

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO

Jonathan Moraes Barcellos Ferreira

TODO PODER EMANA DO JUDICIÁRIO:
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Rio Grande
2022

Jonathan Moraes Barcellos Ferreira

TODO PODER EMANA DO JUDICIÁRIO:
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparenberger

Rio Grande

2022

Jonathan Moraes Barcellos Ferreira

TODO PODER EMANA DO JUDICIÁRIO:
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Aprovado em ____ de _____ de ____.

Banca examinadora

Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande

Ma. Júlia Oselame Graf
Universidade Federal do Rio Grande

Mestranda Nathalia Silveira de Almeida
Universidade Federal do Rio Grande

*Dedico esse trabalho a todos aqueles que dele
fizeram parte.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a minha família.

Aos meus professores, em especial a minha orientadora Raquel, uma mãe que adotei na Universidade e amiga que levo para toda a vida.

À Rita, que me abriu novos horizontes para a pesquisa.

À Anaí que, muito mais do que uma supervisora de estágio a qual sou grato por toda a experiência, sempre me incentivou a buscar pelo meu melhor.

À Giselle, à Camila, à Jacira, à Bia, ao João, ao Joênes, ao Andrew e ao Matheus, amigos que estiveram do meu lado durante a graduação.

À Sunamita, ao Henrique, à Victória, à Patrícia, à Ádila, à Carol, ao Luís e ao Sander, que tornaram meu intercâmbio ainda mais especial, “nossa família” que escolhemos e compartilhamos os melhores momentos.

À Advocacia-Geral da União pelos anos de estágio e aos meus supervisores.

Ao Banco Santander pela bolsa Santander Ibero-Americanas que me possibilitou viver uma experiência indescritível de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra.

À Universidade de Coimbra e aos seus professores por terem me acolhido.

À Universidade Federal do Maranhão, à Universidade Federal de Goiás e à Universidad Nacional de Córdoba por me oferecerem um espaço de conhecimento.

A todos aqueles que, de alguma forma, auxiliaram no meu percurso até aqui.

“A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar sim.

Divergir, sim.

Descumprir, jamais.

Afrontá-la, nunca.

Traidor da Constituição é traidor da Pátria.

[...]

Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.

[...]

A Nação quer mudar.

A Nação deve mudar.

A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.”

(Ulysses Guimarães)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 introduziu no debate constitucional a democracia constitucional na qual diversos agentes partilham deveres para a realização do Estado Democrático de Direito. O Supremo Tribunal Federal não escapa dessa proposta, sendo-lhe incumbido não apenas um dever constitucional, mas uma missão institucional – a de guarda da Constituição. No entanto, desde a sua reformulação, as competências constitucionais do Supremo vêm sendo questionadas, não só no âmbito jurídico-prático, mas teórico, social, econômico e político. Hodiernamente, a Corte Constitucional está sendo acusada de politização por interferir no processo de decisão política, seja extirpando atos do poder Legislativo e do Executivo, seja substituindo esses na própria criação normativo-administrativa. Nesse sentido, o presente trabalho buscará compreender, a partir do Direito Constitucional sob o enfoque da Democracia Constitucional, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, em especial a fim de verificar se o Supremo Tribunal Federal poderia, ou não, e em que medida e situações, utilizar dos espaços dos demais poderes a fim de realizar a vontade da Constituição.

Palavras-chave: Democracia Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Judicialização da Política; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution introduced constitutional democracy into the constitutional debate in which various agents share duties for the realization of the Democratic Rule of Law. The Federal Supreme Court does not escape this proposal, being entrusted not only with a constitutional duty, but also with an institutional mission - that of guarding the Constitution. However, since its reformulation, the constitutional competencies of the Supreme Court have been questioned, not only in the legal-practical, but also in the theoretical, social, economic, and political. Nowadays, the Constitutional Court is being accused of politicization by interfering in the political decision-making process, either by extirpating acts of the Legislative and Executive branches, or by substituting these in the normative-administrative creation itself. In this sense, this paper will seek to understand, from the Constitutional Law under the focus of Constitutional Democracy, the legitimacy of the Supreme Court, to verify whether, and to what extent and situations, the Supreme Court could use the spaces of the other powers to realize the will of the Constitution.

Keywords: Constitutional Democracy; Federal Supreme Court; Judicialization of Politics; Judicial Activism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	
	CONSTITUCIONAL	11
2.1	A folha de papel com força normativa: análise das Teorias da Constituição de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse	11
2.2	Constitucionalismo(s): do liberal ao democrático	14
2.3	Quem deve ser o guardião da Constituição?	19
3	JUDICIÁRIO E PROTAGONISMO: ALGUÉM PRECISA ATUAR?	26
3.1	Controle de constitucionalidade à brasileira	26
3.2	Judicialização da Política	29
3.3	Tirem a venda dos olhos da justiça: o mito do Ativismo Judicial	31
3.4	Algumas considerações práticas	34
4	(IN)CONCLUSÕES: TODO PODER EMANA DO JUDICIÁRIO?	39
	REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Definir a Constituição não é uma tarefa fácil - diversas são as teorias que se propuseram a construir um conceito para o documento fundamental dos Estados modernos. Em linhas gerais, boa parte da doutrina compreende a Constituição como um conjunto de normas que estabelecem (1) uma declaração de direitos fundamentais e (2) uma forma de organização do Estado; todavia, as teorias que envolvem o seu conceito e que perpassam a sua finalidade não são uníssonas.

Ferdinand Lassalle observa a Constituição como resultado dos fatores reais de poder da sociedade que ela constitui - isto é, a Constituição deve refletir as forças emergentes dessas sociedades, não possuindo normatividade própria e, portanto, quando um documento escrito se desvirtua dessas forças ele tende a ser abolido por se transformar em uma folha de papel. Por outro lado, contradizendo Lassalle, Konrad Hesse afirma que a Constituição possui força normativa própria, não se submetendo exclusivamente ao que a sociedade quer que ela seja, mas também como um documento com valor e força jurídica suficiente para conformar a própria sociedade.

Ocorre que o direito sofreu uma turbulência causada pelos regimes nazistas e fascistas na Europa e pelas Ditaduras Militares na América Latina; há uma crescente descrença no poder político e na própria democracia representativa - na qual os poderes politicamente eleitos foram responsáveis por suprimir os direitos e garantias fundamentais. Nesse cenário, teorizou-se acerca da necessidade de haver um controle de constitucionalidade que garantisse o que está escrito nas Constituições. Assim, é no Poder Judiciário que as Constituições pós-Segunda Guerra Mundial irão confiar a sua proteção.

No entanto, essa confiança ainda não é unânime. Existe um extenso debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário para invalidar os atos dos poderes democraticamente eleitos. Outrossim, é paradoxal a ideia de que o judiciário promoveria e guardaria a democracia, considerando que se trata de uma instituição não escolhida pelo povo e que teria poderes para invalidar os atos que foram direta ou indiretamente emanados pelo povo.

Tendo em vista a realidade trazida pelo “neoconstitucionalismo” e democracia constitucional que, conseqüentemente, trouxe novas atribuições ao Poder Judiciário - em especial da guarda da Constituição -, o presente trabalho possui como problema: qual a legitimidade do Supremo Tribunal Federal no atual contexto constitucionalista?

