

THE COLLABORATIVE CONSTITUTION – AILEEN KAVANAGH

Carlos Alberto Molinaro

Doutor em Direito. Professor Emérito da PUCRS. Advogado Jubilado pela OABRS. E-mail: carlosalbertomolinaro@gmail.com.

Resumo: Resenha do livro “The Collaborative Constitution”, de Aileen Kavanagh.

Palavras-chave: Abordagem colaborativa. Governança constitucional.

Sumário: I Introdução – II Breve percurso panorâmico da obra – III A visão colaborativa da Constituição – IV Conceito de constitucionalismo colaborativo e a investigação politêmica da obra – V Méritos e insuficiências – VI Considerações finais – VII Glossário de termos-chave – Referências

I Introdução

A good book does reward you for trying to read it. The best books reward you most of all. The reward, of course, is of two kinds. First, there is the improvement in your reading skill that occurs when you successfully tackle a good, difficult work. Second – and this in the long run is much more important – a good book can teach you about the world and about yourself. You learn more than how to read better; you also learn more about life. You become wiser. Not just more knowledgeable – books that provide nothing but information can produce that result. But wiser, in the sense that you are more deeply aware of the great and enduring truths of human life.¹

¹ Mortimer J. Adler. How to Read a Book: The Classic Guide to Intelligent Reading. EPUB, New York: Simon it Schuster, Inc., 1972, pos. 348. (“Um bom livro realmente recompensa quem se esforça para lê-lo. Os melhores livros recompensam ainda mais. A recompensa, claro, é de dois tipos. Primeiro, há a melhoria na sua habilidade de leitura que acontece quando você enfrenta com sucesso uma obra boa e desafiadora. Segundo — e a longo prazo isso é muito mais importante — um bom livro pode ensinar sobre o mundo e sobre você mesmo. Você aprende mais do que apenas ler melhor; você também aprende mais sobre a vida. Você se torna mais sábio. Não apenas mais informado — livros que oferecem apenas informação podem fazer isso. Mas, mais sábio, no sentido de estar mais profundamente consciente das grandes e duradouras verdades da vida humana”. Trad. livre).

O livro “The Collaborative Constitution” de Aileen Kavanagh,² editado pela Cambridge University Press em 2023, propõe uma exploração instigante do direito constitucional através da perspectiva da colaboração. Com 509 páginas, esta obra faz parte da prestigiada série Cambridge Studies in Constitutional Law e proporciona uma análise abrangente que é simultaneamente oportuna e essencial para docentes, discentes, juristas e estudiosos do direito constitucional.

A autora defende uma mudança de paradigma na forma como entendemos o constitucionalismo, realçando a *dimensão da colaboração entre vários atores dentro do quadro constitucional*. Kavanagh critica as visões tradicionais que frequentemente retratam o direito constitucional como um conjunto rígido de regras que são aplicadas por uma autoridade exclusiva. Contrariamente, defende que uma abordagem colaborativa promove um sistema legal mais dinâmico e reativo, com capacidade de adaptação às complexidades da governação moderna.

Trata-se de um livro meticulosamente estruturado, apresentando uma panorâmica histórica do desenvolvimento constitucional e da evolução das práticas de colaboração. Kavanagh percorre com habilidade vários estudos de caso e quadros jurídicos, ilustrando a forma como a colaboração tem sido implementada em diferentes jurisdições. As suas análises são ricas em exemplos, o que as torna acessíveis, ao mesmo tempo que se debruçam sobre teorias jurídicas mais sofisticadas.

Um dos pontos de destaque do trabalho de Kavanagh é a sua abordagem interdisciplinar. A autora recorre à teoria política, à sociologia e aos estudos jurídicos, proporcionando uma visualização integral da constituição colaborativa. Esta amplitude de perspectiva não só contribui para enriquecer o discurso, como também convida os leitores a considerarem as implicações da colaboração para além dos textos jurídicos, estendendo-se aos domínios da política pública e do envolvimento cívico.

A redação de Kavanagh é muito clara e persuasiva, tornando ideias complexas compreensíveis sem sacrificar a profundidade. A competência de Kavanagh para se envolver em conceitos teóricos e aplicações práticas é notável, e argumenta com precisão que a colaboração pode melhorar a legitimidade democrática e a responsabilização. O livro também aborda os potenciais desafios e críticas do constitucionalismo colaborativo, demonstrando o profundo conhecimento da autora sobre o assunto.

² Aileen Kavanagh é uma proeminente professora de direito constitucional, ocupando hoje a posição de Professora de Governação Constitucional no Trinity College de Dublin. Além disso, é diretora do Trinity Centre for Constitutional Governance. A pesquisa de Kavanagh centra-se na interpretação constitucional e no papel dos tribunais na governação democrática, com publicações significativas, nomeadamente “The Collaborative Constitution”, e vários artigos nas principais revistas jurídicas. Recebeu vários prémios, incluindo o British Academy Midcareer Research Fellowship e o Erasmus+ Award.

II Breve percurso panorâmico da obra

A introdução de *The Collaborative Constitution*, intitulada “O Chamado à Colaboração”, apresenta a tese central do livro: o constitucionalismo colaborativo é uma *prática* e um *princípio* fundamental para democracias constitucionais eficazes.

O cerne do argumento de Kavanagh reside na ideia de que a proteção e a promoção de direitos não devem ser vistas como uma batalha entre tribunais e legislativos. Em vez disso, os três ramos que envolvem a governação – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – devem ser entendidos como parceiros nesse empreendimento.

A introdução descreve a estrutura do livro, dividida em quatro partes:

- **Parte I: Instituições e Interações:** Explora as bases teóricas do constitucionalismo colaborativo, desafiando a narrativa tradicional que coloca tribunais contra legislativos.
- **Parte II: Direitos na Política:** Examina o papel proeminente do Executivo e do Legislativo na proteção de direitos, analisando como esses ramos interagem no sistema de Westminster.³
- **Parte III: Juiz como Parceiro:** Argumenta que, em vez de serem vistos como os guardiões finais dos direitos, os juízes devem ser entendidos como parceiros em um empreendimento colaborativo.
- **Parte IV: Legislativos Responsivos:** Aborda o papel dos governos e legislativos na resposta a decisões judiciais sobre direitos, particularmente em sistemas de “revisão de forma fraca”.

