

ENTRE WESTMINSTER E *JUDICIAL REVIEW*: DIÁLOGO INSTITUCIONAL E OS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO DA COMUNIDADE BRITÂNICA COMO ALTERNATIVAS À SUPREMACIA LEGISLATIVA E À SUPREMACIA JUDICIAL

BETWEEN WESTMINSTER AND JUDICIAL REVIEW: INSTITUTIONAL DIALOG AND COMMONWEALTH MODELS OF CONSTITUTIONALISM AS ALTERNATIVES TO LEGISLATIVE SUPREMACY AND JUDICIAL SUPREMACY

ENTRE WESTMINSTER Y LA REVISIÓN JUDICIAL: EL DIÁLOGO INSTITUCIONAL Y LOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO DE LA COMMONWEALTH COMO ALTERNATIVAS A LA SUPREMACÍA LEGISLATIVA Y LA SUPREMACÍA JUDICIAL

Samille Lima Alves*

Deborah Dettmam Matos**

1 Introdução. 2 Os problemas da supremacia legislativa. 2.1 O problema do poder legislativo ilimitado. 2.2 Os problemas da tirania da maioria, da menor proteção dos direitos fundamentais na falta de Constituição Codificada e de um rígido processo de alteração da Constituição. 3 Os problemas da supremacia judicial. 3.1 O problema da visão do *judicial review* como decorrência lógica do constitucionalismo. 3.2 O problema da última palavra sobre Constituição, do judiciário como único intérprete constitucional e da dificuldade de superação do entendimento judicial. 4 Diálogo como solução para os problemas dos modelos de supremacia legislativa e judicial: as propostas do Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica. 4.1 A proteção de direitos sem a Adoção da Constituição como lei suprema e sem a “petrificação” de direitos em uma Constituição escrita com rígido processo de alteração. 4.2 A proposta de controle da legislação sem *judicial review*, sem última palavra do judiciário e pelo diálogo entre poderes. 5 Considerações finais. Referências.

* Doutoranda em Direito (USP). Mestra em Direito (UFPI). Assessora Ministerial MPPI. Professora substituta da Universidade Estadual do Maranhão. São Luís - MA - BR. Email: samillelima@usp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8292-2516>

** Doutora em Direito. Professora adjunta da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Teresina - PI - BR. Email: deborahdettmam@ufpi.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8478-5495>



RESUMO

Contextualização: A tensão entre supremacia legislativa e judicial tem sido central no debate constitucional contemporâneo, especialmente quanto à proteção de direitos e ao controle entre poderes. Nesse contexto, os países da Comunidade Britânica desenvolveram modelos intermediários de controle constitucional que buscam conciliar a proteção de direitos com a preservação da autonomia legislativa, fundamentados nas teorias do diálogo institucional.

Objetivos: analisar os modelos intermediários de controle constitucional desenvolvidos pela Comunidade Britânica como alternativas à dicotomia entre supremacia legislativa e judicial. Examina-se como esses modelos, por meio de mecanismos inovadores como a cláusula não obstante, cláusulas de interpretação e declaração de incompatibilidade, buscam conciliar a proteção de direitos com a preservação da autonomia legislativa.

Métodos: O estudo, baseado em pesquisa bibliográfica, parte das teorias do diálogo institucional, que ganharam projeção internacional após o trabalho de Peter Hogg e Allison Bushell em 1997 e influenciaram diversos países, incluindo o Brasil, onde são citadas pelo Supremo Tribunal Federal desde 2013.

Resultados: A análise demonstra que os modelos da Comunidade Britânica representam uma evolução do sistema de Westminster ao concederem algum poder de *judicial review* sem submeter o legislativo à vontade judicial.

Conclusões: Embora constituam alternativas viáveis para sistemas de supremacia legislativa, esses modelos não oferecem solução para sistemas de supremacia judicial, exceto se incorporarem mecanismos considerados dialógicos como parte integrante do processo constitucional.

Palavras-chave: supremacia legislativa; supremacia judicial; diálogo institucional; Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica.

ABSTRACT

Background: The tension between legislative and judicial supremacy has been central to the contemporary constitutional debate, especially with regard to the protection of rights and control between powers. In this context, the Commonwealth countries have developed intermediate models of constitutional control that seek to reconcile the protection of rights with the preservation of legislative autonomy, based on theories of institutional dialogue.

Objectives: To analyze the intermediate models of constitutional control developed by the British Commonwealth as alternatives to the dichotomy between legislative and judicial supremacy. It examines how these models, through innovative mechanisms such

as the non-obstante clause, interpretation clauses and declarations of incompatibility, seek to reconcile the protection of rights with the preservation of legislative autonomy.

Methods: The study, based on bibliographical research, starts from the theories of institutional dialog, which gained international prominence after the work of Peter Hogg and Allison Bushell in 1997 and influenced several countries, including Brazil, where they have been cited by the Federal Supreme Court since 2013.

Results: The analysis shows that the Commonwealth models represent an evolution of the Westminster system by granting some power of judicial review without subjecting the legislature to judicial will.

Conclusions: Although these models are viable alternatives to systems of legislative supremacy, they do not offer a solution to systems of judicial supremacy, unless they incorporate mechanisms considered dialogic as an integral part of the constitutional process.

Keywords: legislative supremacy; judicial supremacy; institutional dialog; New Commonwealth constitutionalism.

RESUMEN

Antecedentes: La tensión entre supremacía legislativa y judicial ha sido central en el debate constitucional contemporáneo, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos y al control entre poderes. En este contexto, los países de la Commonwealth han desarrollado modelos intermedios de control constitucional que tratan de conciliar la protección de los derechos con la preservación de la autonomía legislativa, basándose en las teorías del diálogo institucional.

Objetivos: Analizar los modelos intermedios de control constitucional desarrollados por la Commonwealth británica como alternativas a la dicotomía entre supremacía legislativa y judicial. Se examina cómo estos modelos, a través de mecanismos innovadores como la cláusula de non-obstante, las cláusulas de interpretación y las declaraciones de incompatibilidad, tratan de conciliar la protección de los derechos con la preservación de la autonomía legislativa.

Método: El estudio, basado en la investigación bibliográfica, parte de las teorías del diálogo institucional, que ganaron relevancia internacional después del trabajo de Peter Hogg y Allison Bushell en 1997 y han influido en varios países, entre ellos Brasil, donde han sido citadas por el Supremo Tribunal Federal desde 2013.

Resultados: El análisis muestra que los modelos de la Commonwealth representan una evolución del sistema de Westminster al conceder cierto poder de revisión judicial sin someter al poder legislativo a la voluntad judicial.

Conclusiones: Aunque estos modelos son alternativas viables a los sistemas de supremacía legislativa, no ofrecen una solución a los sistemas de supremacía judicial, a menos que incorporen mecanismos considerados dialógicos como parte integrante del proceso constitucional.

Palabras-clave: supremacía legislativa; supremacía judicial; diálogo institucional; Nuevo Constitucionalismo de la Commonwealth.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado pela tensão entre os modelos de supremacia legislativa, tradicionalmente representado pelo sistema de Westminster, e de supremacia judicial, exemplificado pelo *judicial review* americano. Essa tensão se manifesta especialmente nos debates sobre proteção de direitos fundamentais e controle entre poderes, suscitando a busca por alternativas que possam equilibrar as prerrogativas do legislativo e do judiciário.

A supremacia legislativa, exemplificada, embora com diferenças, nos modelos britânico e francês¹, caracteriza-se pela existência de um órgão cujas decisões sejam soberanas e vinculem os demais poderes, cujas leis submetem todos os poderes e não são controladas judicialmente. No contexto britânico, o Parlamento, composto pelo Rei, pela Câmara dos Comuns e pela Câmara dos Lordes, não pode ter suas decisões anuladas pelos tribunais no exercício do *judicial review*, o que representa um problema para os que entendem que direitos e garantias individuais das minorias não são adequadamente protegidos pelas maiorias legislativas.

Em contraponto, após a Revolução americana de 1776, surgiu o modelo de supremacia constitucional, com a inovação do poder de *judicial review* exercido pelo judiciário. Desenvolveu-se, então, a doutrina da supremacia judicial, que pode significar tanto a simples previsão do *judicial review* quanto a exigência de características que tornem os tribunais o poder soberano. Essa doutrina se consolidou no séc. XX, sempre objeto da tradicional discussão sobre a legitimidade do judiciário em controlar atos dos poderes eleitos pelo povo (Kramer, 2011).

O modelo de supremacia legislativa predominou até 1945, quando o desfecho da Segunda Guerra Mundial levou muitos países a adotarem constituições escritas e se inspirarem no constitucionalismo americano, adotando constituições consideradas

¹ O modelo britânico enfatiza o poder do Parlamento, cujas leis vinculam todos os poderes, mas podem ser alteradas parlamentarmente, enquanto o francês centra-se na supremacia da lei, que limita inclusive o legislativo. A soberania parlamentar britânica combina Parlamento soberano (Rei, Lordes e Comuns) com leis superiores a outros poderes, mas não ao próprio Parlamento, regido pelo *King in Parliament* e *rule of law* (Suanzes-Carpegna, 1998, p. 87-88; Foruria, 2018). A Revolução Francesa de 1789 estabeleceu a primazia da lei como limitadora estatal. Segundo Serrano (1989, p. 121-123), o Estado francês surgiu da tensão entre soberania e divisão dos poderes, com a lei como expressão da vontade geral rousseauiana, fundamentando o princípio democrático.

como leis supremas, com processo rígido de alteração, a constitucionalização de direitos e cortes supremas, seja no modelo kelseniano² de controle concentrado, seja no modelo americano de controle difuso, ou mesclando os dois. No final do séc. XX, os países da Comunidade Britânica, com destaque par Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, promoveram mudanças significativas em seus sistemas político-constitucionais, originando modelos considerados intermediários, que buscam conciliar elementos aparentemente antagônicos: a proteção de direitos sem supremacia constitucional e o controle da legislação sem conferir aos tribunais o poder de anular leis (Ferejohn; Pasquino, 2003, p. 21; Gardbaum, 2017, p. 224-225). Esses modelos ganharam destaque internacional principalmente após o trabalho seminal de Hogg e Bushell (1997) sobre diálogo institucional no contexto canadense.