As hipóteses estendem-se no sentido de que (1) a força normativa da constituição e a sua supremacia obrigam o judiciário a adotar uma postura proativa frente às lides que são

trazidas até este – em especial quando há um embate acerca das ações e omissões dos demais poderes. Além disso, (2) essa postura ativa do judiciário possui como consequência incontornável a judicialização da política: (3) a judicialização da política é uma consequência do modelo adotado pela Constituição de 1988 que obriga o judiciário a decidir sobre questões eminentemente políticas. Devido a isso, o Supremo Tribunal Federal possuiria legitimidade para realizar a Constituição – e não, exatamente, criar regras – mas apenas trazer à ordem jurídica o que há de explícito ou implícito na Constituição. (4) Essa legitimidade é indissociável da realidade constitucional emergente que se acentuou nos últimos anos, não havendo de se falar em extrapolação de competências ou interferência nos demais poderes quando o judiciário concretiza direitos fundamentais - (5) no entanto, isso não significaria dizer que o Supremo Tribunal Federal possui poderes ilimitados.

O objetivo geral da pesquisa é compreender, a partir do Direito Constitucional sob o enfoque da Democracia Constitucional, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em realizar a vontade da Constituição.

Para a realização do trabalho, utilizar-se-á do método de abordagem dialético, mediante a construção de hipóteses teórico-empíricas que serão submetidas a análise crítica. Visto que a sociedade não é estática, a utilização da dialética facilita a compreensão dos procedimentos sociais, assim como coloca Marconi e Lakatos (2017, p. 101), na dialética “as coisas não devem ser analisadas na qualidade de objetos fixos, mas em movimento”. Poder-se-á, então, construir conceitos para diferenciar objetos e examiná-los. A dialética captura “as estruturas da dinâmica social, não da estática. [...] [é] um instrumental que exalte o dinamismo dos conteúdos novos, mesmo que se reconheça não haver o novo total” (DEMO, 2014, p. 91). Assim, a pesquisa “possibilita uma aproximação e um entendimento da realidade a investigar [...] por meio de aproximações sucessivas da realidade, fornecendo-nos subsídios para uma intervenção no real” (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 31).

2 CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Constituição é uma palavra que expressa diversos sentidos. Segundo o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (2022), *constituição* é o “ato de constituir”, “organização”, “estabelecimento”, “disposição e grau das aptidões corporais”, “modo de ser”, “natureza do governo de uma nação”, “lei fundamental que regula os direitos e deveres dos cidadãos” e/ou “ato de estabelecer, de fixar”. Deriva do verbo *constituir* (2022), “formar a parte essencial de”, “construir a partir da junção de vários elementos”, “compor”, “dar existência a”, “criar, estabelecer, formar, organizar”, “ser, representar”, “dar procuração a” e/ou “eleger, nomear”.

No léxico jurídico, a definição de constituição também não é uniforme. Há teorias que defendam que a constituição é a soma dos fatores reais de poder de um país (LASSALLE, 2013), a decisão política fundamental de um Estado (SCHMITT, 2007), uma norma jurídica pura (KELSEN, 1998), dentre outras - o que todas elas possuem em comum é que a constituição está, de alguma forma, intimamente ligada ao exercício do poder.

Definir o objeto “Constituição” é fundamental para compreender o papel que essa deve cumprir para com o direito, isso pois ela é ponto central de discussão e de disputa hodiernamente, sendo justificativa e justificação da atuação das instituições que partem a sua suposta defesa.

2.1 A folha de papel com força normativa: análise das Teorias da Constituição de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse

Em uma palestra para operários proferida em 1862, Ferdinand Lassalle (2013, p. 3) perguntava: “qual será a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição?”. O autor não se contentava com as respostas que tratavam apenas da forma como as constituições se formam e o que elas fazem, pois pouco dizem sobre o que de fato é uma constituição. Nesse sentido, a constituição é a soma dos fatores reais de poder, uma força ativa que torna a constituição uma Constituição e a difere das demais normas. Diferencia, também, a constituição real e efetiva – formada pelos fatores reais de poder - da constituição escrita e jurídica – a qual chama de “folha de papel”.

A ideia de Lassalle sobre a constituição ensandeceu um debate acerca da influência dos atores políticos sobre a constituição em detrimento do seu próprio texto. O autor afirma que uma constituição escrita que não traduz os fatores reais de poder está fadada ao fracasso; os

fatores reais de poder são uma força que impede que as coisas sejam de outro modo, um fundamento que torna as coisas como realmente são. A constituição, então, não diria como as coisas *deveriam ser*, mas como as coisas efetivamente *são*. Os problemas constitucionais deixam de ser problemas jurídicos e tornam-se verdadeiros problemas políticos – problemas de poder¹.

Segundo Aurélio Bastos (2007), Lassalle desacreditava nas instituições e na ordem jurídica, marcado principalmente pelas experiências do seu tempo e pelas conturbações que vivera. Outro ponto central dessa teoria sociológica é o fato de que as forças armadas à época não se sujeitavam ao texto constitucional, estando sob jugo do poder do rei e, por isso, eram mecanismo de submissão dos fatores reais de poder para a manutenção da vontade soberana.

A ideia de Lassalle é, no fim, uma tentativa de formar junto aos operários uma organização capaz de subverter os fatores reais de poder da época e contrapor ao sistema vigente que os oprimia. Indiretamente, o autor contribui fortemente para “teoria do voto universal e direito como instrumento de conquista do poder e democratização do estado” (BASTOS, 2007, p. xvii).

Todavia, essa ideia de constituição que se assume puramente política e dissocia a realidade da normatividade é criticada por Konrad Hesse (1991): o autor vai buscar rebater as teorias que negavam a natureza normativa da constituição e da ciência do direito constitucional. Hesse desacredita das teorias em que a Constituição não possuiria força normativa própria, mas seria fruto do jogo político, servindo para justificá-lo. Assim, defende que a ordem jurídica e a realidade política e social são indissociáveis e, dessa forma, não é possível conceber a constituição sem considerar a recíproca relação entre a ordem jurídica e a realidade: a realidade, portanto, é a condição de existência da constituição.

Elaborando uma análise distintiva entre a pretensão de eficácia e as condições de sua realização, relaciona a primeira à vontade da constituição em conformar à realidade, enquanto as condições de realização dependeriam dessa realidade a ser conformada (HESSE, 1991, p. 14). Dessa forma, utilizando dos termos de Lassalle, Hesse pontua que, embora a "constituição real" e a "constituição escrita" sejam mutuamente condicionadas, elas são independentes (HESSE, 1991, p. 15). Incidindo sobre a ideia de pretensão de eficácia, nota que "a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia" (HESSE,

¹ “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social” (LASSALLE, 2013, p. 46).

1991, p. 16) - isso quer dizer que a Constituição precisa estar vinculada ao contexto histórico da sociedade que ela constitui, eximindo-se de "construir o Estado de forma abstrata e teórica" (HESSE, 1991, p. 18).

Defende, também, que deve haver nos agentes constitucionais uma vontade de Constituição - ou seja, o agir constitucional deve ser justificado na vontade de concretizar a Constituição. Quando diz vontade de constituição, refere-se a ideia de que se trata de uma "ordem normativa inquebrável" em constante transformação e que depende do agir humano (HESSE, 1991, p. 19 - 20). É preciso que a constituição esteja em constante adaptação para com o espírito do tempo da sociedade que a constitui. Nesse sentido, a interpretação da constituição deve conseguir concretizar o sentido da norma constitucional através do tempo - evitando sua revisão, mantendo a estabilidade constitucional e, conseqüentemente, preservando a força normativa. Apenas quando não for mais possível realizar a vontade de constituição é que os problemas constitucionais deixarão de ser jurídicos (questões jurídicas - *Rechtsfragen*) e passarão a ser políticos (questões de poder - *Machtfragen*).

Além do debate fundamental Lassalle-Hesse, outros autores buscaram definir a natureza da Constituição, como os apresentados por Virgílio Afonso da Silva (2011): i) Constituição-Lei de Gerhard Anschütz; ii) Constituição-Fundamento de Peter Häberle; e iii) Constituição-Moldura de Böckenförde, Starck e Isensee.