Kavanagh enfatiza a natureza dupla do conceito de “constituição colaborativa”. É tanto uma descrição da prática constitucional contemporânea quanto um ideal normativo para democracias constitucionais. O livro se baseia em exemplos concretos, utilizando o Reino Unido como um estudo de caso particularmente revelador da prática colaborativa em ação.

A introdução conclui destacando a importância das normas constitucionais informais e não codificadas para o bom funcionamento de qualquer democracia constitucional. O sucesso a longo prazo depende da saúde das relações de trabalho entre os diferentes ramos do governo, relações essas construídas sobre as bases da cortesia, colaboração e respeito mútuo.

A *Parte I* de “A Constituição Colaborativa”, intitulada “Instituições e Interações”, critica as abordagens tradicionais para a proteção de direitos, como o

³ Em Westminster se abriga o Parlamento do Reino Unido. No capítulo 5, *Legislando para os Direitos*, a autora vai demonstrar como as propostas de projectos legislativos do Governo entram no Parlamento para análise, deliberação e debate. Nesse sentido propõe a metáfora de passar “de Whitehall para Westminster”, ou seja, do Executivo (*Whitehall*) para o Legislativo (p. 150; nota do resenhista).

maniqueísmo e a teoria do diálogo, e apresenta a proposta central do livro: a “constituição colaborativa”.

- Capítulo 1: “Constitucionalismo Além do Maniqueísmo” – Este capítulo argumenta que a dicotomia tradicional entre tribunais e legislativos na proteção de direitos, frequentemente retratada como uma “batalha” ou “choque de titãs”,⁴ é inadequada e simplista. Em vez de ver os tribunais como heróis e o legislativo como vilões (ou vice-versa), o livro propõe uma abordagem mais matizada, argumentando que todos os ramos do governo são “*alternativas imperfeitas*” com a responsabilidade compartilhada de proteger os direitos. O capítulo examina a influência da narrativa “maniqueísta”, que enquadra o debate em termos de “tribunais *versus* legislativo” ou “constitucionalismo político *versus* jurídico”. O capítulo argumenta que essa abordagem, focada em identificar “heróis *versus* vilões” e “bem *versus* mal”, ignora a complexidade da interação entre os ramos do governo na proteção de direitos.
- Capítulo 2: “A Promessa e os Perigos do Diálogo” – Este capítulo examina a teoria do “diálogo”, que ganhou destaque no início do século XXI como uma alternativa ao maniqueísmo na proteção de direitos. Embora reconheça as contribuições da teoria do diálogo, o capítulo argumenta que ela se mostrou insuficiente por se basear em uma visão simplista da interação entre os ramos do governo. O capítulo analisa a ascensão do diálogo de “metáfora a modelo” no Canadá e no Reino Unido, examinando o debate sobre o diálogo em ambas as jurisdições. A crítica reside no fato de que a promessa de um diálogo harmonioso e produtivo entre os poderes ignora os inevitáveis desacordos, a complexidade das interações institucionais e o risco de distorção das funções de cada poder.
- Capítulo 3: “O Caso da Colaboração” – Este capítulo apresenta a proposta central do livro: a “constituição colaborativa”. O capítulo argumenta que a proteção de direitos é mais eficaz quando os diferentes ramos do governo trabalham em conjunto, cada um desempenhando um papel específico com base em suas respectivas forças e fraquezas. A “constituição colaborativa” se baseia em três pilares: (1) uma divisão de trabalho constitucional entre os poderes, (2) respeito mútuo e deferência entre os ramos do governo, e (3) um entendimento compartilhado da importância dos direitos na democracia constitucional.

⁴ Aqui para descrever um debate fundamental entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. O “choque de Titãs” refere-se sobre quem, em uma democracia, deve ter a palavra final na proteção de direitos – tribunais ou legislativos. Dworkin argumenta que os tribunais deveriam ter a palavra final, enquanto Waldron defende a supremacia legislativa. Esse debate ilustra as perspectivas contrastantes dentro do constitucionalismo, espelhando o debate mais amplo entre o constitucionalismo político e jurídico (nota do resenhista).

Em resumo, na Parte I a autora argumenta que a ênfase na colaboração, em vez de conflito ou um diálogo idealizado, oferece uma estrutura mais precisa e produtiva para entender como os direitos são protegidos em uma democracia constitucional.

A *Parte II*, intitulada “Direitos na Política”, concentra-se no papel dos ramos Executivo e Legislativo na proteção de direitos, enfatizando sua função proativa e colaborativa nesse processo.

- Capítulo 4: “Governando com Direitos” – Este capítulo argumenta que a proteção de direitos é uma responsabilidade compartilhada entre os três ramos do governo, e não apenas domínio dos tribunais. O capítulo inicia-se com a afirmação de que todos os ramos do governo – o Parlamento, o Executivo e o Judiciário – compartilham a responsabilidade de proteger os direitos. O capítulo examina como o ramo Executivo, frequentemente considerado menos central na proteção de direitos, se engaja ativamente na promoção e defesa dos direitos. O capítulo destaca a importância do desenvolvimento da “consciência de direitos” dentro do Executivo, ilustrando como os direitos se tornaram parte integrante do processo de formulação de políticas. São analisados os mecanismos internos de verificação de compatibilidade de projetos de lei com os direitos humanos, como a Declaração de Compatibilidade prevista na Seção 19 da Lei de Direitos Humanos (HRA, pelo acrônimo em inglês) de 1998. O capítulo descreve o funcionamento do “Executivo plural”, analisando como diferentes atores dentro do Executivo – como o Gabinete, os funcionários públicos, o Procurador-Geral e o Comitê Conjunto de Direitos Humanos do Parlamento – interagem e colaboram para garantir a proteção dos direitos.
- Capítulo 5: “Legislando para os Direitos” – Este capítulo analisa o papel do Legislativo na proteção de direitos, demonstrando como este poder vai além da mera resposta às decisões judiciais, atuando também de forma proativa na promoção e proteção de direitos. O capítulo examina o papel do Parlamento, com foco no Comitê Conjunto de Direitos Humanos (*Joint Committee on Human Rights* – JCHR) como um “cão de guarda constitucional híbrido” que atua na interface entre o Legislativo e o Executivo. O capítulo argumenta que o Parlamento não é um ator passivo no processo de proteção de direitos, mas um parceiro ativo que contribui para a definição, especificação e defesa de direitos. O capítulo destaca a importância do escrutínio parlamentar das implicações de projetos de lei para os direitos humanos, com ênfase no papel do JCHR na sensibilização para os direitos humanos no Parlamento. O capítulo reconhece a influência do Executivo no processo legislativo, mas enfatiza a importância do parlamento bicameral – Câmara

