte redação:

“Exceção à expressa declaração

33 (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar em Ato do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que seu Ato ou disposição produzirá efeito não obstante a cláusula inclusa na seção 2 ou seções 7 a 15 desta Carta.

Produção excepcional de efeitos

(2) Um Ato ou disposição de um Ato a respeito do qual se fez a declaração sob esta seção produzirá efeitos válidos como se ele o fosse, apesar da cláusula desta Carta a ela referida na declaração.

Limitação de cinco anos

(3) A declaração feita sob a subseção (1) cessará seus efeitos cinco anos após sua aplicação ou em data anterior, a ser especificada na declaração.

Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode reeditar a declaração feita sob a subseção (1).

¹ Mestre e Doutorando em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor de Direito Constitucional dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) e da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região (ESMATRA). Procurador do Estado de Pernambuco. Sugestões e críticas: macasseb@gmail.com.

Limitação de cinco anos

(5) Subseção (3) aplica-se no que se refere à reedição feita sob a subseção (4).”

A seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, de 1982, estabelece:

“Exceção à expressa declaração

33 (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar em Ato do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que seu Ato ou disposição produzirá efeito não obstante a cláusula inclusa na seção 2 ou seções 7 a 15 desta Carta.

Produção excepcional de efeitos

(2) Um Ato ou disposição de um Ato a respeito do qual se fez a declaração sob esta seção produzirá efeitos válidos como se ele o fosse, apesar da cláusula desta Carta a ela referida na declaração.

Limitação de cinco anos

(3) A declaração feita sob a subseção (1) cessará seus efeitos cinco anos após sua aplicação ou em data anterior, a ser especificada na declaração.

Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode reeditar a declaração feita sob a subseção (1).

Limitação de cinco anos

(5) Subseção (3) aplica-se no que se refere à reedição feita sob a subseção (4).”

Como se pode perceber, ela permite ao legislador reeditar a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá, em face da Seção 2 (que compreende os direitos fundamentais à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião) e das Seções 7 a 15 (referentes ao direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, liberdade de não vir a ser irrazoavelmente investigado, confiscado, preso ou detido, além do direito à igualdade dentre outros) da Carta de Direitos². Vale ressaltar

² Segundo expõe Mark Tushnet (*Alternative forms of judicial review*. *Michigan Law Review*: Vol. 101, Iss. 8, August, 2003, p. 2781-2802), a institucionalização da *weak-form*, na Carta de Direitos do Canadá, permite ao legislador determinar que uma norma – apesar de possivelmente encontrar-se em conflito com a Constituição (segundo a corte) – venha produzir efeitos. Ou seja, com a *notwithstanding clause*, afasta-se o caráter vinculante e definitivo da interpretação constitucional da Suprema Corte a curto prazo, na medida em que, em discordando da interpretação judicial, o Poder Legislativo poderá reeditar o ato normativo anteriormente considerado inválido.

que muitos dos direitos fundamentais nela contemplados não são abrangidos pela Seção 33.

Malgrado suscitasse grande controvérsia quanto à sua natureza, finalidade e eficácia, a cláusula não obstante tem suas raízes ligadas à tentativa de resgatar-se a importância do Parlamento no arcabouço institucional democrático, sem, no entanto, ignorar ou desconsiderar os direitos fundamentais assegurados.

Nesse contexto, historiam DAVID JOHANSEN e PHILIP ROSEN³ que ela adveio de alguns esparsos precedentes legislativos canadenses, os quais determinavam que a *Bill of Rights* tinha primazia nos conflitos legislativos, a não ser que a cláusula não obstante fosse invocada. Destacam, ainda, que tal instituto teria sido primeiramente proposto, em 1980, durante as deliberações do Comitê de Ministros, responsáveis por questões constitucionais. Após discussões referentes a quais direitos seriam englobados pela eficácia da cláusula, ao tempo de sua vigência e à possibilidade de reedição das leis tidas por inconstitucional, em novembro de 1981, todos os representantes canadenses, à exceção dos da Província de Quebec, consentiram com o Ato Constitucional, que instituiu a cláusula não obstante. Os participantes das conferências ministeriais (parlamentares e grandes autoridades) divergiam profundamente sobre o uso dela.

Para uns, a exemplo do Premier de New Brunswick, os direitos deveriam ser compartilhados por todos igualmente, o que poderia ser comprometido pela cláusula. Para outros, como o Procurador Geral de Manitoba, os direitos seriam protegidos não só pela Constituição, mas principalmente pelo direito político do povo que daria continuidade ao projeto constitucional.

³ Cf. JOHANSEN, David and ROSEN, Philip. *The notwithstanding clause of the charter*. Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp194-e.htm>. Acesso em: 02/05/2005.

Também se viu, nela, um mecanismo de balanceamento entre a Corte e o Parlamento. No entanto, o argumento predominante, defendido pelo Primeiro Ministro do Canadá, sustentava que – embora a cláusula não obstante pudesse ser objeto de abuso – ela poderia assegurar ao Poder Legislativo a *última palavra*. Em sua complementação, pronunciou-se o Ministro de Justiça do Canadá, para afirmar representar ela uma válvula de segurança que dificilmente seria utilizada, salvo para assegurar a *última palavra* ao legislador, nas questões de políticas públicas de extrema relevância. Permitiria, portanto, a *notwithstanding clause* que a decisão judicial não prevalecesse sobre a política, que teria amplo respaldo popular. Eis, portanto, seu objetivo fundamental.