A constituição-lei de Gerhard Anschütz assume o mesmo papel da legislação infraconstitucional, não sendo superior a ela. Diante disso, o Legislativo não se submete a Constituição, mas o contrário e, diferentemente da ideia de supremacia da constituição, há uma supremacia do parlamento (SILVA, 2011).

Por sua vez, a constituição-fundamento de Peter Häberle é uma constituição total a qual se designa a tarefa de disciplinar não apenas as ações do Estado, mas de toda a sociedade. Nessa perspectiva, o legislador possui a função de interpretação da Constituição e do cumprimento do que ela comanda – tudo (SILVA, 2011). Destaca-se que Virgílio da Silva compreende que essa concepção de Constituição é forte no Brasil, inclusive é utilizada para uma leitura do dirigismo constitucional. Porém, essa noção de Constituição total, na visão do autor, limita a autonomia do legislador.

Por fim, a constituição-moldura (1) estabelece limites para a atuação do legislador e, assim, (2) aos juízes cabe verificar se o legislador atua dentro desses limites, (3) e o legislador tem discricionariedade de decidir dentro dos limites (SILVA, 2011). Nisso, “o conceito de constituição-moldura é usado, então, como o intuito de fixar uma posição intermediária entre

os dois conceitos extremos” (SILVA, 2011, p. 116). Deste modo, o legislador nem sempre pode, mas quando pode, ele pode tudo.

2.2 Constitucionalismo(s): do liberal ao democrático

Paralelamente ao debate inesgotável acerca da essência da constituição, surge com os Estados modernos o movimento constitucionalista. O constitucionalismo é marcado por uma corrente de matriz liberal-burguesa que fixa como premissa um documento escrito cuja finalidade é limitar o poder do Estado a fim de garantir - especificamente - as liberdades individuais. Por isso, não há de se falar em constitucionalismo antigo ou medieval (SILVA, 2014). É um movimento de ruptura liderado na Europa pela Revolução Francesa, visando romper com o Estado absolutista, e na América do Norte pela Revolução Americana, com o objetivo de se desvencilhar da metrópole. Georges Abboud (2014) defende que o constitucionalismo tem por finalidade a garantia de direitos fundamentais por meio da racionalização e limitação do poder, isto é, estabelecer regras que instituem o poder de agir do Estado.

Luís Roberto Barroso (2008) aponta que o constitucionalismo moderno tem origem em três movimentos distintos: inglês; americano e francês. O constitucionalismo moderno inglês marcado por influência de John Locke pauta-se no contratualismo liberal, sendo a Constituição (ainda que não escrita) um instrumento fundado no direito natural cuja finalidade é a paz e liberdade entre os homens. Por sua vez, o constitucionalismo moderno americano enfatiza a Constituição como um documento escrito supremo e com força normativa, possibilitando a aplicação da Constituição pelo Judiciário. Por fim, o constitucionalismo moderno francês preocupa-se com a fundação do Estado, teorizando acerca do poder constituinte que dele deriva a Constituição que dará forma a lei e conferirá supremacia ao Parlamento, afastando a atuação do Judiciário. No fim, segundo Barroso (2018), foi o constitucionalismo americano que prevaleceu.

Alguns autores buscaram ao longo da construção do constitucionalismo determinar o campo de atuação do poder. No constitucionalismo moderno europeu destaca-se as teorias de Jean Bodin, Hobbes, Locke e Rousseau.

Jean Bodin pensou em um poder absoluto limitado exercido pelo rei, o soberano. Absoluto pois competia exclusivamente ao rei o exercício do poder; limitado porque o rei não poderia dispor sobre sucessão nem bens particulares, bem como não poderia alienar bens públicos (MENDES; BRANCO, 2021).

Continuamente, surge o contratualismo em que, na perspectiva de Hobbes, a sociedade necessitava escolher um indivíduo que exerce o poder soberano em seu nome para defender a suas liberdades – essa associação dar-se-ia por meio de uma lei fundamental (MENDES; BRANCO, 2021).

Na perspectiva de Hobbes, o homem pactuou, mediante um contrato hipotético, a transferência mútua de direito através de um ato voluntário a fim do bem para si mesmo. É diante da necessidade de garantir a sua sobrevivência que se reuniu com outros homens e instituiu a figura do Estado. A instituição Estado possui a finalidade da paz e da defesa de todos (HOBBS, 1974). Dallari (2016, p. 25) assinala que “Hobbes chega à conclusão de que [...] mesmo um mau governo é melhor do que o estado de natureza”.

Dessa forma, o “fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a própria conservação e com a vida mais satisfeita” (HOBBS, 1974, p. 107). Sendo assim:

[...] um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens (HOBBS, 1974, p. 111).

Ao Estado, então, ficou outorgado instituir obrigações e faculdades conforme pactuaram os homens. Os deveres desse Estado foram estabelecidos por uma lei fundamental cuja eliminação dissolveria o próprio Estado; esse, portanto, é o contrato firmado entre os homens. Hobbes, assim, diferencia as leis fundamentais das leis não-fundamentais e, ainda, as leis dos direitos.

Para tanto, as leis não-fundamentais são as *lex civilis*, aquelas que a revogação não importaria na destruição do Estado, mas apenas na dissolução de obrigações. Conquanto, a *jus civile* trata-se da liberdade, direitos de ordem natural. Especificamente, “a lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não contrário à regra” (HOBBS, 1974, p. 167).

Em suma, em Hobbes observa-se que a vida do homem no estado de natureza é insustentável e, em razão disso, resolveram associar-se por um contrato que instituiu o Estado.

Mediante esse pacto, outorgaram à Instituição o direito de limitar sua liberdade para tornar possível a sua coexistência. Nota-se a fundação precípua de um Direito como um conjunto de leis postas a fim de ordenar a vida em sociedade.

Na perspectiva de John Locke, há direitos naturais anteriores ao Estado que devem ser protegidos pelo legislador – esse que atuaria para o bem geral em defesa das liberdades. Diante de Locke, a sociedade é o poder soberano, mas quem o exerce é o legislativo. O poder de legislar é um poder iluminado, o único capaz de interpretar o direito natural, e sob essa ideia se estabelece a supremacia do parlamento (MENDES; BRANCO, 2021).

Não cabe olvidar, ainda, que para Locke havia verdades primárias (ou auto-evidentes) que não poderiam ser percebidas por qualquer pessoa, por isso o debate político deveria ser restringido a uma elite intelectual escolhida para tal. Locke acreditava que a maioria tomava decisões de forma irracional e movida pela paixão e, portanto, quanto maior a participação, mais irracional as decisões tomadas (GARGARELLA, 2011).

Por fim, a visão de Rousseau sustentada na soberania irrenunciável do povo, pela qual o povo é detentor de todo o poder e mesmo após delegá-lo pode retomá-lo. A constituição se estabelece apenas como um texto de organização política e está abaixo da vontade popular; o legislativo representando o povo possui o poder ilimitado. É, novamente, uma teoria de supremacia do parlamento (MENDES; BRANCO, 2021).

Rousseau apresenta que o homem no estado de natureza guiava-se pelas paixões e leis naturais que tendem a liberdade e a igualdade. No entanto, em um certo ponto, um homem decidiu definir o que era seu e o que não era do outro e, a fim de defender o que é seu, convenceu outros homens a assegurar-lhe o que é seu (ROUSSEAU, 1973a). Assevera-se que o homem se encontrou em uma situação de insuportabilidade, ameaçando sua existência, necessitando pactuar entre si normas que possibilitassem a convivência (ROUSSEAU, 1973b). Assim, o homem era naturalmente bom, porém, a sociedade o corrompeu. Aponta-se que:

[...] crendo assegurar sua liberdade, pois, com muita razão reconhecendo as vantagens de um estabelecimento político, não contavam com a suficiente experiência para prever-lhe os perigos. [...] Tal foi ou dever ser a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves são fracos e novas forças ao rico, destruíram irremediavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, [...] sujeitaram todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria. (ROUSSEAU, 1973a, p. 275-276)

A partir disso, o contrato social institui um corpo político chamado Estado, que estabeleceria normas de vontade geral cuja finalidade é suprimir desigualdade, buscando-se aproximar o homem de sua natureza de igualdade. Em outras palavras:

[...] igualdade natural, dizendo que, longe de destruí-la, o pacto fundamental procede a uma correção, suprimindo as deficiências resultantes de desigualdade física e fazendo com que os homens, podendo ser desiguais em força ou engenho, se tornem iguais por convenção e de direito (DALLARI, 2016, p. 29).