dos Comuns e Câmara dos Lordes – na revisão e aprimoramento de projetos de lei, garantindo uma análise completa de suas implicações para os direitos humanos.

- **Capítulo 6: “Direitos Legislados: Da Dominação à Colaboração”** – Este capítulo desafia a visão tradicional de que os parlamentos, especialmente em sistemas parlamentaristas como o de Westminster, são dominados pelo Executivo e, portanto, incapazes de desempenhar um papel significativo na proteção de direitos. O capítulo aborda os desafios à participação significativa do Parlamento na proteção de direitos, como a dominância do Executivo e a crescente influência da jurisprudência na interpretação dos direitos. O capítulo argumenta que, apesar da dominância do Executivo, o Parlamento mantém sua capacidade de influenciar e moldar a legislação, inclusive em áreas sensíveis como o combate ao terrorismo. São analisados exemplos concretos de legislação sobre terrorismo no Reino Unido, como a Lei Antiterrorismo, Crime e Segurança de 2001 e a Lei do Terrorismo de 2006, para ilustrar a dinâmica entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário na proteção de direitos em um contexto desafiador. O capítulo argumenta que a interação entre esses ramos, embora complexa, demonstra que o Parlamento pode resistir à dominância do Executivo e garantir que as leis antiterrorismo sejam compatíveis com os direitos humanos.

Em resumo, a Parte II argumenta que o Executivo e o Legislativo desempenham papéis cruciais na proteção de direitos, não apenas respondendo às decisões judiciais, mas também agindo de forma proativa e colaborativa para promover uma cultura de direitos dentro do governo e da sociedade.

A *Parte III*, intitulada “Juiz como Parceiro”, explora o papel do Judiciário em uma democracia, com foco na colaboração entre os diferentes ramos de governo. Os capítulos dentro desta parte examinam como os atores constitucionais trabalham juntos para realizar os direitos. Esta parte começa com o Executivo e o Legislativo como atores pró-constitucionais para mostrar como eles colaboram na proteção de direitos.

Os capítulos da Parte III são:

- **Capítulo 7: “Juiz como Parceiro”** – Este capítulo argumenta que os juízes devem ser vistos como parceiros na proteção de direitos, em vez de guardiões supremos. Também argumenta que a relação entre os poderes do governo deve ser entendida como uma empresa colaborativa em que cada ramo desempenha um papel distinto, mas complementar.
- **Capítulo 8: “A HRA como uma Parceria em Curso”** – Este capítulo examina a Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act* – HRA) de 1998 como um estudo de caso de revisão judicial colaborativa na prática.

- **Capítulo 9: “Revisão Constitucional Calibrada”** – Este capítulo analisa diferentes abordagens de revisão judicial, argumentando que uma abordagem calibrada que equilibre as preocupações com a proteção de direitos e a democracia é mais desejável.
- **Capítulo 10: “Buscando um Constitucionalismo Colaborativo”** – Este capítulo explora estratégias que os tribunais podem usar para promover o constitucionalismo colaborativo, como o uso de remédios que incentivem o diálogo entre os poderes.

Ao apresentar o Executivo e o Legislativo como *atores pró-constitucionais* antes de discutir o papel do Judiciário, a Parte III enfatiza a importância primordial dos atores políticos na realização dos direitos em uma democracia constitucional. A análise segue a cronologia constitucional, pois as leis são elaboradas, propostas, examinadas e debatidas pelo Executivo e pelo Legislativo antes de os tribunais decidirem se uma disposição legislativa viola os direitos.

A *Parte IV*, “Legislativos Responsivos”, muda o foco da Parte III para investigar como governos e legislativos reagem às decisões judiciais sobre direitos. O foco desta parte está nos mecanismos de superação, revisão ou anulação em sistemas de “revisão de forma fraca”, onde os legislativos têm a capacidade de ajustar, alterar ou anular decisões judiciais sobre direitos. A Parte IV analisa esses mecanismos de anulação no contexto do constitucionalismo colaborativo, buscando promover a compreensão de como diferentes ramos de governo podem trabalhar juntos de forma construtiva, mesmo quando discordam sobre questões de direitos.⁵

⁵ No Brasil, observe-se, tem-se as denominadas Emendas Constitucionais de *Override* (!). O §2º do art. 102 da Constituição Federal determina que as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações declaratórias de constitucionalidade têm eficácia geral (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, assim como à administração pública, tanto direta quanto indireta. Entretanto, o STF tem afirmado que esse efeito vinculante não se aplica ao Poder Legislativo. Essa posição foi consolidada em julgamentos como o da ADI 2.797, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, e na ADI 5.105, relatada pelo ministro Luiz Fux. Este último ressaltou que: “[...] os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, conforme o art. 102, §2º, e o art. 103-A, permitindo, assim, a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias sobre o tema discutido na decisão judicial. [...]”. Vale destacar que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às ADIs foi introduzida pela Lei Federal nº 9.868/99 e posteriormente reforçada pela Emenda Constitucional nº 45/04, não fazendo parte do texto original da Constituição. As emendas “override” podem ser analisadas em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.425 e 4.578, considerando como o Poder Legislativo pode reagir a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que declaram normas inconstitucionais. Na ADI 4.425, o STF declarou a inconstitucionalidade de certos dispositivos legais, resultando em uma decisão que possui efeito vinculante, o que significa que a norma declarada inconstitucional não pode ser aplicada. Nesse contexto, o legislador, ao tomar ciência dessa decisão, pode optar por elaborar uma emenda constitucional ou uma nova lei que busque restaurar a norma ou criar uma nova que atenda aos requisitos constitucionais. Assim, a emenda “override” poderia ser utilizada para contornar a decisão do STF, desde que a nova norma respeite os princípios e limites estabelecidos pela Constituição. Por outro lado, na ADI 4578, o STF declarou a norma como improcedente, o que significa que a norma questionada permaneceu válida. Essa situação ilustra a dinâmica entre o Judiciário e o Legislativo, pois, mesmo com a