Os modelos de supremacia legislativa e supremacia judicial impactam diretamente na discussão sobre diálogo institucional entre poderes. Por essa razão, este artigo visa a compreender o significado de supremacia legislativa e de supremacia judicial, bem como os problemas associados a cada modelo. A partir disso, buscou-se compreender as soluções que as teorias do diálogo apresentam para os problemas de ambos os modelos, focando nos modelos políticos do Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica, e seus mecanismos inovadores, como a cláusula não obstante, as cláusulas de interpretação e a declaração de incompatibilidade, que se propõem a aliar constitucionalismo sem supremacia constitucional e sem tribunal com poder de anular leis.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, com análise comparativa dos diferentes sistemas constitucionais, focando especialmente nos modelos desenvolvidos pelo Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia. O estudo se justifica pela crescente influência dessas teorias em diversos países, inclusive no Brasil, onde o Supremo Tribunal Federal tem citado o diálogo institucional desde 2013. O trabalho está organizado em três partes principais: inicialmente, analisa-se a evolução histórica e os problemas dos modelos de supremacia legislativa e judicial; em seguida, examina-se o desenvolvimento dos modelos intermediários da Comunidade Britânica; por fim, discute-se a efetividade desses modelos como alternativas às supremacias tradicionais.

2 OS PROBLEMAS DA SUPREMACIA LEGISLATIVA

Dicey (1915) forneceu descrição completa do modelo político britânico em livro considerado o cânone do direito constitucional britânico (Foruria, 2018, p. 54). A

² Após a Primeira Guerra Mundial, Hans Kelsen propôs o Tribunal Constitucional austríaco, órgão de controle concentrado de constitucionalidade e legislador negativo, cujas decisões não têm efeitos *ex tunc* (Dias Júnior, 2012, p. 36-37). Os primeiros tribunais nesse modelo, como Áustria (1920), Tchecoslováquia (1920), Espanha (1933-1936), Irlanda (1937) e Alemanha (1919-1933), ainda tinham atribuições contestadas ou funcionavam apenas na teoria (Gardbaum, 2017, p. 224).

soberania do parlamento, na visão de Dicey, consiste no direito do Parlamento britânico de elaborar, revogar ou modificar qualquer lei (*law*), sem que qualquer órgão tenha o direito de anular ou invalidar lei parlamentar (*legislation*). O que compreende, respectivamente, os aspectos positivos e negativos desse princípio. O Parlamento em questão não é um órgão exclusivamente legislativo, mas é composto por três órgãos que atuam em conjunto, regidos pelo princípio do *King in Parliament* (o Rei no Parlamento): Rei, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns, que caracteriza o constitucionalismo equilibrado britânico (Dicey, 1915, p. 36). A noção de autoridade ilimitada do Parlamento britânica era sustentada há séculos. Edward Coke já considerava os poderes do parlamento como absolutos e ilimitados nos séculos XVI e XVII, doutrina confirmada pelo *Bill of Rights* (1688), pelo *Act of Settlement* (1701), entre outras leis, e que se consolidou nos séculos subsequentes.

Dicey (1915, p. 36-39) descreve três características desse modelo. Primeira, não existe lei inalterável pelo Parlamento britânico³. Segunda, a não distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias. O que significa que não há diferenciação entre o processo de elaboração de normas constitucionais e de normas ordinárias no direito britânico, também que o Parlamento é, ao mesmo tempo, poder legislativo e assembleia constituinte. Essa flexibilidade não é consequência da ausência de constituição escrita. Ao contrário, é flexível pela desnecessidade de reunir as normas constitucionais em um único texto. Essa é uma necessidade do constitucionalismo americano, que impõe rigidez no processo de alteração das normas constitucionais, o que pode ensejar revoluções populares, uma vez que as forças políticas dominam as pautas políticas, enquanto no modelo britânico essas alterações ocorrem gradualmente, diminuindo as chances de rupturas violentas.

Terceira característica, a inexistência de qualquer autoridade judicial ou extrajudicial com poder de revogação de lei parlamentar, pois somente o Parlamento pode revogar as próprias leis. Esse modelo sofreu alterações com a aprovação dos *Parliament Acts* de 1911 e 1949, que fortaleceram os Comuns, enfraqueceram os Lordes e criaram parâmetros limitadores da atuação parlamentar (Foruria, 2018, p. 87-92), também com a adoção da *Human Rights Act* em 1998, que trouxe certa rigidez para

³ Existem duas versões contraditórias da soberania parlamentar: a *self-embracing* (autovinculante) e a *continuing* (contínua). Na *self-embracing*, o Parlamento pode vincular procedimentalmente legislaturas futuras impedindo alterações de leis, pois o poder não deriva de lei. Mesmo fundamentado no *common law* e no *Parliament Act* de 1911, pode definir outras formas de limitação. Na soberania parlamentar *continuing*, defendida por Dicey, o Parlamento não pode condicionar o legislador do futuro e toda lei pode ser reformada. É a corrente com apoio na jurisprudência. A sentença *Factortame* (1991), considerada relevante para a corrente *self-embracing*, reforçou a visão de não limitação de um parlamento por outro, mas limitou o Parlamento ao definir que a regra de reconhecimento do direito britânico não pode ser alterada pelo Parlamento sem os tribunais (Foruria, 2018, p. 61-62).

alteração dos direitos e permitiu aos juízes emitirem declarações de incompatibilidade, sem obrigar o Parlamento a revogar as leis incompatíveis.

Desde meados do séc. XX, o constitucionalismo político, consagrado na obra de Dicey, confronta-se com o constitucionalismo *common law*, visão que defende o reconhecimento de direitos e liberdades por juízes diante de leis que limitam excessivamente esses direitos. Pelo constitucionalismo *common law*, os limites ao Parlamento foram definidos por princípios morais transformados em princípios jurídicos pelos tribunais. Não deixa de ser a disputa pela última palavra entre judiciário e parlamento. Os defensores respaldam essa corrente no Bill of Rights de 1688, considerado como um acordo entre Rei, Comuns e Lordes para garantir o respeito aos direitos dos cidadãos. Com o raro uso do veto real e a marginalização dos Lordes desde 1911, o controle da lei está nas mãos dos Comuns, o que pode levar ao choque com os tribunais. Enquanto o constitucionalismo político se fundamenta no reconhecimento judicial da soberania do Parlamento e no componente político reforçado pela regra do reconhecimento de Hart, confirmada pela ausência de controle de constitucionalidade pelos tribunais britânicos. Nessa vertente, as leis do parlamento submetem e prevalecem sobre as regras do *common law*, independentemente da incompatibilidade com o *rule of law* (Foruria, 2018, p. 65-72).

A compreensão da supremacia legislativa perpassa ainda pelo entendimento do papel dos outros poderes no sistema, competindo ao executivo implementar as leis e ao judiciário interpretar as leis no caso concreto, sem exercer poder de anulação da lei em controle judicial de constitucionalidade. Segundo Gardbaum (2017, p. 242), esse modelo é fruto da luta popular para garantir a própria soberania contra as elites identificadas na monarquia e no judiciário. As principais críticas a esse modelo se assentam na pretensa liberdade absoluta de legislar, que pode ser nefasta para a proteção de direitos e garantias individuais, resultando na opressão das minorias pelas majorias, problema denominado por Gardbaum (2017, p. 241) de “majoritarismo legalmente ilimitado”.

A solução do problema perpassa pela introdução do controle judicial de constitucionalidade. Mendes (2008, p. 201-202) aponta que a visão do Parlamento como o topo da hierarquia de poder, sem controle externo dos atos legislativos, anestesia “o potencial crítico e deliberativo da separação de poderes” e limita as críticas às decisões parlamentares, problema que o controle judicial poderia resolver, como também aponta Brandão (2022, p. 363). As críticas à supremacia legislativa pertinentes à discussão sobre diálogo entre poderes abordam a limitação dos poderes, a proteção de direitos fundamentais, a tirania da maioria, a última palavra, a exclusividade da interpretação da constituição e da superação do entendimento dos poderes, questões tratadas a seguir.

2.1 O PROBLEMA DO PODER LEGISLATIVO ILIMITADO

A crítica que a supremacia legislativa leva a um poder legislativo com poder ilimitado carece de explicações sobre a qual tipo de limites os críticos se referem. Primeiro, a supremacia não é sinônimo de exercício do poder de forma absolutista, como demonstra a própria história britânica que resultou no *Bill of Rights* de 1689. Tanto o Rei quanto o Parlamento agiram de forma tirânica enquanto titulares do poder, de forma que o modelo de constitucionalismo britânico reflete as desconfianças de se concentrar poder nas mãos do Rei ou dos Comuns (Alves; Matos, 2023, p. 50-56). Baseou-se, então, na soberania do Parlamento (enquanto poder composto por Rei, Lordes e Comuns), no governo limitado pelo *rule of law* (que implica a submissão de todos, inclusive o povo, ao direito) e na tradição do *common law*. A soberania parlamentar e o *rule of law* são princípios considerados antagônicos, assim como constitucionalismo e democracia no *judicial review* no estilo americano, pois o Parlamento teoricamente ilimitado é, na verdade, limitado pelo direito britânico, distinção que fundamenta as disputas entre constitucionalismo *common law* e constitucionalismo político.

São três limitações existentes ao Parlamento, não aplicáveis à realidade britânica, segundo Dicey (1915, p. 18-21): a lei moral (os atos do parlamento são inválidos ou nulos se contrariarem a moralidade, o direito internacional ou as leis da natureza); a “prerrogativa” do monarca (existência de direitos e poderes superiores à legislação ordinária e fora do alcance do Parlamento); a impossibilidade do parlamento atual alterar os atos dos parlamentos anteriores. Dicey (1915, p. 26-35) elencou ainda outros limites compatíveis com a soberania: o limite externo consiste na resistência dos súditos ao cumprimento das leis, enquanto o limite interno decorre da “natureza do poder soberano”, que exerce poder conforme o próprio caráter, as circunstâncias de vida, o título, os sentimentos morais da época e da sociedade.

Dicey distinguiu questões de governo (decididas pelos Comuns) de questões constitucionais (decididas pelo povo), defendeu referendos para aprovação de alterações em leis importantes como veto popular, que antes era feito pelos Lordes, considerando o povo como soberano político e o Parlamento como soberano legal. Porém, Foruria (2018, p. 59) afirma que tal proposta contradiz os elementos de soberania na teoria de Dicey, que foi contraditório também ao defender controle judicial de atos parlamentares com os quais discordava, como o *Parliament Act* de 1911.

Outras limitações ao Parlamento britânico surgiram no séc. XX com a inclusão de normas internacionais ao direito interno e o fortalecimento do judiciário britânico. A participação do Reino Unido nas Comunidades e na União Europeia produziram mudanças importantes no sistema de fontes do direito e na posição da Constituição britânica. Com o *European Communities Act* (ECA) de 1972, o direito da Comunidade

passou a prevalecer sobre o direito interno, embora o Parlamento britânico pudesse interrogá-lo. Os tribunais tentaram evitar esse conflito por meio da interpretação, mas as sentenças *Factortame* de 1990-1991 confirmaram a prevalência do direito da União Europeia sobre o direito britânico. Na sentença *Miller*, em 2017, o Tribunal Supremo do Reino Unido (TS-RU) reconheceu a força do ECA e concomitantemente afirmou a não alteração da regra de reconhecimento do direito britânico, preservando a supremacia do Parlamento (Foruria, 2018, p. 115-120).