Reputa-se que, segundo Rousseau, o homem não renuncia de sua liberdade em razão da vontade geral, pois tal ato resultaria na destruição da própria natureza humana. O pacto social, portanto, não possui o condão de abdicar a natureza humana, mas confortá-la de maneira dita civilizada, ou melhor, ordenada. Nisso, o Estado totalitário de Hobbes em que o homem cedeu sua vontade não prospera em Rousseau, já que o poder da vontade do homem é apenas delegado ao soberano, mantendo o cidadão o animus de decidir, inclusive, acerca do pacto social.

Continuamente, Rousseau apresenta um marco importante à democracia, definindo que o poder do homem é apenas representado, mantendo-o sobre si o poder. Não há um substituto da vontade individual, mas uma dialética conjunta, inerente ao convívio, que instituiu uma vontade geral através de normas postas pelo representante em mandamento dos indivíduos.

O constitucionalismo liberal, então, é marcado por um Estado negativo formado com a finalidade de impedir que o Estado restrinja as liberdades fundamentais. A constituição cumpre uma função organizacional, estabelecendo a forma como Estado deve agir para não-agir em detrimento dessas liberdades. Não há uma pretensão de realização por parte do Estado, permitindo que o povo, enquanto detentor da soberania, definisse pela maioria os destinos do seu país. Ademais, sobressai a supremacia do parlamento.

Ademais, o século XX marcou a transformação e superação do constitucionalismo moderno catalisado pelo fim da Segunda Guerra Mundial na Europa e pelo fim dos governos ditatoriais na América Latina. Esse novo movimento, o qual denomina-se “novo constitucionalismo” ou “neoconstitucionalismo” centraliza a atuação do Estado à Constituição. São três as transformações apontadas por Barroso (2001; 2005; 2008; 2018): i) a Constituição recebe força normativa; ii) a jurisdição constitucional recebe novos instrumentos; e iii) a Constituição passa a ser interpretada sob uma nova dogmática.

No Brasil, Barroso (2018) assinala que o direito sofreu três grandes transformações. Primeiro, superou-se o formalismo jurídico, (1) adotando uma postura na qual o direito assume a expressão de vontades localizadas e historicizadas, e (2) as soluções oferecidas pelo direito aos problemas precisam ser encontradas através da interpretação. Por essa razão, “a ideia de objetividade plena do Direito e de neutralidade do intérprete começa a se desfazer no ar” (BARROSO, 2018, p. 23). Segundo, o pós-positivismo toma o lugar do positivismo, (1)

reivindicando análises morais para os problemas, (2) atribuindo normatividade aos princípios e (3) centralizando a interpretação na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Terceiro, a centralização da Constituição que agora (1) assume o papel instrumento para interpretação das normas infraconstitucionais, além de (2) incorporar em seu texto matérias que antes eram reservadas à legislação infra.

A constitucionalização do direito é uma via de mão dupla: a Constituição incorporou em seu texto matérias que antes eram reservadas à legislação infraconstitucional, enquanto a legislação infraconstitucional passou a ser interpretada conforme a Constituição - dessa forma, estabeleceu-se uma “filtragem constitucional” (BARROSO, 2001). Nesse novo constitucionalismo, democracia não é apenas a vontade da maioria, mas sim a efetivação dos direitos fundamentais (BARROSO, 2001). Logo, “a constituição, além de impor limites ao legislador e ao administrador, determina-lhes, também, deveres de atuação” (BARROSO, 2018, p. 18).

Contudo, a própria constitucionalização gera conflito, que é acentuado pela neoconstitucionalização. A ideia de construir um Estado Democrático de Direito faz colidir - ainda que superficialmente - duas noções: a de democracia e de constitucionalização: democracia é o poder de decisão do povo e constitucionalismo é a limitação à soberania popular - assim, diversas questões são retiradas do poder popular de decidir (CHUEIRI; GODOY, 2010).

Portanto, não há mais um Estado negativo cuja finalidade era o não-fazer para garantia das liberdades - exige-se uma postura positiva do Estado, um fazer efetivo concretizador. Não basta que o Estado deixe de intervir para promoção da liberdade, o Estado deve agir para essa garantia, e isso ocorre em todos os demais direitos. Os direitos, portanto, não são apenas prestação negativas, mas positivas. A limitação ao exercício do poder, aqui, assume dois patamares: um mínimo - há questões pelas quais o Estado não pode deixar de decidir; e um máximo - há questões que o Estado não pode decidir. A constituição, logo, define esses parâmetros e exige o cumprimento.

Assume-se, então, que a constituição é um conjunto supremo de normas constitucionais que expressam uma vontade político-jurídica de um determinado Estado, organizando-o, além de estabelecer os direitos e deveres do próprio Estado e de seus cidadãos com a finalidade de limitar o exercício do poder. A Constituição, portanto, assume funções legitimadoras e transformadoras - ela legitima as formas com que o Estado atua, mas também o obriga a se transformar.

Sendo a constituição uma norma suprema de um determinado Estado e possuindo uma roupagem normativa que exige das outras normas conformidade, depreende-se a necessidade de haver uma forma de garantia da própria constituição - ao longo da história do constitucionalismo e das constituições, todos os poderes já foram incumbidos da tarefa de guardar o texto.

Objetivando, então, a proteção da constituição calcada na sua supremacia e normatividade própria, a próxima seção tratará acerca das possibilidades de guarda da constituição – isto é, do(s) órgão(s) responsável(eis) por protegê-la.

2.3 Quem deve ser o guardião da Constituição?

O debate sobre a guarda da Constituição possui duas vertentes: uma europeia, marcada por Schmitt-Kelsen, e outra norte-americana, observado no caso *Marbury vs. Madison*. Os debates culminam com a ideia de que um órgão deve ser responsável pela guarda da constituição – seja um Tribunal Constitucional (como no modelo concentrado austríaco), seja o judiciário (como no modelo difuso norte-americano). Ambos os debates, porém, tem um ponto de convergência: a supremacia da constituição e sua condição como norma jurídica.

Carl Schmitt vai construir a sua teoria sobre quem deve ser o guardião da constituição a partir da interpretação da Constituição de Weimar - segundo ele, deveria ser o Presidente do Reich, pois sustenta que o Presidente do Reich é um poder neutro eleito pela maioria do povo Alemão e, portanto, o representante do povo hábil a interpretar a Constituição (SCHMITT, 2007).

Para Schmitt (2007), o Judiciário não poderia assumir o controle dos atos do legislativo, pois isso significaria dar a um poder apolítico funções políticas, além de ferir o princípio democrático ao atribuir a juízes não eleitos a competência de invalidar atos de um poder eleito. Dito isso, o Presidente do Reich, por ser eleito, político e apartidário, representaria uma função neutra de manutenção da integridade política, porque não estaria submetido às disputas partidárias do parlamento; dessa forma, seria o mais capacitado para o cargo de guardião da Constituição. Em outras palavras, visto que a Constituição é a decisão política fundamental, apenas a alguém capaz de manter a integridade política poderia ser compelida a sua defesa.