Os capítulos da Parte IV são:

- **Capítulo 11: “Subutilização da cláusula de desconsideração”** – Este capítulo examina a prática dos mecanismos de superação, revisão ou anulação, observando especificamente sua rara utilização. O capítulo analisa a Lei de Direitos Humanos (HRA) de 1998 do Reino Unido, que permite ao Parlamento anular as decisões do tribunal, como um estudo de caso.
- **Capítulo 12: “Declarações, Obrigações, Colaborações”** – Este capítulo discute se existe uma convenção constitucional a favor do cumprimento de declarações de incompatibilidade sob a HRA. O capítulo analisa o debate sobre o significado de uma declaração de incompatibilidade – se cria uma obrigação legal ou política para o Legislativo.

A Parte IV, portanto, analisa a interação entre tribunais e legislativos, enfatizando o papel dos legislativos na resposta e potencialmente na anulação das decisões judiciais. Ao fazê-lo, a Parte IV visa fornecer uma compreensão mais completa do constitucionalismo colaborativo na prática, onde diferentes ramos de governo trabalham juntos para proteger os direitos.

A *Conclusão*, “The Currency of Collaboration” (*A Moeda da Colaboração*), argumenta que proteger direitos é uma tarefa colaborativa que exige a participação dos três ramos de governo: Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada ramo possui um papel distinto, mas complementar, no esforço conjunto de assegurar um bom governo sob a Constituição. Rejeita a dicotomia tradicional entre supremacia judicial e legislativa, demonstrando como esses ramos podem se combinar, se contrabalancear e colaborar de maneiras construtivas e complementares. Destaca a importância fundamental das normas constitucionais não escritas e não codificadas para qualquer sistema de democracia constitucional. Argumenta que, além da estrutura constitucional formal, são as atitudes, normas e o compromisso dos atores políticos com as regras do jogo democrático que determinam a vitalidade de uma democracia constitucional.

decisão do STF mantendo a norma, o legislador ainda tem a capacidade de agir. Se desejar alterar a norma ou criar uma nova que aborde as questões levantadas, ele pode fazê-lo por meio de uma emenda ou nova legislação. Embora a decisão do STF tenha mantido a norma, o legislador pode responder a essa situação, demonstrando a flexibilidade do sistema jurídico. Essas duas ADIs exemplificam como as decisões do STF interagem com o papel do legislador. As emendas “override” são um mecanismo que permite ao Poder Legislativo responder a decisões judiciais, seja para restaurar normas que foram declaradas inconstitucionais (como no caso da ADI 4425) ou para modificar normas que, embora tenham sido consideradas válidas (como na ADI 4578), podem ser vistas como necessitando de ajustes. Esse diálogo entre os poderes é fundamental para a dinâmica do Estado democrático de direito, onde tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham papéis cruciais na interpretação e aplicação da Constituição (Nota do resenhista).

A autora usa o termo “moeda” para se referir a dois aspectos do constitucionalismo colaborativo:

- **Primeiro**, como um ideal em funcionamento em democracias constitucionais contemporâneas.
- **Segundo**, como um tipo de capital constitucional, um recurso valioso que deve ser preservado e fortalecido para garantir a sustentabilidade da democracia constitucional ao longo do tempo.

Kavanagh reconhece os desafios do populismo contemporâneo, que muitas vezes desrespeita as normas democráticas e o Estado de Direito. No entanto, argumenta que essa situação exige vigilância e ação, e não complacência. Ela faz um apelo à responsabilidade e cuidado constitucional, conclamando todos a proteger e promover as normas de civilidade, colaboração e *fair play* para assegurar uma democracia constitucional sustentável.

Enfim, enfatiza a importância da colaboração como um “capital constitucional” essencial para a saúde e sucesso a longo prazo de qualquer democracia constitucional.

- Destaca o papel das normas constitucionais *não escritas e não codificadas*, como o compromisso construtivo e o respeito mútuo.
- Alerta para a *fragilidade* da democracia constitucional quando se depende apenas de formas jurídicas, em detrimento das normas políticas.
- Faz um chamado à *ação* para nutrir a colaboração e a parceria constitucional, garantindo os benefícios de uma democracia constitucional sustentável.

III A visão colaborativa da Constituição

O conceito central defendido pela autora no livro é o *constitucionalismo colaborativo*. A autora argumenta que a proteção de direitos em uma democracia não é prerrogativa exclusiva de um único poder do governo, mas sim um *empreendimento colaborativo* que exige a participação ativa e interdependente dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao invés de enxergar os poderes do governo como rivais em uma luta pelo poder, a autora os caracteriza como *parceiros em um empreendimento comum*. Cada poder possui um papel distinto e complementar no sistema constitucional, e a eficácia da proteção de direitos depende da atuação conjunta e harmoniosa desses poderes. A autora critica a narrativa predominante que retrata a separação de poderes como um sistema de competição adversarial. Essa visão, argumenta ela, distorce a realidade da interação entre os poderes e obscurece as normas, práticas e virtudes que sustentam um sistema constitucional funcional. O *constitucionalismo colaborativo*, na visão da autora, requer que

os poderes do governo atuem com *comity*, *civilidade* e *moderação*, reconhecendo e respeitando os papéis distintos e a importância de cada um na busca pelo bem comum.