Os juízes britânicos podem criar direito pela interpretação no sistema *common law*, sem contrariar leis parlamentares. A Lei de Direitos Humanos (LDH) de 1998 permitiu aos juízes declararem incompatibilidade entre leis e direitos da Convenção Europeia (CEDH), considerada uma forma fraca de *judicial review*. Por mais que não leve à mudança da lei incompatível, essa declaração gera alguma tensão política ao Parlamento perante a sociedade britânica por manter vigente lei incompatível com direitos protegidos. Com a criação do Tribunal Supremo (TS-RU) em 2009, os tribunais passaram a: controlar leis quanto ao respeito aos direitos fundamentais, desenvolver o *common law* para julgamento dos casos envolvendo direitos fundamentais e revisar criticamente decisões e atos administrativos dos tribunais (Foruria, 2018, p. 108-109). A LDH trouxe certo grau de rigidez que alterou a tradicional doutrina britânica da derrogação implícita, limitando a atuação do Parlamento a somente alterar a LDH de forma expressa. Assim como se estabeleceu a discussão sobre distinguir leis constitucionais e leis ordinárias, cujo reconhecimento também produz rigidez no processo de alteração das leis.

A experiência britânica demonstrou que supremacia legislativa não significa poder ilimitado, pois se baseia em governo equilibrado em que os três órgãos do Parlamento compartilham a atividade legislativa com controles mútuos. Quanto ao papel dos juízes, a superioridade das leis não restringe a atuação dos juízes, que têm liberdade para interpretar as leis e criar normas por meio de precedentes. Embora os *Parliament Acts* (1911 e 1949), o ECA (1972), a adoção da CEDH, com aprovação da LDH (1998), tenham trazido limitações ao Parlamento, a supremacia legislativa persiste ao não se conceder qualquer prerrogativa para o judiciário afastar ou anular lei do Parlamento, embora alterações importantes estejam ocorrendo pela via interpretativa. O modelo britânico demonstrou que, em regra, executivo e legislativo resolvem os impasses politicamente e não juridicamente pelo controle judicial.

O potencial do povo de exercer controle no modelo britânico foi objeto de debates e posicionamentos contrários. Se o fundamento do poder do Parlamento está no povo (com ou sem direitos naturais que fundamentem direito de resistência a uma lei ilegal), então o povo seria outra forma de controle do Parlamento, como ocorreu no modelo francês e nos primeiros anos da Revolução Americana (Kramer, 2011). Esse

controle é exercido pelo voto, por mecanismos previstos na legislação, ou até mesmo pelo direito de resistência em manifestações populares, que pode ser considerado ou não como exercício de direito primitivo ou natural do povo. Se o fundamento é apenas o Parlamento britânico, como defenderam os críticos do jusnaturalismo, como David Hume, então os limites derivam dos preceitos do governo equilibrado, da separação de poderes, dos freios e contrapesos, do *Bill of Rights* e das demais normas aprovadas e vigentes. Talvez o argumento da crítica à supremacia legislativa se resuma à falta de controle judicial de constitucionalidade, o que, no modelo britânico, é realidade desde 1998, embora não na forma como os críticos gostariam.

2.2 OS PROBLEMAS DA TIRANIA DA MAIORIA, DA MENOR PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FALTA DE CONSTITUIÇÃO CODIFICADA E DE UM RÍGIDO PROCESSO DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Os críticos da supremacia legislativa argumentam que esse modelo não protege adequadamente os direitos fundamentais, que podem ser facilmente alterados ou suprimidos por maiorias legislativas. Argumentam que apenas constitucionalizar direitos é insuficiente, sendo necessário dificultar mudanças constitucionais via processo rígido ou a partir da imposição de impedimentos constitucionais, como as cláusulas pétreas do modelo brasileiro. O objetivo é proteger esses direitos, especialmente de minorias que a maioria legislativa poderia desrespeitar. Essa visão revela desconfiança do legislador constituinte em relação a futuros legisladores e valoriza decisões judiciais em detrimento das decisões legislativas. Por sua conexão, esses problemas foram analisados conjuntamente.

O modelo britânico caracteriza-se pela ausência de constituição codificada⁴, pouca diferenciação entre leis constitucionais e ordinárias, e de discussão incipiente sobre limites em relação à alteração das leis parlamentares. Dicey contrasta a flexibilidade da Constituição britânica com a rigidez da Constituição americana baseada na soberania popular e *judicial review*. No sistema britânico, o Parlamento altera leis sem limitações, não há distinção formal entre leis ou delegação para anulá-las, sendo fundamentais as que regulam questões importantes (Suanzes-Carpegna, 1998, p. 124-126). Foruria (2018, p. 128-129) aponta que, no séc. XXI, surge maior diferenciação entre leis constitucionais e ordinárias. São constitucionais as que alteram princípios da supremacia legislativa, afetando as relações Estado-cidadão, representado nos direitos

⁴ Foruria (2018, p. 15) argumenta que não há separação rígida entre constituições políticas e jurídicas. A Constituição britânica, embora tenha mais elementos políticos e jurídicos, não é não escrita, mas sim não codificada segundo os elementos tradicionais das constituições formais. Inclui participação dos tribunais, mas sem última palavra, explicando a diversidade de fontes de mudanças constitucionais britânicas.

fundamentais e na legislação incorporada da União Europeia, com derrogação necessariamente expressa e promovida por termos precisos, ou seja, não podem ser derogadas implicitamente. Essa categoria ganhou relevância após as sentenças *Factortame* (1990-1991) e *Thoburn* (2002), mas a definição de direito fundamental permanece sob responsabilidade dos juízes do *common law*⁵.

No Reino Unido, a incorporação dos direitos europeus pelo ECA (1972) afetou as leis constitucionais, gerando debate sobre sua primazia. Nos anos 2000, o princípio da legalidade foi revitalizado no *rule of law*, presumindo que o Parlamento respeita direitos fundamentais, permitindo interpretação restritiva da legislação interna. A sentença *Thoburn* (2002) inovou ao usar o termo “leis constitucionais” em sentido técnico específico, vinculado à legalidade, proibindo derrogação implícita. Foruria (2018, p. 130-131) aponta três interpretações em relação às leis constitucionais:

- a) exigência de interpretação mais generosa das leis constitucionais em relação à legislação ordinária (visão já abandonada);
- b) exigência de derrogação expressa;
- c) impossibilidade de lei especial posterior derrogar lei constitucional geral.

A evolução das leis constitucionais pode ser um passo para a gradual mudança no sistema de fontes do direito britânico, como indicado em decisões do TS-RU de 2012, por exemplo, *Imperial Tobacco Ltd v. Lord Advocate* e *Attorney General v. National Assembly for Wales Commission*.

A proteção de direitos fundamentais existe tanto em modelos de constituição codificada, com *status* de lei suprema e amplo rol de direitos, quanto nos de supremacia legislativa. Waldron (1999, p. 219-221) oferece duas respostas: primeiro, constitucionalizar um direito não garante maior proteção, pois a reivindicação moral não implica necessidade de positivação, assim como direitos legais não exigem *status* constitucional para proteção. Segundo, a constitucionalização engessa o processo político, com palavras constitucionais, assumindo “vida própria”, e há uma obsessão por “expressar tudo o que se poderia querer dizer sobre o direito em questão”. Embora a legislação também tenha texto determinado, difere da constitucionalização de direitos pela rapidez de emenda e pela adequação social, permitindo discussão livre “do

⁵ São consideradas leis constitucionais várias normas históricas: *Petition of Right* (1628), *Bill of Rights* (1689), *Act of Settlement* (1701), *Act of Union* (1707), *Treaty of Union with Ireland Act* (1800), *Representation of the People Acts* (1832-1834), ECA (1972), LDH (1998), *Scotland Act* (1998), *Northern Ireland Act* (1998), *Constitutional Reform Act* (2005), *Government of Wales Act* (2006) e a Magna Carta (1215) como “instrumento”. O *Political and Constitutional Reform Committee* inclui *Parliament Acts* (1911/1949) e *Life Peerages Act* (1958). Antes de *Thoburn* (2002), juízes evitavam o termo “leis constitucionais”. Definem-se como constitucionais as leis que criam/regulam órgãos estatais, alteram órgãos constitucionais, impactam outras normas (Perry/Ahmed), afetam o executivo (Foruria) ou regulam instituições fundamentais (Feldman). O termo “*Constitution*” no título é relevante, mas não determinante (Foruria, 2018, p. 131-133).

verbalismo obsessivo de uma carta escrita específica”. O que não acontece ao se “entrincheirar” direitos constitucionalmente, embora proteja contra revogação legislativa, limita o desenvolvimento de um “discurso político livre e flexível”.

A supremacia legislativa não gera tirania pelo uso do critério majoritário na aprovação de leis. Críticos consideram esse critério arbitrário e não racional, justificando com isso o *judicial review*, embora tribunais também decidam por maioria. Waldron (1999, p. 88-90) refuta isso com dois argumentos: a decisão legislativa majoritária é apenas um dos critérios decisórios, usado também por tribunais, e a tirania legislativa ocorre só quando opiniões minoritárias são ignoradas. A diferença entre os processos legislativo e judicial está no eleitorado, não no método decisório, pois, se há arbitrariedade na maioria legislativa, também há nas decisões judiciais coletivas. O voto majoritário não exige supressão de opiniões individuais ou falso consenso. Waldron (1999, p. 111) alerta sobre o perigo de ignorar ou desrespeitar visões opostas, tratando-as como posição “ignorante ou preconceituosa ou baseada em interesses próprios ou na insuficiente contemplação da realidade moral”.

A decisão majoritária diferencia-se de modalidades de escolhas aleatórias ou do modo hobbesiano por valorizar a maioria e respeitar igualmente as visões individuais, sendo um “método justo de tomada de decisão” (Waldron, 1999, p. 113-114). Para Bellamy (2010, p. 67-68 *et seq.*), o processo democrático permite que cidadãos sejam ouvidos e influenciem decisões, sendo mais legítimo que o judicial, pois o povo delibera sobre questões fundamentais, sendo tratado com igual consideração e respeito, ainda que se discorde do processo decisório. Defende maior respaldo ao procedimento majoritário comparado a decisões de grupo não representativo sem responsabilidade direta ao povo. O papel dos tribunais seria o de manter, “consistente e imparcialmente”, as leis resultantes do processo democrático (Bellamy, 2010, p. 105). Juízes têm vieses e preconceitos como qualquer cidadão, não exercem melhor ou mais sabiamente a discricionariedade e são limitados pela necessidade de argumentar legalmente de forma compreensível à sociedade. Assim, nem processo político nem judicial são perfeitos. Sempre haverá assimetrias de poder que poderão ser superadas por remédios democráticos.