Contrapondo o modelo de Schmitt, Kelsen (2003) leciona que o controle de constitucionalidade deveria ser confiado a um Tribunal Constitucional, órgão cujos atos não são sujeitos objeto do controle e que, ao rejeitar a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo a sua validade, funcionaria como garante da Constituição. Ocorre um erro

fundamental, segundo Kelsen, na distinção entre função jurisdicional e função política, tal como dizer que a decisão sobre a constitucionalidade de leis e anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. “O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação lhe deve necessariamente ceder” (KELSEN, 2003, p. 251) - e, assim, é errado dizer que apenas a legislação seria criação produtiva do direito e a jurisdição mera aplicação reprodutiva. Em outras palavras, a função de um tribunal constitucional tem caráter político de grau maior que a função de outros tribunais - todavia, isso não significa que ele não seja um tribunal ou que sua função não seja jurisdicional.

Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui a legislação (KELSEN, 2003, p. 251).

Kelsen (2003) defende que o suporte fático, que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma, e sim a produção da norma. Assim, a inconstitucionalidade de uma lei pode consistir não só no fato de não ter sido adotada segundo o procedimento previsto pela Constituição, mas também por possuir um conteúdo que, segundo a Constituição, não poderia ter. Portanto, o tribunal constitucional reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, com a anulação da norma inconstitucional.

A jurisdição constitucional não estabelece que uma norma deveria proteger normativamente a si mesma, ou que uma lei mais forte deveria proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas sim que uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, num nível superior (KELSEN, 2003).

Relembra-se que Schmitt (2007) relaciona que a decisão judicial já está contida na lei, sendo apenas deduzida desta através de uma operação lógica: jurisdição como automatismo jurídico. O juiz deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente o direito, mas sim apenas acha direito já formado, encontra uma decisão já existente na lei. No entanto, Kelsen (2003) reforça que lei e sentença são formas de produção do direito; a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição - ou seja, a aplicação do direito em função de o elemento da decisão não deve

se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também estar contida na função judicial, pois ambas devem possuir caráter político. Tem-se então que limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização do poder judiciário.

Ademais, ao serem aplicadas por um tribunal constitucional as normas constitucionais - sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras - não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos. O perigo da transferência do poder legislativo a outro poder não é um problema específico da jurisdição constitucional. O judiciário no controle de constitucionalidade atua como legislador negativo, pois elimina a aplicação da norma emanada pelo legislador positivo (KELSEN, 2003).

Além do debate travado entre Schmitt e Kelsen por um controle concentrado, surgiu nos Estados Unidos a ideia de um controle difuso a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. O *judicial review* trata-se de um poder atribuído ao Judiciário de defesa da Constituição, podendo invalidar os atos dos demais poderes que fossem opostos ao Texto. Mendes e Branco (2021) pontuam que o controle judicial tem três ideias:

a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país; b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição; c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.

Na visão de Edward Corwin (1914), o *judicial review* tem como premissas (1) a ideia de que a Constituição é lei aplicável (*law enforceable*) pelas cortes, bem como (2) o princípio da separação dos poderes pelo qual distingue-se o poder de criar as leis (*law-making*) e o poder de interpretar as leis (*law-interpreting*), o primeiro do Legislativo e o segundo do Judiciário.

Barroso (2010) coloca que a jurisdição constitucional possui duas aplicações, direta e indireta, podendo ser resumido no exercício do Poder Judiciário para aplicar a Constituição, controlando os atos dos outros Poderes conferindo interpretação às normas infraconstitucionais conforme a Constituição:

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. [...] A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição (BARROSO, 2010, p. 8).

O *judicial review* seria não-democrático quando invalidasse decisões da maioria que tinham como objetivo reformas econômicas e transformações sociais que visem a independência dos cidadãos e a efetividade de seus direitos fundamentais, segundo Samuel Freeman (1990). Outrossim, contra uma concepção contratualista ou originalista, defende que sejam consideradas as vontades da sociedade que toma cada decisão pois são esses os novos constituintes:

For it is now our constitution; we now exercise constituent power and cannot be bound by our ancestors' commitments. Only our intentions, as free and equal sovereign citizens, are then relevant in assessing the constitution and assigning a role to the document that bears that name (FREEMAN, 1990, p. 370).

Marcelo Continentino (2016) observa que embora Marbury seja citado como caso paradigma do controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*) a partir do desenvolvimento da ideia de que a Constituição é lei e é uma lei superior, essa concepção não nasce necessariamente deste caso, mas de uma materialização de processos político-institucionais que estavam ocorrendo ainda antes do julgamento paradigma. Assim, Continentino contextualiza que Marbury não é apenas uma decisão que atribuiu ao Judiciário competência para invalidar atos do Legislativo, mas que o Judiciário deveria fazê-lo em favor da Constituição.

Antes mesmo de Marbury v. Madison, já havia casos de *judicial review*, como apontado anteriormente. Roberto Gargarella (2011) destaca: i) Vanhorne's Lesse v. Dorrande, em que o Tribunal constatou que a Constituição é soberana frente ao Legislativo, dessa forma os atos legislativos contrários à Constituição seriam nulos, nascendo um dever da Corte em declará-lo nulo e ineficaz; ii) em Hylton v. Estados Unidos o Tribunal decidiu que era seu dever decidir contra a lei incompatível com a Constituição; iii) a primazia da Constituição em relação à lei foi levantada em Ware Administrator v. Hylton; e iv) no caso Kentucky v. Virginia o Tribunal declarou nula todas as normas opostas à primeira emenda.

Não obstante, Gargarella (2011) anota que essa visão norte-americana de judiciário controlador para cumprir um papel contramajoritário nasce de um temor que a elite (minoridade) tinha do poder que pudesse insurgir da vontade da maioria - havia no contexto norte-americano um temor ao despotismo legislativo. O *judicial review* norte-americano nasce de uma justificativa conservadora-elitista: a maioria era incapaz de decidir racionalmente, devendo ser incumbido a um grupo de juízes independentes e com especial capacidade (iluminados, segundo

Edmund Burke) o controle dos atos legislativos, pois apenas esse grupo de juízes seriam capazes de decidir racionalmente.

Ademais, fora questionado o problema fundamental do controle de constitucionalidade: legitimidade democrática – como juízes não eleitos poderiam afastar decisões de legisladores eleitos. Os federalistas apresentaram três soluções (GARGARELLA, 2011): i) histórica - os juízes ao defenderem a constituição estão defendendo a vontade do povo, visto que esta foi proclamada por esses; ii) intemporal - o *judicial review* por meio do processo de criação constitucional, posto que a constituinte foi auto convocada pelo povo, ainda que não possa ser comparada uma deliberação pública organizada com leis aprovadas no “calor do momento” ou por “pressões circunstanciais”; iii) interpretação - os juízes ao decidirem em defesa da Constituição estariam realizando um trabalho automático.

Contrapondo a esses argumentos, Gargarella (2011) expõe que: i) a solução histórica só seria válida em países que a Constituição foi promulgada por uma Constituinte eleita pelo sufrágio universal e com participação popular – o que não ocorreu nos Estados Unidos; ii) não existem razões para que se dê valor maior a uma vontade de sujeitos, muitos mortos há tempos, sobre a vontade atual dos cidadãos; iii) os juízes não apenas aplicam a leitura da Constituição; em muitos casos incorporam ao texto soluções normativas que não estão nele.

Apesar das objeções apresentadas, Gargarella (2011) defende um controle de constitucionalidade direcionado a assegurar condições de um debate democrático e a inviolabilidade da vida privada dos indivíduos.