Tema principal: O sistema constitucional não deve ser visto como um embate entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Em vez disso, devemos abraçar a ideia de uma “Constituição Colaborativa”, onde tribunais e legislativos trabalham em conjunto, com respeito mútuo pelas suas funções distintas, para realizar os objetivos compartilhados de boa governança e proteção dos direitos.

Ideias e fatos importantes:

- Juiz como herói v. Juiz como parceiro: A autora argumenta contra a visão idealizada de juízes como heróis solitários que protegem os direitos da tirania da maioria. Em vez disso, ela defende uma visão mais realista de “juiz como parceiro”, reconhecendo o papel crucial dos tribunais na defesa do Estado de Direito e na responsabilização do governo, sem negar a legitimidade democrática do legislativo.

Em vez de perpetuar a imagem idealizada do juiz herói, defendo uma ideia mais modesta, mas, sugiro, mais precisa de “juiz como parceiro”. Na visão colaborativa, os juízes não são cruzados solitários em busca da iluminação moral nem nossos salvadores da depravação democrática. Em vez disso, eles são tomadores de decisão independentes em um esquema constitucional interdependente, cujo papel é arbitrar disputas legais, ao mesmo tempo em que respeitam o órgão legislativo democraticamente eleito.⁶

- Separação de poderes interativa: A autora defende uma visão interativa da separação de poderes, onde cada ramo opera não isoladamente, mas em constante diálogo e interação com os outros. Isso implica o reconhecimento da importância da contenção institucional, mas também da necessidade de colaboração e respeito mútuo.

Defendo que os ramos do governo são parceiros numa empresa colaborativa em que cada um desempenha papéis distintos mas complementares, ao mesmo tempo que trabalham em conjunto de forma mutuamente respeitosa, construtiva e solidária. Em vez de se

⁶ “Eschewing the image of the hero-judge, I defend a more modest but, I suggest, more accurate idea of ‘judge as partner’. On the collaborative vision, judges are neither solitary crusaders for moral enlightenment nor our saviours from democratic depravity. Instead, they are independent decisionmakers in an interdependent constitutional scheme, whose role is to adjudicate legal disputes, whilst paying respect to the democratically elected legislature” (p. 24 e s.).

enfrentarem para obterem a última palavra sobre direitos num combate constitucional feroz – ou de terem uma conversa constitucional amigável sobre direitos – defendo que devem trabalhar em conjunto num espírito de parceria constitucional. Nesta visão do constitucionalismo, os ramos do governo não são inimigos. Mas também não são amigos. Em vez disso, são parceiros num empreendimento de colaboração em que são obrigados a tratar-se mutuamente com cortesia e respeito. Passar do isolamento à interação – e da conversa à colaboração.⁷

- Limitações epistêmicas dos tribunais: A autora reconhece que os tribunais, devido à sua posição institucional, possuem limitações epistêmicas. O processo judicial adversarial, com sua ênfase em casos individuais, pode não ser a melhor maneira de lidar com questões complexas de política pública.

Ao resolverem litígios jurídicos, os juízes devem, simultaneamente, olhar para trás para dar efeito à lei tal como ela é, enquanto olham para a frente com vista a potencialmente desenvolver e alterar a lei. Enquanto o legislador pode fazer nova lei sobre os seus méritos de uma perspectiva voltada para o futuro [...].⁸

- *Janus-faced judging*: Juízes, ao interpretar e aplicar a lei, devem equilibrar a necessidade de fidelidade à lei como ela é com a possibilidade de desenvolvê-la e adaptá-la às circunstâncias contemporâneas. Isso requer uma abordagem incremental, cautelosa e respeitosa da função legislativa.

Ao resolver disputas legais, os juízes devem simultaneamente olhar para trás, a fim de dar efeito à lei como ela é, enquanto olham para frente com vista a potencialmente desenvolver e alterar a lei.⁹

⁷ “I argue that the branches of government are partners in a collaborative enterprise where they each play distinct but complementary roles, whilst working together in mutually respectful, constructive and supportive ways. Instead of squaring off against each other to get the last word on rights in fierce constitutional combat – or having a cosy constitutional conversation about rights – I argue that they must work together in a spirit of constitutional partnership. On this vision of constitutionalism, the branches of government are not enemies. But they are not friends either. Instead, they are partners in a collaborative enterprise where they are required to treat each other with comity and respect. Moving from isolation to interaction – and from conversation to collaboration” (p. 86).

⁸ “When resolving legal disputes, judges must simultaneously face back-ward in order to give effect to the law as it is, whilst facing forward with a view to potentially developing and changing the law. Whilst the legislature can make new law on its merits in a forward-looking fashion [...]” (p. 209/210).

⁹ “When resolving legal disputes, judges must simultaneously face back-ward in order to give effect to the law as it is, whilst facing forward with a view to potentially developing and changing the law” (p. 209).

- **Princípio da Legalidade:** A autora defende a centralidade do “princípio da legalidade” na interpretação e aplicação dos direitos. Esse princípio exige que os tribunais presumam que o legislativo não pretendeu restringir ou violar os direitos, a menos que essa intenção seja expressa de forma clara e inequívoca.

Citando Lord Hoffmann, em canônica decisão: “na ausência de linguagem expressa ou implicação necessária em contrário, os tribunais [...] presumem que mesmo as palavras mais gerais se destinam a estar sujeitas aos direitos básicos do indivíduo”.¹⁰

- **Revisão constitucional calibrada:** A autora argumenta que os tribunais devem calibrar sua revisão constitucional de acordo com o contexto, mostrando deferência ao legislativo em áreas onde este possui maior competência institucional e legitimidade democrática.

Embora “a existência de legislação devidamente promulgada não conclua a questão [...] o grau de respeito a ser demonstrado aos julgamentos considerados de uma assembleia democrática irá variar de acordo com o assunto e as circunstâncias”.¹¹

- **Legislativos responsivos:** A autora argumenta que a interação entre tribunais e legislativos pode levar a legislativos mais responsivos aos direitos, incentivando a deliberação e o escrutínio das leis à luz de suas implicações para os direitos.