Quanto à inconstância da política majoritária em relação aos direitos, Waldron (1999, p. 306) argumenta que a estabilidade não deve silenciar dissidências ou privar direitos de expressão, nem usar cautela ou compromisso constitucional para impedir deliberação sobre questões em desenvolvimento e debate de opiniões diversas. Consani (2014, p. 168-169) nota que, ao defender debate irrestrito, legitimidade pela participação popular e não restrição de decisões futuras, Waldron deve aceitar como democrática até decisões contra direitos minoritários. Em crítica a essa posição de Waldron, Posner (2000, p. 589-591) entende que se deve considerar o ganho democrático de decisões judiciais corretas, além da perda pelo *judicial review*. Para ele, é

preciso ser cínico ou realista “sobre as opiniões dos juizes, dos que reformaram a constituição (*constitution-framers*) e sobre nós mesmos”, bem como construir as instituições de acordo com isso.

Quanto ao engessamento do processo de alteração constitucional, os debates nos modelos de supremacia legislativa podem ser mais proveitosos, pois a liberdade legislativa permite adaptação mais rápida às mudanças sociais, diferentemente da rigidez constitucional americana. Para Waldron (1999, p. 221-223), a imunidade constitucional incapacita legisladores e cidadãos por dois pontos contraditórios: desconfiança de futuros legisladores encontrarem melhores soluções que os constituintes originários e “visão predatória da natureza humana” na arena da política democrática. Waldron argumenta que debates em países não constitucionalizados são tão sólidos quanto nos Estados Unidos, podendo ir além por não precisarem interpretar documentos do século XVIII. Considera mais libertador discutir sem precisar “contornar a construção desses princípios a partir dos restos de algum texto sagrado, em um tendencioso exercício de caligrafia constitucional”. A necessidade de uma corte suprema sugere que o debate americano é “empobrecido por sua constitucionalização” ou que sua qualidade vem da sociedade e dos legislativos, apesar da Corte (Waldron, 1999, p. 290).

3 OS PROBLEMAS DA SUPREMACIA JUDICIAL

O *judicial review* e o ativismo judicial na garantia de direitos não significam supremacia ou monopólio judicial sobre a interpretação constitucional. O monopólio judicial, segundo Brandão (2022, p. 18-19), significa que o judiciário detém “a única palavra em matéria de interpretação constitucional”, algo como uma “reserva judicial”, enquanto, na supremacia judicial, o legislador até pode ter a primeira, mas a última palavra é do judiciário. No *judicial review*, o judiciário pode invalidar atos inconstitucionais, mas não impõe sua interpretação aos demais poderes ou à sociedade, diferentemente da supremacia judicial em sentido estrito, segundo a qual a interpretação judicial de questões constitucionais se torna definitiva para todos os poderes e para a sociedade.

A supremacia judicial se relaciona ao modo como a suprema corte exerce esse poder, se respeita ou não as prerrogativas dos outros poderes, se excede ou não nas próprias competências conferidas pela constituição. Relaciona-se ainda com a vinculação das decisões judiciais sobre os demais poderes, se esses poderes são obrigados a seguir a interpretação judicial, se dispõem de autonomia ou independência para interpretar a constituição (Waldron, 2014; Brandão, 2022, p. 18-21). Waldron (2014, p. 11-25) aponta três condutas da suprema corte que podem gerar desequilíbrio constitucional e caracterizar supremacia judicial: decidir desacordos morais que competem ao povo; atuar como soberano hobbesiano acima das normas jurídicas; e usurpar o poder

constituente ao se identificar como representante do povo, contrariando o teste de Sieyès, que reserva a soberania ao povo. Assim, todo o poder constituído exerce poder nos termos da constituição, inclusive o legislativo.

A supremacia judicial pode ocorrer, segundo Waldron (2014, p. 26-32 *et seq.*), quando a suprema corte persegue programa político sem respeitar o papel e a interpretação dos outros poderes sobre a constituição, deixando de controlar apenas atos inconstitucionais, como na era *Lochner* nos EUA; quando desrespeita a interpretação constitucional de outros poderes, agravado quando as decisões viram precedentes difíceis de superar; e quando atualiza textos vagos da constituição, usando juízos próprios para criar normas não previstas originalmente. Brandão (2022, p. 20-21) classifica a supremacia judicial em formal, quando o entendimento judicial só pode ser superado por emenda constitucional, e material, referente ao conteúdo das decisões e ao tempo que sociedade e legislativo devem esperar até a suprema corte mudar sua interpretação.

A supremacia judicial se desenvolveu em quatro períodos até sua aceitação no modelo americano, segundo Kramer (2011). No primeiro período (1790-1830), surgiu entre federalistas americanos nos anos 1790, argumentando que o julgamento dos juízes evitaria a tirania de uma maioria manipulável. Houve as primeiras decisões, considerando o tribunal como única autoridade para declarar constitucionalidade, e tentativas de retirar o julgamento de questões constitucionais do júri. Os republicanos defendiam que a interpretação constitucional cabia a todos, não só aos juízes, e questionavam o fundamento do *judicial review*. Com a ascensão republicana ao governo nos anos 1800, a ideia da supremacia judicial entrou em “estado de hibernação”, junto com a derrocada do partido federalista (Kramer, 2011, p. 172-184).

A mudança da concepção desse controle ocorreu gradualmente pelo processo de “ordinarização” do direito constitucional, que afastou o povo americano da política ao tornar a Constituição assunto da expertise de juízes e advogados. No segundo período (1830-1857), o debate sobre supremacia judicial retornou durante disputas entre estados e União. Políticos e juízes da Suprema Corte americana defenderam-na com novo argumento: a decisão judicial como melhor forma de “evitar a anarquia interpretativa e prover estabilidade política”. Defensores do constitucionalismo popular, como o presidente Andrew Jackson, resistiram ao argumento reafirmando a teoria departamentalista. Contudo, mesmo os críticos do *judicial review* já não mais negavam o exercício desse poder, negavam apenas a ideia da última palavra com o judiciário (Kramer, 2011 p. 230-250).

No terceiro período (1857-1897), a Suprema Corte passou a desafiar mais os atos do Congresso e do Governo Federal. Até o caso *Dred Scott v. Sanford* (1857), mantinha deferência à legislação federal. Não se criticava o tribunal quando favorecia o Governo Federal, mostrando mudança na teoria departamentalista desde Jefferson e Jackson.

Entre 1860-1890, a Corte invalidou vinte leis federais - número pequeno comparado ao séc. XXI, mas consolidou o *judicial review*. A Suprema Corte buscou deliberadamente “aumentar sua importância” ao judicializar todas as disputas e retomar o argumento federalista de frear a tirania da maioria. Paralelamente, o constitucionalismo popular cresceu, mantendo a negação da supremacia judicial (Kramer, 2011, p. 257-267).

A disputa entre a Suprema Corte (era Lochner) e o presidente Franklin D. Roosevelt iniciou o quarto período da supremacia judicial, marcado pela limitação do papel de controle do tribunal pelo critério da racionalidade das leis e pelo controle de casos relacionados aos direitos individuais. Isso fortaleceu a supremacia judicial após a Segunda Guerra, consolidando-se nos anos 1980. Durante o *New Deal* (1937-1990), as Cortes Warren (1953-1969) e Burger (1969-1986) “plantaram as sementes” do processo de reversão do acordo pelo grande avanço da atuação do tribunal em assuntos restritos, que geraram controvérsias na sociedade americana, como as decisões em *Brown v. Board of Education* (1954), *Engle v. Vitale* (1962), *Roe v. Wade* (1973) e *Craig v. Boren* (1976). Em *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte afirmou sua supremacia interpretativa desde *Marbury v. Madison*, com aparente aceitação pública. Nos anos 1980, o poder da Suprema Corte já estava consolidado ao ponto de se criticar quem defendia a teoria departamentalista em detrimento da supremacia judicial.

Isso pode ser explicado pela descrença na democracia pós-guerra, pela confiança nos tribunais e pela concordância entre os rivais acerca do papel do tribunal, novidade na história americana. Liberais apoiaram após decisões da Corte Warren, e conservadores criticavam apenas o contramajoritarismo. O constitucionalismo popular marginalizou-se, enquanto a Corte Rehnquist superou as anteriores ao fundamentar sua jurisprudência na responsabilidade judicial última de interpretar toda a Constituição. Em *United States v. Morrison* (2000), a supremacia judicial foi vista como princípio desde *Marbury*, transparecendo que a Corte “trata os limites constitucionais como sinônimos de exigibilidade constitucional e que, como consequência, chama a Corte a adotar uma posição agressiva frente aos poderes políticos” (Kramer, 2011, p. 268-278).

A supremacia judicial tem dois critérios justificadores: primeiro, a decisão judicial como melhor freio à tirania da maioria, levando o tribunal a usurpar o autogoverno popular e as funções de outros poderes; segundo critério, como meio de evitar anarquia interpretativa e promover estabilidade política. São três as características da supremacia judicial aqui consideradas:

- a) dificuldade de superar o entendimento judicial (por precedentes, mudança interna do tribunal ou emenda constitucional);
- b) desconsideração da interpretação constitucional de outros poderes;
- c) obrigatoriedade de legislativo, executivo e sociedade civil adotarem a interpretação judicial.

A supremacia judicial enfrenta críticas além das de Waldron (2014) sobre soberania hobbesiana judicial, do poder constituinte do povo e usurpação das funções dos outros poderes. Mendes (2008, p. 86-95) lista treze argumentos contra os tribunais: não protegem a democracia por não serem imparciais ou apolíticos, dificuldade de superação das decisões judiciais, não têm exclusividade interpretativa constitucional, última palavra e *judicial review*, não decorrem logicamente do constitucionalismo e não representam o povo ou servem como fórum de debate de questões importantes. Gardbaum (2017, p. 242) critica que o tribunal enfraquece o debate público, substituindo o autogoverno popular pelo dos juízes, sem *accountability* eleitoral. Neste trabalho, serão tratados os problemas da não decorrência lógica do *judicial review* do constitucionalismo, da exclusividade da interpretação, da última palavra sobre o sentido da constituição e das dificuldades de superação do entendimento judicial.

3.1 O PROBLEMA DA VISÃO DO *JUDICIAL REVIEW* COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO CONSTITUCIONALISMO

O *judicial review* surgiu como forma americana de controlar executivo e legislativo, não sendo inerente ao constitucionalismo, como alegava John Marshall. Foi uma opção do constitucionalismo americano, por sua desconfiança dos poderes, tornar a Constituição documento supremo sobre leis e poderes estatais. O controle judicial pelos tribunais americanos foi uma construção dos membros da Convenção de 1787, inicialmente limitava-se aos legislativos estaduais para fortalecer a União, depois estendeu-se às leis federais por interpretação da Suprema Corte. Foi construção interpretativa e jurisprudencial, não a opção expressa do legislativo americano nem de outros modelos contemporâneos, como o britânico (sem constituição codificada ou hierarquia legal) e o francês (que rejeitou expressamente o controle judicial das leis). Kramer (2011) argumenta que o controle judicial americano precedeu a Constituição de 1787, mas a aceitação da supremacia judicial levou séculos para acontecer (Canotilho, 2012, p. 94-95 *et seq.*; Kramer, 2011; Matos, 2017, p. 85; Alves; Matos, 2023, p. 52-54).