Assim, o *judicial review* é um direito fundamental à medida em que se propõe defender os cidadãos do arbítrio do político quando esse se direciona além dos limites estabelecidos pela Constituição (ABBOUD, 2014). Além disso, assevera-se que o controle difuso de constitucionalidade reforça esse caráter de direito fundamental, posto que concede a todo cidadão acesso à justiça constitucional, permitindo que individualmente, considerando suas distinções, possam indispor-se contra as decisões que violam as limitações ao poder político (ABBOUD, 2014).

A democracia foi uma das grandes conquistas pós-monarquias; todavia, quando não submetidas a nenhum tipo de controle, pode-se cair ao arbítrio das maiorias, deixando nas mãos da democracia a capacidade de destituir as pessoas de bens e de dignidade, inclusive da vida. Como afirma Blackstone, “não há nenhum poder capaz de controlar os políticos inclinados a agir ‘em oposição à razão’ nas democracias em que a soberania da lei da maioria é absoluta e incondicional” (*apud* BEATTY, 2014, p. 2).

Dessa forma, com medo dos autoritarismos causados pelas democracias populistas, o período pós-segunda guerra é marcado pela transferência ao judiciário para responder os dilemas da sociedade. Como David Beatty (2014) afirma, “a fé que tanta gente depositou no Judiciário é uma das características que definem a nossa época”. A essa transferência, para exercer o controle sobre os atos da democracia, o controle de constitucionalidade faz jus ao próprio sentido da Constituição, de ser um texto supremo, que impõe mais do que procedimentos, mas também limites - se um ato político contraria o texto, esse não deveria “ter força nem efeito jurídico”.

Estefânia Barboza e Katya Kozicki (2008) observam que a democracia procedimental questiona a legitimidade da jurisdição constitucional pois o judiciário não é eleito e, por isso, não possui legitimidade democrática; conseqüentemente, não poderia tomar decisões políticas em nome do povo. Definem a democracia procedimental como a defesa do procedimento democrático independentemente do resultado alcançado, citando três autores principais.

Para John Hart Ely (*apud* BARBOZA; KOZICKI, 2008), a jurisdição constitucional não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo parlamento pois seria antidemocrático e um retrocesso - caberia a ela exclusivamente garantir o processo democrático, limitando-se a assegurar a efetividade das deliberações.

Na mesma linha, Jürgen Habermas (*apud* BARBOZA; KOZICKI, 2008) defende que a legitimidade do direito está no discurso, estando ligado ao princípio democrático. O destinatário do direito deve ser visto como autor desse direito - deste modo, haverá maior legitimação e aceitação. A democracia deliberativa é aquela em que a decisão seja legítima por si só, ou seja, que justifique o exercício do poder político. Esse direito é tão legítimo, que não poderia ser questionado pela jurisdição e, portanto, apenas aquele que criou o direito pode questioná-lo (autocontrole do legislador). Assim como Ely, admite a jurisdição constitucional para garantir o procedimento democrático, a fim de proteger os direitos políticos que, segundo ele, são fundamentais para o processo democrático. Desta maneira, a jurisdição constitucional pode restringir vontades desde que o resultado seja a proteção da democracia.

No fim, as autoras destacam Carlos Santiago Nino (*apud* BARBOZA; KOZICKI, 2008), o qual aduz que a constituição deve possuir modos de garantir um processo democrático onde os destinatários do direito possam participar das decisões e, ao mesmo tempo, que impeça a violação de direitos individuais, mesmo que pela vontade da maioria. Um texto constitucional que protege a autonomia pessoal, a pessoa, e a dignidade. Esses direitos impõem um limite aos processos democráticos. Assim como para Habermas, o controle de constitucionalidade de uma lei deve ser realizado por quem criou a lei, mas coloca três possibilidades de jurisdição

constitucional: proteção de direitos (visto que os direitos servem para conter decisões), não existe deliberação sobre direitos protegidos; tornar as decisões democráticas mais eficazes (fortalecer a constituição).

O Brasil buscou acompanhar ambas as conclusões: convergiu quanto à supremacia da constituição e sua condição como norma jurídica, instituiu que todos os juízes e tribunais poderiam afastar a aplicação de normas inconstitucionais, mas também incumbiu a um órgão o poder de declarar normas inconstitucionais. Essa formação, todavia, foi disjuntiva, tornando o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro atípico, pois na tentativa de conciliação das ideias acima expostas, formou um controle complexo.

3 JUDICIÁRIO E PROTAGONISMO: ALGUÉM PRECISA ATUAR?

A Constituição de 1988 fundou-se nas teses “neoconstitucionalistas” que, segundo Barroso (2005; 2008), são formadas por três eixos principais: a força normativa da Constituição (HESSE, 1991) – os textos constitucionais receberam valor de norma jurídica, deixando de ser um texto puramente político, o Judiciário começa a poder atuar nas Constituições; a expansão da jurisdição constitucional (BARBOZA, 2011) – com a normatização dos textos, a Poder Judiciário começa atuar na sua aplicação, interpretação e proteção (controles de constitucionalidade), vindo a se tornar, inclusive, um poder contramajoritário (ou “antipolítico”); e a nova interpretação constitucional (BARROSO, 2014) – texto normativo não é o único local para encontrar a solução dos problemas e juiz assume um papel de construtor do Direito, e não simples aplicador; assim, surgem as ideias de cláusulas gerais, princípios, colisão de normas constitucionais (e por consequência a ponderação) e a argumentação.

3.1 Controle de constitucionalidade à brasileira

A literatura comumente atribui ao Brasil o sistema misto de controle de constitucionalidade, pois une o sistema de controle difuso com o sistema de controle concentrado. No entanto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é, ao mesmo tempo, os dois e nenhum deles. O controle de constitucionalidade brasileiro é brasileiro e resulta tanto da constituição e da forma como foi concebido, como da prática dos tribunais.

O Brasil e a sua primeira constituição nasceram sem uma forma de controle de constitucionalidade - bastou a Carta Constituição de 1824 em atribuir a Assembleia Geral (órgão do Poder Legislativo) “velar na guarda da Constituição” (BRASIL, 1824). A guarda da constituição pelo legislativo era o traço marcante dos Estados europeus, notadamente a França e a Inglaterra. O constitucionalismo brasileiro nasceu com a ideia de supremacia do parlamento, ainda que este alicerçado na figura de representar muito mais os interesses da Coroa do que do povo.

Com a queda do Império e o golpe que instituiu a República, com fortes inspirações nos Estados Unidos, a Constituição de 1891 consagrou, pela primeira vez no Brasil, um modelo de controle de constitucionalidade – o controle difuso. Os juízes federais e os Tribunais Federais passaram a processar e julgar as causas em que as partes fundavam suas ações ou defesas em disposição da Constituição Federal. Coube ao Supremo Tribunal Federal, ainda, julgar em grau

de recurso as sentenças que questionassem a vigência ou a validade das leis e atos federais e estaduais em face da Constituição (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1934 assumiu o modelo difuso da primeira constituição republicana, porém, instituiu a reserva de plenário e atribuiu ao Senado Federal a competência para dar efeito *erga omnes* às decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento (BRASIL, 1934). Embora tenha mantido o controle de constitucionalidade, devido ao regime autoritário que legitimava, a Carta Constitucional de 1937 atribuía ao Presidente da República a competência para submeter a lei declarada inconstitucional novamente ao parlamento e, se confirmada, tornava sem efeito a declaração de inconstitucionalidade (BRASIL, 1937). A redemocratização do Brasil com o fim do Estado Novo instituiu novamente o modelo de controle difuso, antes consagrado na Constituição de 1934 (BRASIL, 1947). Foi, todavia, com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 (BRASIL, 1965) que se introduziria, ainda que precariamente, uma ideia de controle concentrado² a partir da representação de inconstitucionalidade do Procurador-Geral da República. Esse sistema se manteria durante a vigência da Constituição de 1967 (BRASIL, 1967) e sofreria uma forte ruptura com a Constituição Cidadã.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um amplo arcabouço de instrumentos de controle de constitucionalidade. Reproduz o controle difuso, todavia, colocando o Supremo Tribunal Federal com a última palavra por meio do Recurso Extraordinário. No mais, introduz a Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação ou omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A Ação Declaratória de Constitucionalidade é acrescida anos após pela Emenda nº 3/1993.