Quando uma declaração é emitida, um padrão típico é que o Ministro do Governo competente faça um anúncio ao Parlamento afirmando que o governo está “considerando cuidadosamente todas as implicações da decisão” e está trabalhando para implementá-la.¹²

- **Colaboração, não confronto:** A autora argumenta que a “Constituição Colaborativa” oferece uma alternativa promissora ao confronto entre tribunais e legislativos, promovendo o diálogo, o respeito mútuo e o trabalho conjunto na busca da boa governança e da proteção dos direitos.

¹⁰ “[...] in the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts [...] presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual” (p. 217).

¹¹ “Although ‘the existence of duly enacted legislation does not conclude the issue [...] the degree of respect to be shown to the considered judgments of a democratic assembly will vary according to the subject matter and circumstances’” (p. 277).

¹² “When a declaration is issued, a typical pattern is for the relevant Government Minister to make an announcement to Parliament stating that the government is ‘carefully considering the full implications of the ruling’⁵⁹ and is working out how to implement it” (p. 372).

Em vez de vê-la como um veículo para o diálogo contínuo ou discordância entre tribunais e legislativos sobre o significado dos direitos, eles a conceberam de forma mais restrita como um mecanismo para correção de erros judiciais em extremis para contrariar “decisões absurdas” ou como uma forma “excepcional” de resolver desacordos intratáveis sobre o que os direitos exigem numa democracia.¹³

Como se pode observar, a obra de Aileen Kavanagh oferece uma perspectiva inovadora sobre a relação entre tribunais, legislativos e a proteção dos direitos. Ao defender uma “Constituição Colaborativa”, *a autora desafia as dicotomias tradicionais entre ativismo judicial e deferência, supremacia judicial e supremacia parlamentar*. Em vez de um embate entre poderes rivais, a autora nos convida a imaginar um sistema constitucional onde tribunais e legislativos trabalhem em conjunto, com respeito mútuo pelas suas funções distintas, para realizar os objetivos compartilhados de boa governança e proteção dos direitos.

IV Conceito de constitucionalismo colaborativo e a investigação politêmica da obra

(A) Conceito de “constitucionalismo colaborativo”.

O *constitucionalismo colaborativo* é um conceito que descreve o relacionamento entre os diferentes ramos do governo como uma *parceria colaborativa*. Em vez de ver os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como entidades isoladas ou em conflito, o constitucionalismo colaborativo os considera parceiros em um esforço conjunto para garantir um bom governo sob a constituição.

- No constitucionalismo colaborativo, cada ramo do governo tem um papel distinto, mas complementar, a desempenhar na proteção dos direitos.
- Em vez de defender a supremacia de um ramo sobre o outro, o constitucionalismo colaborativo enfatiza a importância da *comity* (cortesia e respeito mútuo entre os ramos do governo), colaboração e gestão de conflitos.
- O constitucionalismo colaborativo reconhece que os diferentes ramos do governo devem trabalhar juntos, em vez de lutarem entre si pelo poder. Essa abordagem reconhece que a proteção de direitos é uma responsabilidade compartilhada e que todos os três ramos do governo têm um papel importante a desempenhar.

¹³ “Rather than viewing it as a vehicle for ongoing dialogue or disagreement between courts and legislatures on the meaning of rights, they conceived it more narrowly as a mechanism for judicial error correction in extremis to counteract ‘absurd decisions’ or as an ‘exceptional’ way of resolving intractable disagreements about what rights require in a democracy” (p. 348/349).

- O conceito enfatiza a importância das normas constitucionais não escritas, como as convenções constitucionais no Reino Unido e nos países da Commonwealth. Essas normas informais, embora não sejam legalmente vinculativas, são essenciais para o bom funcionamento de um sistema constitucional. Elas ajudam a definir os papéis e responsabilidades dos diferentes ramos do governo e promovem a colaboração entre eles.
- O constitucionalismo colaborativo se manifesta na prática através de mecanismos como a revisão judicial calibrada, onde os tribunais se esforçam para respeitar a função legislativa ao interpretar e aplicar a lei.

Em resumo, o constitucionalismo colaborativo oferece uma visão mais matizada e realista da separação de poderes, reconhecendo a interdependência entre os ramos do governo e a necessidade de trabalhar em conjunto para alcançar os objetivos comuns da democracia constitucional.

(B) Vários temas principais permeiam o livro:

- 1. Separação de poderes colaborativa:** O livro rejeita as concepções tradicionais de separação de poderes baseadas no antagonismo ou competição entre os ramos de governo. Em vez disso, ele defende uma compreensão colaborativa, onde cada ramo desempenha um papel distinto, mas complementar, trabalhando em conjunto para proteger os direitos e promover uma boa governança.
- 2. Importância das normas não escritas:** O livro destaca a importância das normas constitucionais não escritas, como a civilidade, a restrição, a boa fé e o fair play constitucional, na formação da interação entre os ramos de governo. Essas normas, embora não estejam codificadas na lei, são essenciais para o bom funcionamento de uma democracia constitucional.
- 3. Restrição institucional:** O livro enfatiza a importância da restrição institucional por parte de todos os ramos de governo. Cada ramo deve exercer seus poderes com moderação, respeitando os papéis e prerrogativas dos outros ramos. A restrição institucional é essencial para evitar abusos de poder e manter o equilíbrio constitucional.
- 4. Diálogo versus colaboração:** O livro traça uma distinção importante entre “diálogo” e “colaboração”. Embora o diálogo implique uma troca de pontos de vista, a colaboração exige um compromisso com um objetivo comum e uma disposição para trabalhar em conjunto para alcançá-lo. O livro argumenta que uma abordagem colaborativa para a proteção de direitos é mais propícia à realização dos valores constitucionais.
- 5. Importância do contexto:** O livro enfatiza a necessidade de considerar o contexto ao analisar a interação entre os ramos de governo. Os papéis e responsabilidades de cada ramo podem variar dependendo do sistema

constitucional específico em questão, bem como das circunstâncias factuais e políticas relevantes.