Antes da independência, funcionava nas treze colônias um sistema de governo misto adaptado do modelo britânico, mas incompatível com a estrutura social local. O rápido aumento populacional, o descontentamento com as medidas da metrópole e dos nobres locais culminaram em revoltas populares (Wood, 2002, p. 31-32; Kramer, 2011, p. 54-55). Ao combinarem governo misto e separação de poderes, essas colônias forneceram a contribuição única de dividir as funções entre os poderes que se controlavam mutuamente de forma direta ou indireta. O que, no início, era uma

separação de poderes na forma pura⁶ se converteu em um modelo de separação de poderes com freios e contrapesos para conter as usurpações de competências executivas e judiciais pelos legislativos (Wood, 2002, p. 70-134; Vile, 1998; p. 131-161; Bercovici, 2013, p. 123-126).

Entre 1776 e 1787, o poder dos governos estaduais foi limitado, enquanto se fortaleceu o executivo central, na figura do presidente não eleito diretamente pelo povo, que também não elege os senadores e os juizes da Suprema Corte. A participação popular foi limitada à escolha dos membros da Câmara dos representantes. O *judicial review* era outro tipo de veto aos poderes. Existe divergência entre estudiosos do tema, enquanto, para Wood (2002, p. 141-144) e Bercovici (2013, p. 133 *et seq.*), não houve previsão desse poder na Constituição de 1787, Vile (1998, p. 173-174) entende que foi previsto na Convenção da Filadélfia e nas constituições estaduais anteriores a 1787. Kramer (2011) argumenta que o *judicial review* surgiu como construção jurisprudencial nas décadas de 1780 e 1790, em escritos anônimos e em decisões dos tribunais, mas era algo de pouca importância ou conhecimento em relação às discussões políticas travadas da independência até pelo menos 1830.

Na década de 1780, os principais argumentos foram construídos por James Iredell, advogado e futuro membro da Suprema Corte. Entendia-se o controle judicial como expressão da soberania popular, não que os juizes seriam melhores intérpretes. Era uma alternativa às revoltas populares, não apenas um ato comum de interpretação jurídica, mas ato jurídico-político de resistência. Os defensores tentaram justificar a prática pelo princípio de declarar inconstitucional apenas as leis indiscutivelmente inconstitucionais. Mesmo assim, as primeiras decisões geraram reações críticas em todos os estados, exceto na Virgínia. Alguns casos ilustram essa controvérsia, como *Rutgers v. Waddington* (1784), *Bayard v. Singleton* (1786), *Trevett v. Weeden* (1786). Em *Commonwealth v. Caton* (1782), o tribunal da Virgínia declarou a faculdade de invalidar leis do poder judicial (Kramer, 2011, p. 80-90).

Na Convenção da Filadélfia, poucos delegados apoiavam abertamente o controle judicial, mas não houve debate amplo sobre o tema. O foco era controlar o poder da União sobre os estados e garantir respeito dos estados à Constituição. Surgiram três propostas: veto do Congresso (proposta de James Madison), supremacia das leis federais

⁶ A separação de poderes na forma pura foi adotada nas primeiras constituições aprovadas nas ex-colônias de Virgínia, Pensilvânia, Maryland, Delaware, Carolina do Norte e Geórgia de 1776 a 1777. A maioria rejeitou a teoria dos freios e dos contrapesos. O governo era exercido por Congressos e Convenções comandados pelos legislativos, também responsáveis por eleger os governadores. Os executivos eram controlados pelos legislativos, com mandatos curtos, sem poder de veto, não participavam da legislação e se sujeitavam ao *impeachment* (Vile, 1998, p. 131-133 *et seq.*). Essa foi a opção do início da revolução porque os revolucionários queriam fugir da tirania do executivo, preservar a liberdade do povo e proteger o legislativo e o judiciário. A preocupação era tamanha que a figura do governador foi eliminada na Constituição da Pensilvânia (Wood, 2002, p. 70-71).

(proposta de Nova Jersey) e cláusula de supremacia reforçada, aplicável por juízes estaduais e federais (proposta da Virgínia). A última foi escolhida, permitindo controle judicial da legislação estadual para garantir autoridade da federação. Segundo Kramer (2011, p. 98-99), isso originou “o gérmen do controle judicial de constitucionalidade como um elemento formal da Constituição federal”. A escolha baseou-se em dois motivos: busca por controle mais fraco que o veto congressual e necessidade de explicitar autoridade que seria duvidosa se implícita. Nada se convenciou sobre o controle leis federais, possivelmente pelos mecanismos já existentes, a saber, veto executivo, federalismo, bicameralismo e seleção dos melhores congressistas (Kramer, 2011, p. 98-104).

O principal debate da ratificação da Constituição nos estados focou no federalismo e nos mecanismos para enfraquecer o governo central (eleição do presidente do Colégio Eleitoral e a composição do Senado). Prevalcia a visão de subordinação dos poderes ao povo, via eleições e meios extrajudiciais⁷. Os fundadores não recorreram aos tribunais contra o legislativo, confiando em limites políticos (Kramer, 2011, p. 104-121). Até 1790, o *judicial review* ocorria: no exercício do dever de todos em proteger a Constituição, não exclusivo dos juízes; aplicáveis apenas sobre leis estaduais; com seguimento no departamentalismo de Madison e Jefferson⁸; a decisão não implicava na anulação da lei, mas em manifestação pública dos juízes, por direito de petição, para pressionar a mudança pelo legislativo; não se defendia a última palavra dos juízes; e todos os poderes se submetiam ao controle popular.

O controle judicial não era o centro da discussão mesmo durante *Marbury v. Madison*. Apesar de não ser o primeiro caso de controle de lei federal, precedido na década de 1790 pelos casos *Heyburn* (o primeiro caso de controle de lei federal) e *Kemper v. Hawkins* (inovou por controlar a constitucionalidade de lei estadual sem apelar ao público pelo direito de petição), o caso *Marbury* destaca-se pelo contexto político (Kramer, 2011, p. 80-96 *et seq.*). Envolvia o *Judiciary Act* (1801), o *Repeal Act* (1802), a atuação do presidente republicano Thomas Jefferson, disputas entre republicanos e federalistas, a perseguição republicana aos juízes e aos funcionários nomeados pelos

⁷ A alternância de mandatos, o direito a instruções, o bicameralismo, a consulta periódica à população, a eleição de júri com mandato fixo, o conselho de censores, o veto da demora, o conselho de revisão, o veto às leis estaduais (Kramer, 2011, p. 82-83).

⁸ Madison identificou no projeto constitucional de Jefferson para o estado da Virgínia o risco dos juízes superarem o legislativo ao definir por último a constitucionalidade e o conteúdo do texto legal. A solução foi a teoria departamentalista, da concorrência ou da coordenação. Defendida por Madison e Jefferson, significava que cada poder tem igual direito de decidir suas competências constitucionais, independentemente dos outros, buscando acomodação ou resolução pelo povo. Os poderes têm funções específicas: legislativo cria leis, executivo veta, judiciário controla – pelo controle de constitucionalidade os juízes foram incluídos tarefa coordenada de dar significado à Constituição (Kramer, 2011, p. 139-144).

federalistas e o envolvimento pessoal de John Marshall, presidente da Suprema Corte⁹. Marshall construiu argumento considerando ilegal a atuação do governo republicano no caso, mas sem contra-atacar os republicanos e a imprensa. Sobre *judicial review*, apaziguou ânimos, mantendo visão federalista, criando precedente para posterior utilização, mesmo sem exercer controle judicial de fato. Marshall não alegou interpretação constitucional exclusiva dos tribunais, apenas incluiu o judiciário nessa função. Embora citasse a autoridade popular, enfatizou que o povo nem sempre poderia atuar, de forma que o tribunal atuaria (Kramer, 2011, p. 155-164).

A atuação do poder judiciário não era o objetivo revolucionário inicial ou intencional. Era questão menor que ganhou relevância com mudanças na compreensão do papel popular e conflitos entre União, Estados e tribunais. Como na Inglaterra do século XVII, onde experiências de concentração de poder no Parlamento Longo e no Protetorado de Cromwell levaram a freios parlamentares, a experiência americana criou amplos mecanismos de freios e contrapesos para todos os poderes. Foi uma opção americana incluir o judiciário na proteção constitucional, diferente da Inglaterra e da França, onde a limitação de poderes não gerou *judicial review*. Portanto, é equivocado afirmar que controle judicial e supremacia judicial decorrem logicamente do constitucionalismo. Os fundadores priorizaram federalismo, veto executivo e controle popular como alternativas para resolver impasses e limitar poderes. Embora essa visão tenha mudado com prática judicial, partidos políticos e disputas federativas, o *judicial review* e a teoria da supremacia judicial são construções históricas de um modelo de constitucionalismo específico, não de todos, que, mesmo assim, sofreu oposição e críticas desde o séc. XIX.

⁹ Com a vitória republicana na presidência e Congresso em 1800, os federalistas, antes do fim do mandato, aceleraram reformas pelo *Judiciary Act* (1801), garantindo partidários no judiciário, reduzindo a Suprema Corte e criando tribunais com novos juizes federalistas. As nomeações ocorreram entre fevereiro de 1801 e a véspera da posse de Jefferson, em 04/03/1801, feitas por John Marshall, então secretário de Estado, que se tornou presidente da Suprema Corte, nomeado por John Adams. Porém, nem todos os atos de nomeação dos juizes saíram a tempo, como a de William Marbury, e não foram efetivadas pelo governo republicano. Após período de dúvida e uma postura conciliatória inicial, Jefferson foi provocado quando juizes não nomeados recorreram à Suprema Corte em dezembro de 1801. Então, a maioria republicana no Congresso derogou *Judiciary Act* (1801) pelo *Repeal Act* (1802). Em 1803, antes da nova reunião da Suprema Corte, Jefferson questionou à Câmara dos deputados a possibilidade de exercer juízo político sobre a conduta de um juiz de New Hampshire. Existiam julgamentos pendentes, entre eles *Marbury v. Madison*, mas havia um temor entre os membros da Corte quanto às consequências que poderiam sofrer sobre uma posição contrária ao *Repeal Act* (Kramer, 2011, p. 155-162).