Deve-se destacar que no Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal, por exemplo, os juízes não realizam o controle preventivo de constitucionalidade, apenas o repressivo. O controle preventivo é político e quem o exerce são as Comissões de Constituição e Justiça e o Presidente da República. André Tavares (2020) defende a utilização da ADPF como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade pelo STF, pois é admitida contra qualquer ato do poder público, e não necessariamente ato normativo.

Ao exercer o controle, o tribunal deverá se colocar mais em defesa da constituição do que em um ataque à legislação – mantendo sobre ela a sua presunção de constitucionalidade e

² Paulo Bonavides (2011), por outro lado, destaca que a possibilidade de suspensão pelo Senado dos atos normativos declarados inconstitucionais prevista na Constituição de 1934 é um marco expressivo do controle direto de constitucionalidade.

observando os argumentos que enfraquecem essa presunção em favor da Constituição - tanto que o Tribunal pode dar interpretação à lei conforme a Constituição.

Há de destacar que a inconstitucionalidade, geralmente, no controle de constitucionalidade brasileiro, é uma declaração de nulidade do ato impugnado. Dessa forma, o Brasil adotou a teoria da nulidade, fazendo com que a declaração atinja a todos desde a criação da norma. Porém, a prática do Tribunal levou a perceber situações em que, ao declarar a inconstitucionalidade, fazia-se necessário modular os efeitos da declaração, tornando-a não uma nulidade, mas uma anulação. Isso foi reafirmado pela Lei nº 9.868/99; no entanto, o art. 27 que trata da modulação dos efeitos da decisão é interpretado de diversas formas pelo Tribunal.

Assim, o controle de constitucionalidade no Brasil está marcado por uma “patologia do excesso” (MENDES, 2008). A intervenção contenciosa do Judiciário nos demais poderes, ainda que legítima, deveria ser uma exceção e não a regra. Por sua vez, a fragilidade do procedimento não justifica o controle de constitucionalidade, mas provoca a reforma do processo (MENDES, 2008).

Deve-se notar ainda que a lei que se propôs a regulamentar a ADI e a ADC, Lei nº 9.868/1999, limitou-se a reproduzir o que estava sendo decidido pelo STF na última década antes da sua promulgação. Com o poder de ao menos tentar transformar o que havia de mácula no processo constitucional, decidiu por confirmar as decisões do Supremo. Em certo ponto, a legislação é inclusive vaga, abrindo espaço para a discricionariedade do Tribunal, como no caso do seu art. 27. O dispositivo é aproveitado por Gilmar Mendes como uma forma de “evoluir” o procedimento:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n. 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (MENDES, 2012).

Intrigantemente, há uma divisão das funções das cortes constitucionais que é desenvolvido por Barroso (2018). O papel contramajoritário é aquele pelo qual as cortes tomam decisões contrárias à vontade da maioria, a fim de assegurar o procedimento e assegurar os direitos fundamentais, enquanto o papel representativo é exercido quando o Judiciário cumpre com os anseios da população antes do Legislativo. Por fim, o papel iluminista é aquele no qual as cortes “atuam para empurrar a histórica, para avançar o processo civilizatório”.

Ademais, o autor ressalta que o Judiciário não deve criar o direito e nem se valer de suas vontades; portanto, a decisão judicial, ainda que “iluminista”, deve (BARROSO, 2018, p. 33):

a) reconduzir-se sempre a uma norma jurídica, seja um princípio ou uma regra, ficando a margem de atuação do intérprete limitada pelas possibilidades semânticas do texto interpretado (dimensão normativa); b) observar os valores e direitos fundamentais abrigados na Constituição, independentemente de a decisão ser popular ou impopular. Direitos fundamentais protegem as pessoas, inclusive e notadamente, contra a vontade das majorias. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro (dimensão deontológica); e c) ultrapassadas as duas etapas anteriores, sua atuação deverá pautar-se pela produção do melhor resultado possível para a sociedade (dimensão pragmática).

Observa-se que o controle de constitucionalidade brasileiro é marcado pela vagueza da legislação e pela jurisprudência regulamentadora – o processo constitucional e suas regras são determinadas pelo Judiciário, enfraquecendo a sua figura enquanto remédio contra o abuso do poder. Se é o juiz quem estabelece as regras do jogo, os jogadores não possuem condições para discernir como devem jogar.

3.2 Judicialização da Política

O verbete *judicialização*, segundo o Dicionário Priberam de Língua Portuguesa, é o “ato ou efeito de judicializar ou de se judicializar” (JUDICIALIZAÇÃO, 2022). Por sua vez, *judicializar* é “dar ou assumir o caráter judicial” ou “recorrer à via judicial para resolver um problema ou um diferendo” (JUDICIALIZAR, 2022). Judicialização da política, portanto, seria dar à política caráter judicial ou recorrer à via judicial para resolver problemas políticos.

Barroso (2010, p. 8) compreende por judicialização que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Nesse sentido, conforme dito anteriormente, David Beatty (2014) realça que se espera do Judiciário soluções aos problemas políticos e morais da sociedade, guiando-a quanto ao que é certo e o que se pode ou não fazer. Barroso (2008) observa que há uma insuficiência do poder político em garantir as demandas em países de democratização tardia, seja pela presença de um autoritarismo do Executivo, seja pela baixa representativa do Legislativo; por consequência, seria desejável uma atuação proativa do Judiciário.

Ran Hirschl (2004) atribuiu a esse fenômeno o nome de juristocracia (*juristocracy*), entendendo que os instrumentos de controle de constitucionalidade não só expandiram a jurisdição dos tribunais como também se tornou um fenômeno múltiplo e multifacetado, recriando o conceito de realização de políticas feitas pelos juízes. O teórico aponta que boa

parte das questões levadas às cortes constitucionais são essencialmente políticas e que deveriam ser resolvidas, primeiramente, na esfera política. Em sua análise, a proatividade das cortes constitucionais é necessária, mas não suficiente.

John Ferejohn (2003) define judicialização como uma transferência do poder dos legisladores às cortes desde a Segunda Guerra Mundial. Assim, existem três formas que as cortes tomaram os lugares dos legisladores: a) as cortes têm sido capazes e dispostas de limitar e regular o exercício do parlamento, impondo limites aos poderes; b) as cortes têm sido o local onde as políticas públicas estão sendo feitas; e c) as cortes têm sido dispostas a regular a atividade política em si, construindo e impondo comportamentos aceitáveis para determinados grupos e partidos políticos, ambos eleitos e oficialmente nomeados.

The fact that courts frequently intervene in policy-making process also means that other political actor, as well groups of seeking political action, have reason to take the possibility of judicial reaction into account. Proposals need to be framed in a way to ensure that legislation will neither be struck down nor interpreted in undesirable ways. In order to achieve such a result, part of the policy debate over new legislation must aim at anticipating the response of legal institutions. [...] This means that legal/constitutional considerations and rhetoric assume new and sometimes decisive importance in ordinary legislative policy-making (FEREJOHN, 2003, p. 41-42).

As causas para a judicialização, segundo Ferejohn (2003), são duas: i) diante da dificuldade de ação dos poderes políticos devido a fragmentação de competências, a população tende a buscar a proteção de seus direitos nas cortes (*fragmentation hypothesis*); e ii) há uma crença de que as cortes possam proteger a sociedade de abusos por parte dos poderes políticos (*rights hypothesis*).