Em resumo, “A Constituição Colaborativa” oferece uma estrutura abrangente e instigante para entender a relação entre os ramos de governo na proteção dos direitos. O livro desafia as ortodoxias existentes, destacando a natureza interdependente e colaborativa da governança constitucional.

V Méritos e insuficiências

A obra de Aileen Kavanagh, apresenta uma análise estruturada em quatro partes sobre a interação entre os ramos de governo na proteção de direitos, defendendo a tese da “constituição colaborativa”.

Parte I: Instituições e Interações

- **Ponto Forte:** Estabelece uma base teórica sólida ao questionar a dicotomia tradicional entre tribunais e legislativos. O argumento de que ambos são “alternativas imperfeitas” com responsabilidades compartilhadas é bem apresentado e serve como ponto de partida para a proposta da “constituição colaborativa”.
- **Ponto Fraco:** A crítica à teoria do “diálogo” pode ser considerada superficial. Apesar de apontar suas limitações, a análise não se aprofunda o suficiente nas nuances e possíveis aplicações dessa teoria em contextos específicos.

Parte II: Direitos na Política

- **Ponto Forte:** Destaca o papel crucial, porém frequentemente negligenciado, do Executivo e do Legislativo na proteção de direitos. A análise do desenvolvimento da “consciência de direitos” dentro do Executivo e a ênfase no papel proativo do Parlamento são contribuições importantes.
- **Ponto Fraco:** A análise da dominância do Executivo em sistemas parlamentaristas, como o de Westminster, carece de aprofundamento. A afirmação de que o Parlamento pode resistir a essa dominância, embora ilustrada por exemplos, precisa de mais evidências e argumentos para ser totalmente convincente.

Parte III: Juiz como Parceiro

- **Ponto Forte:** Aborda a interação entre os poderes do ponto de vista do Judiciário, enfatizando a necessidade de colaboração e diálogo. A proposta de uma “revisão judicial calibrada” que equilibre a proteção de direitos com a democracia é interessante e relevante.

- **Ponto Fraco:** A ordem de apresentação dos argumentos, priorizando o Executivo e o Legislativo como atores pró-constitucionais antes de discutir o papel do Judiciário, pode gerar questionamentos. Apesar da justificativa da “cronologia constitucional”, essa escolha pode ser interpretada como um reforço velado da supremacia do Legislativo e Executivo sobre o Judiciário.

Parte IV: Legislativos Responsivos

- **Ponto Forte:** Analisa a dinâmica entre os poderes sob uma nova perspectiva: a reação dos legislativos às decisões judiciais. A análise dos mecanismos de anulação e da “subutilização da revisão” contribui para uma compreensão mais completa da “constituição colaborativa” na prática.
- **Ponto Fraco:** A ênfase em sistemas de “revisão fraca” limita o escopo da análise. A discussão sobre a interação entre tribunais e legislativos em sistemas de “revisão forte”, onde as decisões judiciais têm maior impacto, seria enriquecedora.

Concluindo:

Como em qualquer obra acadêmica, há espaço para aprofundamento e aperfeiçoamento em alguns pontos. A ênfase na “moeda da colaboração” e na importância do respeito mútuo entre os poderes é fundamental para o sucesso da democracia constitucional.

VI Considerações finais

O trabalho de Kavanagh é notável pela sua perspectiva inovadora sobre a intrincada interação entre os ramos do governo num quadro constitucional democrático. Kavanagh introduz o conceito de “constitucionalismo colaborativo”, que desafia a narrativa convencional que frequentemente retrata os tribunais e os parlamentos como adversários envolvidos numa luta perpétua pela supremacia. Em vez disso, defende que a salvaguarda dos direitos numa democracia é uma responsabilidade coletiva, necessitando de cooperação entre os vários ramos governamentais. Esta perspectiva é particularmente relevante nos debates contemporâneos sobre governação, em que as complexidades das democracias modernas exigem uma compreensão diferenciada da forma como as diferentes instituições podem trabalhar em conjunto para defender os valores democráticos e proteger os direitos individuais.

Um dos pontos fortes significativos do trabalho de Kavanagh reside na sua abordagem interdisciplinar, que integra de forma harmoniosa a teoria constitucional com exemplos práticos de diversos sistemas jurídicos. Ao centrar-se no Reino Unido e na Lei dos Direitos Humanos de 1998, a autora ilustra a forma como os

esforços de colaboração entre os ramos governamentais se podem manifestar em cenários do mundo real. A análise do Human Rights Act serve como um estudo de caso convincente, demonstrando como este instrumento jurídico convida explicitamente à colaboração entre os poderes legislativo, executivo e judicial na prossecução da proteção dos direitos. Esta relevância prática enriquece o seu enquadramento teórico, tornando-o acessível e aplicável aos debates constitucionais contemporâneos.

Apesar da natureza inovadora do argumento de Kavanagh, a sua ênfase na colaboração pode ser entendida como um “ideal utópico”, particularmente numa era marcada pela crescente polarização e fragmentação políticas. Embora Kavanagh reconheça os desafios colocados pelas “democracias frágeis”, a sua afirmação de que as normas de cortesia e respeito mútuo continuam a ser essenciais para o funcionamento efetivo da democracia constitucional levanta questões sobre a viabilidade dessa colaboração na prática. Num cenário político em que a política adversária domina frequentemente, o ideal de colaboração pode parecer demasiado otimista. No entanto, este ideal serve como um lembrete crucial do potencial para um envolvimento construtivo entre os ramos governamentais, salientando um caminho a seguir em tempos de divisão.

Um aspeto crítico do trabalho de Kavanagh que merece uma análise mais aprofundada é a sua tendência para subestimar o papel fundamental do conflito num sistema democrático. O dissenso e o desacordo não são meramente acidentais; são intrínsecos ao processo democrático e servem frequentemente de catalisadores para mudanças sociais e políticas significativas. Ao dar prioridade à colaboração, Kavanagh arrisca-se a apresentar uma imagem romantizada das relações interinstitucionais que ignora as contribuições vitais do conflito para o discurso democrático. Reconhecer a necessidade do dissenso é crucial para uma compreensão abrangente da forma como os sistemas democráticos evoluem e se adaptam a novos desafios. Este reconhecimento não diminui a relevância da sua abordagem colaborativa; pelo contrário, complementa-a ao realçar a importância de uma interação dinâmica entre cooperação e conflito.