3.2 O PROBLEMA DA ÚLTIMA PALAVRA SOBRE CONSTITUIÇÃO, DO JUDICIÁRIO COMO ÚNICO INTÉRPRETE CONSTITUCIONAL E DA DIFICULDADE DE SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JUDICIAL

A questão da última palavra judicial sobre a constituição baseia-se na interpretação por outros poderes e no impacto da interpretação judicial em modelos de *judicial review* forte, em que tribunais controlam atos executivos e legislativos¹⁰. Na supremacia judicial, o judiciário é o último, não único intérprete, fazendo outros poderes conformarem-se a seu entendimento sob risco de anulação - preocupação de Madison e Jefferson no séc. XVIII. A última palavra não é necessariamente definitiva, dependendo da obrigatoriedade da decisão, da possibilidade de superação e do modelo de *judicial review* adotado, se forte ou fraco. Torna-se expressão de supremacia judicial quando obrigatória para todos, impossível ou muito difícil de superar, especialmente se apenas por emenda constitucional, como no modelo americano.

Na possibilidade de reversão ou superação da decisão judicial, fundamentam-se as teorias de última palavra provisória, defendidas por Fisher (1988) e Mendes (2008), que se relacionam ao diálogo institucional e buscam justificar o *judicial review* como parte do processo constitucional. O legislativo participa por meio das respostas às decisões judiciais, desde deferência até superação legislativa (Hogg; Bushell, 1997), ou apenas pela aprovação de lei ou emenda que supere o argumento judicial (Barbosa; Lima, 2018) - incluindo participação popular. É nesse processo que os defensores do diálogo e da última palavra provisória entendem que ocorrem melhorias na democracia deliberativa, enquanto os críticos questionam a possibilidade de diálogo entre poderes em conflito e promovem uma “anarquia interpretativa” ao decidirem indefinidamente sobre uma questão constitucional.

As críticas à última palavra do judiciário se resumem no desestímulo à interpretação da constituição fora dos tribunais, que é vital para a sociedade (Brandão, 2022, p. 240; Souza Neto; Sarmiento, 2013, p. 159-160), na possibilidade de o legislativo atuar sem se preocupar com o conteúdo da constituição ante a certeza da correção judicial (Brandão, 2022, p. 244), a promoção do distanciamento do povo da política e da visão da constituição como questão restrita aos tribunais (Bercovici, 2013, p. 326), a impossibilidade de o judiciário emitir a última palavra sobre todos os temas discutidos

¹⁰O controle judicial de atos do executivo americano incluem a concessão de *habeas corpus*, a ordem para prática de ato (o *writ of mandamus*, similar ao mandado de segurança brasileiro), a proibição da prática de ato por oficial do governo (*writ of prohibition*), a participação do presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) no *impeachment* do presidente. Entre os limites judiciais impostos ao legislativo estão a proibição de suspensão de *habeas corpus*, a proibição de aprovar leis punitivas sem julgamento prévio ou de leis penais retroativas (*bills of attainder*), a exigência de júri em julgamentos, exceto no *impeachment* (Brannen Junior, 2005, p. 481-512).

na política e encerrar toda a controvérsia social com apenas uma decisão (Souza Neto; Sarmiento, 2013, p. 135-137).

O método de superação legislativa é critério para definir se há supremacia judicial ou não. Quanto mais difícil essa superação, maior tendência à supremacia judicial. No modelo americano, apenas por emenda constitucional, configura-se supremacia judicial. O modelo brasileiro, embora rígido, permite alterações constitucionais mais facilmente que o americano. Estudiosos divergem: alguns defendem superação apenas por emenda constitucional, com presunção de inconstitucionalidade para a lei ordinária superadora (Clève; Lorenzetto, 2015; Tremblay, 2005); outros aceitam superação por lei ordinária (Barbosa; Lima, 2018; Roach, 2004); e há os que propõem processo intermediário, menos rígido que emenda, mas mais complexo que lei ordinária (Brandão, 2022).

O Supremo Tribunal Federal emitiu duas decisões controversas sobre a possibilidade de superação legislativa por lei ordinária. Na ADI 2.797-2/2005, anulou lei que superou entendimento judicial, com o ministro relator Sepúlveda Pertence, defendendo que decisões do Supremo tinham *status* constitucional, alteráveis só por emenda. Esse entendimento não se consolidou. Na ADI 5.105/2015, o ministro Luiz Fux mitigou parcialmente essa posição, mas manteve a superioridade das decisões da Corte ao defender presunção de inconstitucionalidade de leis ordinárias superadoras. Os ministros costumam entender que a Constituição de 1988 fez do Supremo guardião e detentor da última palavra, especialmente ante propostas de mudança em seu processo decisório, como nas PECs 33/2011 e 08/2021. Desde 2013, o termo diálogo tem sido utilizado em julgamentos do Supremo para construir o entendimento de que essa última palavra não é definitiva, visão principalmente defendida por Luiz Fux, mas não unânime entre os ministros.

O poder judicial de controlar a constitucionalidade dos mecanismos de superação legislativa, como a emenda constitucional, é mais uma forma de dificultar a superação do entendimento judicial, tendendo à supremacia judicial. O controle de emendas não está expressamente previsto na Constituição brasileira, sendo construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em decisões de 1926, 1980, 1993, 2005 e 2015, que encontrou na Constituição de 1988 um fundamento não muito evidente no § 4º do art. 60. Mesmo quando o legislativo supera entendimento judicial via emenda constitucional, esta pode ser contestada e anulada pelo tribunal. Para defensores da última palavra, o judiciário finaliza o debate da questão, deixando evidente aos legisladores que aquele entendimento é incompatível com a Constituição. Já para defensores da última palavra provisória e do diálogo, trata-se de mais uma etapa, uma nova rodada procedimental ou do ciclo de desafios, na qual o judiciário detém provisoriamente a palavra final.

O desafio da superação legislativa é intensificado pelos diversos mecanismos de controle e funções concedidos ao Supremo Tribunal Federal desde 1988, sistema

classificado como supremocracia por Vieira (2008) e como ministocracia por Arguelhes e Ribeiro (2018). O legislativo enfrenta obstáculos para superar entendimentos judiciais, pois o Supremo possui variadas formas de controle de constitucionalidade, tanto concentrado quanto difuso, podendo anular leis ou alterá-las (inclusive da Constituição) via interpretação conforme a Constituição e a mutação constitucional. Os problemas derivam da supremacia judicial e só encontram solução parcial ao considerar a última palavra como não definitiva (teorias da última palavra provisória), ao defender que decisões judiciais não são obrigatórias (o que compromete a efetivação dessas decisões) ou ao ampliar a superação legislativa além das emendas constitucionais (enfraquecendo o poder da decisão judicial, segundo os críticos).

4 DIÁLOGO COMO SOLUÇÃO PARA OS PROBLEMAS DOS MODELOS DE SUPREMACIA LEGISLATIVA E JUDICIAL: AS PROPOSTAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO DA COMUNIDADE BRITÂNICA

Os modelos de *judicial review* se diferenciam conforme a força dos tribunais em controlar atos de outros poderes e a força vinculante de suas decisões. Para Tushnet (2003, p. 2784-2485), no modelo forte (*strong judicial review*), o judiciário pode anular atos dos outros poderes e determinar o sentido constitucional vinculante, enquanto, no modelo fraco (*weak judicial review*), não pode anular atos, mas pode interpretar leis conforme a constituição e emitir declarações não vinculantes de incompatibilidade. Gardbaum (2019) aponta três características para classificar um sistema de *judicial review* como forte ou fraco: poder legislativo de anular o *judicial review*; uso de técnicas decisórias (maximalistas ou minimalistas) que permitem construção conjunta de soluções constitucionais; e poder geral do tribunal constitucional. Os tribunais podem alternar entre remédios fracos e fortes na mesma decisão, sendo importante verificar a existência de recursos fracos em sistemas fortes.

Os sistemas de *judicial review* forte e fraco se diferenciam por dois critérios principais, segundo Waldron (2006, p. 1354-1357): a possibilidade de afastar leis e a proteção de direitos individuais. Na forma forte, tribunais podem não aplicar leis, modificar seus efeitos, torná-las ineficazes pela interpretação ou anulá-las (modelo europeu e brasileiro). Na forma fraca, tribunais não devem recusar aplicação de leis contra direitos individuais, mas podem emitir declarações não vinculantes de incompatibilidade (modelo britânico) ou evitar violações via interpretação (modelo neozelandês). Na proteção de direitos, a forma forte usa constitucionalização de direitos, federalismo e separação de poderes para controlar leis, enquanto a forma fraca opera via declarações de direitos ou leis especiais não estruturais, como a LDH britânica. Waldron aponta ainda dois critérios adicionais distintivos: o momento da análise judicial, antes

ou após a promulgação da lei (*ex ante* e *a posteriori*) e a competência para o *judicial review*, pode ser dos tribunais superiores ou dos inferiores.

O Brasil e os Estados Unidos representam modelos fortes ou ultrafortes de *judicial review*, enquanto o modelo americano permite controle difuso com efeito vinculante, o modelo brasileiro acumula controle abstrato de constitucionalidade, funções de legislador negativo e positivo, sendo simultaneamente tribunal de apelação, corte constitucional e tribunal de origem. Os modelos do Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica (*Commonwealth*) - Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Austrália - exemplificam a forma fraca, embora haja divergências sobre o modelo canadense. Esses países buscaram equilibrar supremacia legislativa e direitos individuais, sem adotar um judiciário no estilo americano, com ou sem declaração de direitos constitucionalizada. Cada um apresentou formas diferentes de lidar com esses dois pontos, que serão tratadas a seguir.

Como esses modelos se relacionam com as teorias do diálogo? O modelo canadense de 1982 iniciou o debate sobre *judicial review* em sistemas de supremacia legislativa. Para evitar uma supremacia judicial similar à americana, a Carta canadense incluiu cláusulas de interpretação (seção 1) e não obstante (seção 33), permitindo que legislativos provinciais restringissem direitos e protegessem leis do controle judicial por cinco anos. Dessa estrutura surgiu a teoria responsiva do diálogo de Hogg e Bushell (1997), que considera o modelo de controle constitucional canadense não forte devido à tendência de resposta legislativa às decisões judiciais. Em 1998, o Reino Unido aprovou a Lei de Direitos Humanos (LDH), permitindo aos tribunais emitirem declarações não vinculantes de incompatibilidade entre leis parlamentares e direitos da LDH e da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Embora não vinculantes, essas declarações geram ônus político significativo. Ambos os modelos são vistos como alternativas ao *judicial review* forte, protegendo direitos sem anulação de leis ou fornecendo mecanismos para impedir o controle judicial, considerados formas de diálogo, ainda que controversas.