Entretanto, a controvérsia em torno de sua adoção perdurou. Ainda hoje, passados quase trinta anos de vigência da Carta de Direitos do Canadá, desperta a cláusula não obstante opiniões opostas, não se oportunizando aos críticos formular um retrospecto inequívoco sobre a história de sua aplicabilidade.

Para Mark Tushnet⁴, a *weak-form* não é uma instituição estável, tendo em vista que pode transmutar-se para a *strong-form*, dada a raridade da utilização da *override* pelo Poder Legislativo, no Canadá⁵. No entanto, segundo Kent Roach, a *notwithstanding clause* deve ser entendida a partir de uma compreensão mais ampla da *judicial review*, em que se concebe o “controle de constitucionalidade como forma de

⁴ Cf.: TUSHNET, Mark. *Judicial activism or restraint in a section 33 world*. *University of Toronto Law Journal*: Vol. LIII, n. 1, Winter, 2003, p. 89. Do mesmo autor, vide: TUSHNET, Mark. *Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism*. *Law and Philosophy*: Vol. 22, n. 3-4, July, 2003, p. 353–379; *Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution?* *Dissent*: n. 52, Iss. 2, Spring, 2005, p. 59-63; *On judicial review*. *Dissent*: n. 52, Iss. 3, Summer, 2005, p. 85-86.

⁵ Cf. HOGG, Peter. *Constitutional law of Canada*. 4. ed. Scarborough: Thomson & Carswell, 2006, p. 877 e ss.

diálogo entre a corte e o parlamento” (*judicial review as a form of dialogue between courts and legislatures*)⁶.

Dessa feita, há quatro modos por que o *diálogo institucional* pode se realizar: (a) o legislador não manifestaria qualquer reação contra a decisão judicial; (b) o legislador editaria nova lei em conformidade com o parâmetro fixado pela corte; (c) poderia, ainda, o legislador refazer o diploma legal com leves alterações, mas sem alterar as disposições mais questionadas pela corte; (d) por fim, sendo-lhe permitido valer-se da *override clause*, o legislador editaria ato idêntico ao declarado inconstitucional não obstante a decisão judicial. Portanto, a utilização da *notwithstanding clause* deve ser lida a partir do contexto integrado pelo processo de diálogo, que deve existir, entre os Poderes⁷.

Nesse ponto, Kent Roach⁸ é categórico: embora não seja comumente utilizada no Canadá e o Parlamento federal nunca tenha se valido dela, a *override clause* representa um caminho de diálogo entre cortes e legislativos, que podem usá-la para resolver diferenças intratáveis entre as duas instituições, sinalizando à sociedade o que está sendo feito.

A experiência canadense, desse modo, contribui para a formação de uma cultura jurídico-constitucional em que a *supremacia constitucional* não se confunde

⁶ Cf. ROACH, Kent. *Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the canadian experience*. *Texas International Law Journal*: Vol. 40, Iss. 3, Spring, 2005, p. 537-576. Sobre a *judicial review* como processo de diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, vide: HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)*. *Osgoode Hall Law Journal*: Vol. 35, n. 1, 1997, p. 75-124.

⁷ Para aprofundar a temática, veja-se dentre outros: TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights (judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law)*, *passim*; ROACH, Kent. *The supreme court on trial (judicial activism or democratic dialogue)*, *passim*; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy (origins and consequences of the new constitutionalism)*. Cambridge: Harvard University, 2004, *passim*; DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited*. *I-CON*: Vol. 5, n. 3, 2007, p. 391-418.

⁸ Cf. ROACH, Kent. *Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the canadian experience*. *Texas International Law Journal*: Vol. 40, Iss. 3, Spring, 2005, p. 543.

com a *supremacia judicial*⁹, ou seja, para a consolidação de uma compreensão institucional segundo a qual todos os Poderes são igualmente submetidos à Constituição, bem como obrigados a respeitá-la e efetivá-la.

Nessa perspectiva, independentemente de uma efetiva e intensa utilização da *override clause*, a doutrina canadense reconhece a prática de um *diálogo institucional* entre os Poderes Legislativo e Judiciário¹⁰, que viabiliza respostas legislativas às interpretações judiciais cujas razões costumam se agregar às discussões do Parlamento e vice-versa. Em especial, os próprios juízes da Suprema Corte do Canadá invocam, em seus votos, o conceito do *diálogo* como razão para conferir ao Legislativo maior grau de deferência em suas deliberações, ao se editarem novos atos normativos com o mesmo conteúdo (ou similar) daquele anteriormente considerado inconstitucional pelo tribunal.

Tem-se, por esse modo, no Canadá, estabelecida uma prática judicial fortemente pautada pela noção da supremacia constitucional, em que a Suprema Corte não se arroga na condição de intérprete último e definitivo da Constituição, mas entende a si mesma como mais um dos atores integrantes da comunidade de intérpretes. Assim, lá, o Poder Judiciário mostra-se muito mais propício a cumprir com o papel de tutor do processo discursivo da formação da vontade política.

⁹ Sobre a temática, vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008 (Capítulo IV).

¹⁰ Cf. HOGG, Peter. *Constitutional law of Canada*. Toronto: Thomson & Carswell, 2006, p. 752-758.