Para além disso, o foco de Kavanagh no constitucionalismo colaborativo pode obscurecer as dinâmicas de poder assimétricas que permeiam os sistemas políticos. A colaboração entre instituições que operam em pé de desigualdade pode inadvertidamente legitimar e reforçar as estruturas de poder existentes, perpetuando assim as desigualdades em vez de as dismantelar. É essencial avaliar criticamente as implicações da colaboração em contextos onde existem desequilíbrios de poder, uma vez que estas dinâmicas podem influenciar significativamente os resultados da cooperação interinstitucional. O trabalho de Kavanagh levanta questões importantes sobre a forma de garantir que os esforços de colaboração não

reforcem inadvertidamente as disparidades existentes, tornando as suas ideias particularmente relevantes nos debates sobre equidade e justiça na governação.

Por último, “The Collaborative Constitution” oferece um contributo valioso para o campo da teoria constitucional, desafiando a narrativa tradicional do conflito entre poderes governamentais. O trabalho de Kavanagh sublinha a importância da colaboração e do diálogo institucional na proteção dos direitos num quadro democrático. As suas ideias são especialmente pertinentes no clima político atual, em que a necessidade de uma governação cooperativa é mais premente do que nunca. No entanto, é imperativo abordar os seus argumentos com uma perspetiva equilibrada, reconhecendo que a colaboração não é uma “panaceia” para os desafios multifacetados que as democracias constitucionais enfrentam. O conflito, a dissidência e o reconhecimento das assimetrias de poder são componentes igualmente vitais de um sistema democrático robusto. Ao integrar estes elementos no discurso sobre o constitucionalismo colaborativo, os estudiosos e os operadores podem fomentar uma compreensão mais matizada das complexidades inerentes à governação das democracias modernas, aumentando, em última análise, a relevância e a aplicabilidade do trabalho de Kavanagh nos debates constitucionais contemporâneos.

VII Glossário de termos-chave

- **Constituição Colaborativa:** Um modelo de interpretação constitucional que enfatiza a interação e a colaboração entre os diferentes ramos do governo (judiciário, legislativo e executivo) na definição e proteção de direitos.
- **Princípio de Legalidade:** Um princípio de interpretação legal que exige que o legislativo seja explícito ao limitar ou restringir direitos, reconhecendo o papel dos tribunais na proteção de direitos, a menos que seja explicitamente instruído de outra forma.
- **Revisão Judicial Calibrada:** Uma abordagem à revisão judicial que defende que os juízes devem adaptar sua intensidade e modalidade de revisão com base em fatores como a competência institucional relativa e a legitimidade democrática.
- **Deferência Judicial:** A prática dos tribunais em dar peso ou margem de manobra às decisões tomadas por outros ramos do governo, particularmente em áreas de especialização legislativa ou executiva.
- **Diálogo Constitucional:** A noção de um processo contínuo de comunicação e interação entre os diferentes ramos do governo sobre a interpretação e implementação de direitos.

- A cláusula de desconconsideração (ou *override*) é uma ferramenta constitucional que permite que os parlamentos, em certos casos, legislem “independentemente” de direitos, como os estabelecidos em leis. As *override* é vista como um recurso de última instância, reservado para circunstâncias excepcionais, e não como uma forma de rotina para contrariar decisões judiciais. Essa ferramenta é frequentemente descrita como um mecanismo de segurança para ser acionado em situações em que uma decisão judicial é considerada absurdamente contrária ao interesse público. Embora os parlamentos tenham o poder de usar *an override* existe uma norma tácita de respeito mútuo entre os poderes legislativo e judiciário, o que torna o uso da *override* algo raro e politicamente delicado. A *override* é um mecanismo que serve como um lembrete da relação complexa entre o parlamento e o judiciário, em que o poder legislativo pode, em última análise, exercer sua soberania, mas que a prática demonstrou a importância da colaboração e do respeito mútuo entre os poderes.
- **Declaração de Incompatibilidade:** Uma declaração judicial, normalmente encontrada em sistemas legais com constituições não supremas, que reconhece que uma determinada lei é incompatível com um direito protegido, mas não tem o poder de anular a lei.
- **Cláusula Notwithstanding:** Uma cláusula constitucional que permite ao legislativo, em certas circunstâncias, aprovar leis que se sobrepõem ou excedem os direitos protegidos pela constituição.
- **Distorção Política:** A preocupação de que a revisão judicial possa distorcer os processos democráticos, levando os atores políticos a se concentrarem excessivamente nas implicações legais ou a evitar tomar decisões políticas difíceis.
- **Debilitação Democrática:** A crítica de que a revisão judicial enfraquece a democracia ao transferir o poder de decisão de representantes eleitos para juízes não eleitos.
- **Cláusula de Expiração:** Uma disposição em uma lei que define uma data específica na qual a lei expira automaticamente, a menos que seja renovada pelo legislativo.

Summary: Review of the book “The Collaborative Constitution” by Aileen Kavanagh.

Keywords: Collaborative approach. Constitutional governance.

Table of Contents: I Introduction – II Brief Panoramic Overview of the Work – III The Collaborative Vision of the Constitution – IV Concept of Collaborative Constitutionalism and the Multithematic Investigation of the Work – V Merits and Shortcomings – VI Final Considerations – VII Glossary of Key Terms – References

Referências

Cambridge: Cambridge University Press, 2023. (509 pp.) Print. Cambridge Studies in Constitutional Law, 2023/2024 – DOI: 10.1017/9781108680929.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOLINARO, Carlos Alberto. *The Collaborative Constitution* – Aileen Kavanagh. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 325-344, jul./dez. 2024. Resenha.

Recebido em: 21.08.2024

Aprovado em: 03.12.2024