Não se releva aqui as diferenças profundas que esses modelos tradicionais de supremacia legislativa em sistemas de *common law* apresentam em relação aos modelos de *judicial review* forte como o modelo brasileiro, que adota controle abstrato e difuso de constitucionalidade, além de pertencer à tradição de *civil law*. No entanto, os modelos da Comunidade Britânica são relevantes para este estudo comparativo por sua relação com as teorias do diálogo e seus mecanismos inovadores, que podem ser adaptados a outros sistemas constitucionais sem tradição de *common law*. Duas soluções desses modelos merecem destaque: a proteção de direitos sem necessidade de petrificação rígida ou constitucionalização de direitos e o controle judicial de constitucionalidade

sem anulação de leis ou última palavra judicial, mantendo a prerrogativa de interpretação constitucional e compatibilização das leis com direitos protegidos.

4.1 A PROTEÇÃO DE DIREITOS SEM A ADOÇÃO DE CONSTITUIÇÃO COMO LEI SUPREMA E SEM A “PETRIFICAÇÃO” DE DIREITOS EM UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA COM RÍGIDO PROCESSO DE ALTERAÇÃO

Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Austrália passaram por mudanças significativas desde 1960, buscando equilibrar proteção de direitos fundamentais e supremacia legislativa, sem adotar supremacia constitucional rígida ou *judicial review* forte. No Canadá, a primeira tentativa foi a Declaração de Direitos e Garantias de 1960, que fracassou. Em 1982, a Carta de Direitos e Liberdade, lei ordinária crucial para desvinculação do Reino Unido, aproximou-se do modelo americano por ser norma superior às demais leis e permitir ao judiciário invalidar leis incompatíveis. Embora petrificada, por exigir critérios mais rígidos para alteração legislativa da Carta de direitos, incluiu mecanismos únicos: a cláusula de interpretação (seção 1), permitindo a “revogação” de direitos da Carta pelos legislativos provinciais, e a cláusula não obstante (seção 33), que protege leis provinciais do controle judicial por cinco anos, passível de renovação. Por essas características, a Carta canadense tem *status* inferior a uma lei suprema (Gardbaum, 2017, p. 228-233).

A Nova Zelândia aprovou em 1990 a Lei de Declaração de Direitos e Garantias (LDDNZ), inspirada na carta canadense. É uma lei ordinária que protege direitos sem ser hierarquicamente superior às demais, podendo ser emendada ou revogada por lei ordinária sem procedimento especial ou revogação expressa. Gardbaum (2017, p. 234) a considera uma “declaração de direitos interpretativa” e lei estrutural, pois serve como parâmetro interpretativo das leis e propõe um conjunto de direitos, devendo os tribunais interpretar as leis em conformidade com a LDDN sempre que possível.

O Parlamento britânico aprovou em 1998 a Lei de Direitos Humanos (LDH), incorporando a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) ao direito interno. Para Gardbaum (2017, p. 237), isso representou uma “constitucionalização parcial, mas não plena, dos direitos fundamentais”, criando dois tipos de direito: os primários (leis do parlamento) e os direitos da Convenção aceitos pelo Parlamento. Sempre que possível, os tribunais devem interpretar a legislação britânica conforme os direitos da CEDH, podendo emitir declarações de incompatibilidade que podem gerar mudanças legislativas pelo Parlamento. A LDH, embora modificável por outra lei, tem *status* superior por não admitir revogação tácita.

A LDH tem caráter mais político devido à preocupação de que direitos fundamentais pudessem enfraquecer a supremacia legislativa. Por isso, segundo Foruria

(2018, p. 108-145), o controle oriundo dessa lei é colocado nas mãos dos órgãos políticos e ocorre em quatro fases:

- a) controle pré-legislativo, feito pelo governo por meio da declaração de compatibilidade do projeto de lei com a CEDH;
- b) verificação da compatibilidade pela *Joint Committee on Human Rights*, uma comissão com membros indicados pelos Lordes e Comuns;
- c) análise pelos tribunais, que podem emitir declaração de incompatibilidade ou adotar interpretação compatibilizadora;
- d) decisão do Parlamento de corrigir ou manter a lei original. Essas mudanças preservaram a supremacia legislativa, pois não permitem anulação da lei e mantêm com o Parlamento a decisão final sobre sua vigência. Entretanto, é inegável que a LDH alterou significativamente o modelo britânico, ampliando a margem interpretativa dos juízes e pressionando o Parlamento a adequar legislações incompatíveis.

A Austrália mantém sua Constituição desde 1901, sem carta ou declaração nacional de direitos e adota um sistema híbrido de jurisdição da *Commonwealth*, com supremacia judicial em “questões estruturais de federalismo e separação de poderes”, e supremacia legislativa em questões de direitos, segundo Gardbaum (2013, p. 204-210). Nos anos 2000, aprovou duas leis subnacionais alinhadas ao novo modelo da Comunidade Britânica: o *The Australian Capital Territory’s Human Rights Act* (2004) e o *Victoria’s Charter of Human Rights and Responsibilities Act* (2006). Inspiradas pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incluem poder judicial declaratório e interpretação favorável aos direitos. Adotam cláusulas de limitações inspiradas nas leis canadense, neozelandesa e sul-africana, exigem consideração dos direitos humanos, fundamentação de compatibilidade, análise parlamentar e revisão quinquenal. A Carta de Vitória segue o modelo canadense de anulação, enquanto a Lei da capital aproxima-se do modelo britânico de declaração de inconsistência.

Os modelos diferem, segundo Gardbaum (2017, p. 239-244), por rejeitarem o argumento de que a proteção de direitos só ocorre pela imposição de *status* jurídico de lei suprema e pela proteção de lei que vincule o legislativo. Os modelos estudados propõem o meio termo: lei ordinária sem processo rígido de alteração, que protege direitos pela previsão legal e pela imposição do dever de interpretação judicial conforme as leis de direitos. Para críticos, o baixo *status* na Nova Zelândia e no Reino Unido indica incorporação insuficiente dos direitos, pois a proteção poderia ser maior sem comprometer a supremacia parlamentar. Quanto à petrificação, apenas o modelo britânico apresenta solução intermediária ao impedir revogação tácita da lei de direitos, uma forma fraca de petrificação que pode tornar os direitos da CEDH lei suprema de caráter político, não jurídico.

Quanto à proteção de direitos sem Constituição suprema, os modelos mantêm similaridade com o sistema tradicional de supremacia legislativa de Westminster, pois a proteção adicional não limita significativamente o poder legislativo, já que os direitos podem ser revogados por maioria simples. A exceção é o Parlamento britânico, que deve revogar expressamente os direitos da LDH, o que significa que tal lei foi imunizada contra revogação tácita, o que não ocorre com qualquer outra lei britânica. Para críticos da supremacia legislativa, os direitos fundamentais seguem desprotegidos nesses modelos. Quanto à petrificação, Gardbaum (2017, p. 244) nota abordagens distintas: o Canadá aproxima-se do modelo americano, a Nova Zelândia mantém-se como supremacia legislativa, e o Reino Unido oferece solução intermediária com petrificação fraca da LDH, sem exigir um procedimento muito complexo, apenas obriga o Parlamento britânico a revogar expressamente os direitos da LDH. Essa mudança é significativa para a teoria da supremacia legislativa britânica, pois limita formalmente o Parlamento sem suprimir sua supremacia, aumentando a proteção dos direitos conforme defendido pelos apoiadores do *judicial review*.

4.2A PROPOSTA DE CONTROLE DA LEGISLAÇÃO SEM *JUDICIAL REVIEW*, SEM ÚLTIMA PALAVRA DO JUDICIÁRIO E PELO DIÁLOGO ENTRE PODERES

O modelo canadense não prevê expressamente o poder judicial de anular leis contrárias à Carta, mas Gardbaum (2017, p. 230-233) sugere que essa era a intenção da seção 52 e de outras. Em contrapartida, previu a cláusula não obstante (seção 33), que impede a última palavra da Suprema Corte sobre certos direitos, permitindo que o legislativo mantenha seu entendimento contra o controle judicial. Esse impedimento temporário gera ônus político duplo: a pressão política sobre o legislativo manter lei considerada inconstitucional e força a revisão da questão em cinco anos, quando o legislativo pode manter sua posição ou concordar com o tribunal. Inicialmente, houve resistência provincial ao diálogo - Quebec, por exemplo, protegeu preventivamente novas leis usando a cláusula não obstante (característica denominada *omnibus*) e tentou aplicá-la retroativamente, o que foi rejeitado pela Suprema Corte. Embora a resistência tenha diminuído, Quebec continua sendo a província que mais desafia a Suprema Corte.

A previsão da cláusula não obstante é um dos argumentos para se afirmar que o modelo canadense é de *judicial review* fraco, mas seu uso limitado é o argumento dos que defendem a adoção de modelo de *judicial review* forte (Petter, 2003, 2007; Waldron, 2006). Kahana (2023) identificou apenas onze usos da cláusula em 40 anos, majoritariamente benéficos e não de tirania do legislativo. Ademais, a cláusula tem

aplicação restrita, não abrangendo todos os direitos da Carta, assim como a cláusula de interpretação (seção 1), que deve seguir os critérios estabelecidos pela Suprema Corte no caso *R. v. Oakes* (1986).

No modelo neozelandês, os tribunais interpretam as leis conforme os direitos da LDDNZ, mas não podem anulá-las. Contudo, o Parlamento enfrenta alto custo político ao aprovar leis incompatíveis com a LDDNZ. Segundo Gardbaum (2017, p. 234-236), isso transfere o poder de controlar o significado das leis, mantendo a soberania parlamentar, pois a legislação incongruente não pode ser invalidada e prevalece sobre a LDDNZ. Considera-se adequado que o parlamento tenha a palavra final, desde que os direitos sejam considerados seriamente. A interpretação é central, permitindo aos tribunais reescrever leis e forçar mudanças legislativas através da interpretação judicial.

No modelo neozelandês, os tribunais interpretam leis conforme a LDDNZ, mas não podem invalidá-las. O alto custo político de aprovar leis incompatíveis resulta, segundo Gardbaum (2017, p. 234-236), na transferência do “poder de controlar o significado das leis de uma maneira não encontrada nos cânones de interpretação jurídica”, mantendo a soberania parlamentar, pois tais leis não podem ser invalidadas. Prevalece a ideia de que o parlamento deve ter a palavra final, desde que considere os direitos seriamente. A interpretação é o centro nesse modelo, uma vez que os tribunais podem reescrever as leis e forçar o legislativo a modificar leis incompatíveis apenas com a interpretação judicial.

A inovação britânica permite controle prévio e posterior da compatibilidade com a LDH. O Primeiro-ministro pode analisar projetos de lei e criar ordem de reparo para leis incompatíveis, enquanto tribunais podem fazer declaração de incompatibilidade. Essa declaração não invalida a lei nem obriga o Parlamento a alterá-la, mas gera ônus político, como na LDDNZ. Segundo Gardbaum (2017, p. 238-241), as questões constitucionais são resolvidas politicamente, não juridicamente. O modelo divide o controle em quatro etapas (análise prévia do gabinete, análise do *Joint Committee on Human Rights*, julgamento pelos tribunais e eventual invalidação pelo Parlamento), e, embora dividido, representa mudança radical na cultura constitucional britânica, pois, ao decidirem sobre a compatibilidade da lei, os tribunais agem de forma antes considerada proibida pela separação de poderes britânico.

Quanto à proteção dos direitos sem a necessidade de controle de constitucionalidade, os modelos da Comunidade Britânica propõem solução intermediária: no Canadá, apesar do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, o Parlamento pode impor seu entendimento através da cláusula não obstante, embora críticos vejam isso como similar ao modelo americano. Na Nova Zelândia, os tribunais aplicam direitos fundamentais via interpretação, influenciando o legislativo mesmo sem *judicial review*. Na Grã-Bretanha, tribunais interpretam e podem declarar

incompatibilidade com direitos protegidos sem invalidar leis, impondo ônus político ao parlamento (Garbaum, 2017, p. 244).

Gardbaum (2017) identifica quatro benefícios nesses modelos.

(a) abordar o problema da debilitação legislativa e popular que preocupou muitos observadores do *judicial review* tradicional; (b) fazer com que o discurso sobre direitos constitucionais se transforme, passando de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional mais rico e mais equilibrado; (c) aprimorar a legitimidade do papel dos tribunais por intermédio da criação de uma divisão de trabalho parcial a respeito da tarefa comum, e talvez inevitável, de se equilibrar, na jurisdição constitucional, direitos individuais e imperativos da política pública e (d) reduzir, se não eliminar, a tensão entre a tutela judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática (Gardbaum, 2017, p. 247).

Nesse sentido, Gardbaum (2017, p. 248-255) considera que essa atuação conjunta favorece o diálogo entre poderes e a responsabilidade compartilhada na interpretação constitucional. O judiciário foca nas melhores decisões constitucionais e o legislativo nas decisões políticas. Contudo, nos modelos canadense e neozelandês, o diálogo pode ser prejudicado quando o legislativo usa as cláusulas preventivas que impedem o controle judicial. O enfraquecimento do debate democrático pelo controle judicial é minimizado pelos mecanismos de anulação majoritária do *judicial review*: cláusula não obstante, não obrigatoriedade de ação legislativa após declaração de incompatibilidade e limitação da ação judicial à interpretação sem possibilidade de afastamento de lei.

Os modelos do Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica trazem duas principais inovações ao modelo clássico de Westminster: a declaração de incompatibilidade do modelo britânico e a cláusula não obstante canadense. A primeira limita a atividade judicial e a questão da última palavra, podendo ser aplicada em outros modelos com controle judicial, satisfazendo ao menos em parte os críticos do *judicial review*. A segunda protege direitos em um sistema de supremacia legislativa com atuação conjunta entre tribunais e parlamentos, sem que o judiciário se imponha sobre o legislativo. Nos modelos da Comunidade Britânica, o judiciário pode interpretar leis, mas não impor a própria interpretação por anulação da lei. Embora prevaleça a interpretação legislativa, a interpretação judicial gera custos políticos que podem forçar uma posição do legislativo no sentido de alterar a legislação incompatível ou mesmo

adequar a lei incompatível às cartas de direito através de uma “interpretação conforme a constituição”, como é feito no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.

Porém, a declaração judicial de incompatibilidade não consiste em uma imposição judicial, como ocorre nos modelos de *judicial review* forte, de forma que permanece com o legislativo a decisão sobre as questões de direitos. O modelo promove soluções para alguns dos problemas da supremacia legislativa e judicial: o judiciário não substitui o povo na discussão e na resolução de desacordos importantes, o que resolve a argumentação de usurpação do autogoverno do povo pelos juízes; a última palavra sobre o sentido da constituição e das leis não pertence ao judiciário, mas é construído na atuação dos poderes, com prevalência do legislativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a supremacia legislativa não implica um poder legislativo ilimitado, pois, ainda que o legislativo possa alterar em tese qualquer lei, existem outros mecanismos de controle entre os poderes. O Parlamento britânico é limitado pelo modelo de constituição equilibrada - princípios do *rule of law* e *King in Parliament*, atos parlamentares de 1911 e 1949, entrada na União Europeia, LDH de 1998, que demonstram que o Parlamento não atua ou cria leis sem qualquer limitação prévia. Sobre a tirania da maioria, o argumento de Waldron (1999) é pertinente por demonstrar que a tirania da maioria não ocorre pela simples derrota da minoria, é preciso que o espaço de oitiva dessa minoria seja reprimido no legislativo.

A ausência de constituição codificada na Comunidade Britânica não significa falta de proteção a direitos, embora esta tenha sido a opção americana. O desafio está em proteger direitos minoritários sem respaldo legislativo. Defensores do *judicial review* atribuem esse papel ao judiciário, enquanto defensores da supremacia legislativa preferem soluções políticas. Os modelos fracos de *judicial review* da Comunidade Britânica buscam equilibrar proteção de direitos e flexibilidade legislativa, permitindo controle judicial limitado sem retirar do legislativo a capacidade de resposta, seja pela cláusula não obstante, seja pela declaração de incompatibilidade, que gera ônus político sem poder de anulação. Em ambos os modelos, minorias podem acionar o judiciário para interpretação, mas apenas no *judicial review* forte há possibilidade de anulação de leis contrárias à maioria.

Os modelos de *judicial review* da Comunidade Britânica são usados como exemplos de diálogo institucional e consistem de fato no meio termo entre supremacia legislativa e supremacia judicial porque concedem poder de *judicial review*, sem submeter o legislativo à vontade judicial, já que:

- a) o controle judicial não anula leis;

- b) a interpretação judicial pode ser superada pelo legislativo ou;
- c) o legislativo pode proteger a lei do controle judicial.

Oferecem proteção a direitos sem tornar a lei suprema ou usar imunidades constitucionais que impedem debate legislativo. Representam formas mitigadas de supremacia legislativa, pelo menos os modelos britânicos e neozelandês, enquanto o modelo canadense estaria mais próximo do modelo americano, mas são modelos que limitam mais o poder judiciário que o poder legislativo.

Os modelos da Comunidade Britânica consistem em alternativas dentre os modelos de supremacia legislativa que não querem continuar como modelos típicos de Westminster, nem buscam o *judicial review* no estilo americano. Contudo, não consistem em alternativas aos modelos de supremacia judicial, a menos que alterem os processos político-constitucionais para preverem cláusulas não obstante, cláusulas de interpretação e declarações de incompatibilidade como etapas do processo. A questão é como a discussão sobre diálogo institucional se encaixa nessa composição de modelos políticos, que adotaram formas de controle mútuo entre os poderes (*judicial review*, petrificação de lei e impedimento do controle judicial) que são mecanismos característicos dos freios e dos contrapesos já adotados na constituição equilibrada, como a do Reino Unido. O que mudou nas relações entre os poderes e nesses mecanismos de controle que permitiu que fossem classificados como formas de diálogo entre poderes? No que consiste de fato esse diálogo? São questões pendentes de discussão em outro trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Samille Lima; MATOS, Deborah Dettmam. Modelos de constitucionalismo, mecanismos de controle e separação de poderes em contextos históricos de desconfianças. **Revista Brasileira de História do Direito**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 48-69, jan./jul. 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRANNEN JUNIOR, Daniel E. **Checks and Balances: the three branches of the american government**. [S. l.]: Thomson Gale, 2005. v. 3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

DIAS JUNIOR, Etéocles Brito Mendonça. **Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional**. 2012. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC, Rio de Janeiro, 2012.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8. ed. London: Macmillan, 1915.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech. **Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. London/New York: Kluwer Law International, Springer, 2003.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FORURIA, Eduardo Virgala. **La constitución británica em el siglo XXI: soberania parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales**. Madrid: Marcial Pons, 2018. (Colección Teoría constitucional y Derecho).

GARDBAUM, Stephen. **The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2013.

GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 220-273, jul./dez. 2017.

Entre Westminster e *judicial review*: diálogo institucional e os modelos de constitucionalismo da Comunidade Britânica como alternativas à supremacia legislativa e à supremacia judicial

GARDBAUM, Stephen. Weak-form review in comparative perspective: a reply. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 931-942, 2019.

HOGG, Peter W.; 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**, [s. l.], v. 35, p. 75-124, 1997.

KAHANA, Tsvi. The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years. **Osgoode Hall Law Journal**, [s. l.], v. 60, n. 1, p. 1-71, 2023.

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. 2017. 294 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

PETTER, Andrew. Twenty years of charter justification: from liberal legalism to dubious dialogue. **UNB Law Journal**, [s. l.], v. 52, p. 187-199, 2003.

PETTER, Andrew. Taking Dialogue Theory Much too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 147-167, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/7/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

POSNER, Richard A. Book Review (reviewing Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (1999)). **Columbia Law Review**, Chicago, p. 582-591, 2000.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review** (2nd), [s. l.], v. 23, p. 49-104, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1144790>. Acesso em: 17 set. 2024.

SERRANO, Rafael de Agapito. **Libertad y Division de poderes: el contenido esencial del principio de la division de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu**. Madri: Tecnos, 1989.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, [s. l.], v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.

SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. La soberania en la doctrina britanica (de Bracton a Dicey). **Revista Fundamentos, Cadernos Monográficos de Teoria do Estado**,

Direito Público e História Constitucional, [s. l.], n. 1, p. 87-165, 1998. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10651/27830>. Acesso em: 17 set. 2024.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/617/792021>. Acesso em: 20 jan. 2025.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, [s. l.], v. 101, n. 8, p. 2781-2802, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>. Acesso em: 20 jan. 2025.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35159>. Acesso em: 20 jan. 2025.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2th ed. Liberty Fund: Indianapolis, 1998. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/vile-constitutionalism-and-the-separation-of-powers>. Acesso em: 20 jan. 2025.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and Judicial Supremacy. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s. l.], n. 14-57, 2014.

WOOD, Gordon S. **The American Revolution: a history**. New York: Modern Library, 2002. v. 9. *E-book*.

NOTA DE COAUTORIA

Sobre a colaboração de coautoria do artigo intitulado “Entre *Westminster* e *Judicial review*: diálogo institucional e os modelos de constitucionalismo da comunidade britânica como alternativas à supremacia legislativa e à supremacia judicial”, a primeira autora foi responsável pela redação do texto, enquanto a segunda autora foi responsável pela orientação quanto à estrutura e conteúdo do artigo e a revisão completa do texto, durante e após a conclusão.

Como citar este documento:

ALVES, Samille Lima; MATOS, Deborah Dettmam. Entre *Westminster* e *judicial review*: diálogo institucional e os modelos de constitucionalismo da Comunidade Britânica como alternativas à supremacia legislativa e à supremacia judicial. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 24, n. 45, e5657, jan./dez. 2026. DOI: <https://doi:10.12662/2447-6641oj.v24i45.5657.pe5657.2026>. Disponível em: link do artigo. Acesso em: xxxx.