Não distante dessa concepção, Barroso (2010; 2012) verifica que a judicialização é consequência de diversos fatores - como a independência do Judiciário, a descrença na política, os atores políticos deixarem as decisões polêmicas para serem decididas pelo Judiciário, a constitucionalização do direito e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Dessa forma, “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário” (BARROSO, 2010, p. 10).

A neoconstitucionalização abre um espaço ao acesso à justiça de extrema relevância, permitindo que diversos atores possam buscar no judiciário o que clamam como devido. O sistema de justiça, assim, é instigado a decidir sobre questões que, em alguma análise, podem ser ditas políticas, mas, por estarem inseridas no Texto, tornam-se discussões constitucionais.

Barroso (2009), nessa linha, defende que a atuação do Judiciário será sempre legítima quando um direito fundamental ou infraconstitucional vier a ser descumprido, seja pela ação ou

omissão. Ocorre que o excesso de judicialização da política pode acarretar o perecimento desse remédio constitucional, como apontado no caso do direito à saúde (BARROSO, 2009).

Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política (BARROSO, 2010, p. 35)

Nessa perspectiva, deve-se ter em mente que a judicialização da política, embora consequência do modelo adotado, não é irrestrita. Nem tudo pode ou deve ser judicializado.

3.3 Tirem a venda dos olhos da justiça: o mito do Ativismo Judicial³

O Ativismo Judicial pode ser entendido como uma atitude proativa do Poder Judiciário, pois esse interpreta a Constituição de maneira extensiva e abrangente. O Ativismo é utilizado devido a omissão do ordenamento frente a casos concretos - a sociedade demanda por atos não previstos e o legislador não se manifesta para construir Direito Positivo e salvaguardar os casos. Por conseguinte, por não poderem se escusar de decidir alegando que não há norma, os magistrados acabam interpretando a lei existente, aumentando seu campo de atuação. O Ativismo Judicial, diferentemente do que decorre da judicialização da política, não é consequência do constitucionalismo brasileiro, e sim uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição” (BARROSO, 2010, p. 11).

A ideia do ativismo surge após a Segunda Guerra Mundial, sendo primeiramente mencionado pelo historiador Arthur Schlesinger em seu artigo *The Supreme Court*, publicado para Revista Fortune Kennan Kmiec (2004). Em seu texto, o autor divide a Suprema Corte Norte-Americana em dois grupos, os ativistas (*judicial activists*) e os heróis da autocontenção (*heroes of self restraint*). Ambos os grupos representavam atitudes dos juízes da época: os ativistas interpretavam a Constituição para fins do bem comum, interferindo na Política ao mesmo tempo que mexiam nas decisões dos legisladores, enquanto os contentadores defendiam que os magistrados deveriam apenas aplicar o que os legisladores já haviam criado, restringindo-se apenas ao que está previsto na lei e se afastar da Política.

³ Nesta seção aproveitarei para revisitar o artigo “Ativismo judicial: o Poder Judiciário como construtor do direito positivo, (trans)formando o estado democrático de direito” publicado na revista Conteúdo Jurídico em 2018 (FERREIRA, 2018).

As atitudes ativistas, todavia, foram notadas muito antes do surgimento do termo. Como aponta Kennan Kmiec (2004, p.1444), os juízes já utilizavam da concepção de “judiciário legislador, ou seja, juízes fazendo Direito Positivo”. Em outro artigo, Ezra Thayer (1891) explica o significado de judiciário legislador; ele elucida que o amadurecimento da lei por decisões judiciais possui um sentido, o de juízes legislarem. Não obstante, o autor se contradiz em alguns momentos: ele considera o papel legislativo (construtor do Direito Positivo) e judiciário (aplicador do Direito Positivo) diferentes - sendo assim, constata que os juízes não constroem Direito Positivo per si, e sim princípios baseados na interpretação da lei, permitindo que outros magistrados os utilizem.

Outrossim, Benjamin Cardozo (1928 *apud* KMIEC, 2004) entende que o papel do juiz acaba sendo paradoxal. Ele admite que o magistrado, obviamente, não é um legislador, mas este acaba criando norma a casos concretos para preencher lacunas (*rules gaps*). Observa-se que o ordenamento positivo não tem como prever todos os casos concretos que possam vir a ocorrer, logo, existem omissões e cabe ao juiz preencher as lacunas da lei: fazendo isso, esse estará intrinsecamente legislando. Cardozo (1928 *apud* KMIEC, 2004) ainda complementa dizendo que o juiz tecnicamente não cria lei, mas, sim, regras de direito (*rules of law*) para outros magistrados considerarem. Os conservadores políticos não aceitam o fato de um Poder Judiciário legislar, por ferir a separação de poderes e, ainda, o Estado Democrático de Direito.

Em outro ponto, Greenawalt (1975) aponta que o Judiciário pode atuar como legislador quando estiver à frente de um caso não claro. Para o autor, os casos claros são aqueles previstos expressamente em lei e não necessitam de interpretação, enquanto os casos não claros são os que a norma não prescreve e cabe ao juiz interpretar as já existentes ou criar uma nova. Na concepção de Greenawalt, o juiz legislaria somente nos casos omissos pelo ordenamento positivo - havendo norma, não seria necessário.

De outro modo, Kelsen (1988) apresenta que o papel legislativo é dado àquele que esteja autorizado a criar normas jurídicas gerais, essas não são exclusivamente estatutárias ou consuetudinárias. Ou seja, o Poder Legislativo brasileiro garante ao Poder Judiciário o papel legislativo, como aponta Kelsen. Destarte, o juiz é de certa forma um legislador,

O tribunal é autorizado pela ordem jurídica a decidir o caso de acordo com o seu próprio arbítrio. [...] o tribunal é autorizado a criar para o caso concreto a norma do Direito substantivo que considera satisfatória, justa ou imparcial. O tribunal funciona, então, como um legislador (KELSEN, 1988, p. 210 - 211).

Ainda, nos Estados Modernos, os outros Poderes, não designados como legislativo, exercem o papel na criação de normas jurídicas gerais, podemos utilizar como exemplo, mais uma vez, a criação das súmulas vinculantes pelo Judiciário, e as Medidas Provisórias pelo Executivo.

Não existe nenhuma ordem jurídica, de nenhum Estado moderno, segundo a qual os tribunais e autoridades administrativas sejam excluídas da criação de normas jurídicas gerais, isto é, da legislação, e da legislação não apenas com base em estatutos e regras de costume, mas também diretamente baseada na constituição (KELSEN, 1988, p. 386).

Em contraponto, Albert Abel (1953, *apud* KMIEC, 2004) em uma análise dos juízes Holmes e Harold Laski, esse processo de legislação judicial atrapalha a democracia. Nesse sentido, os magistrados devem apenas aplicar as regras criadas pelos representantes eleitos pelo povo e não as criar, pois não é função típica do poder judiciário legislar. Na mesma linha, contrapondo Kmiec (2004), os juízes não constroem Direito Positivo, aplicam normas, asseguram que essas sejam cumpridas (TOOBIN, 2009). Outrossim, o judiciário “[...] é função subordinada às instituições representativas da democracia. A República é uma forma; as instituições democráticas perfazem a substância” (STRAPAZZON; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 571).

Barroso (2012) apresenta três possíveis objeções a essa atuação do Judiciário: i) riscos para legitimidade democrática; ii) risco de politização da justiça; e iii) a capacidade institucional do Judiciário e seus limites.

Acerca dos riscos para a legitimidade democrática, aponta que juízes não eleitos tendem a invalidar atos de políticos eleitos, no entanto, esse fenômeno é tratado como “dificuldade contramajoritária” e a legitimidade desses juízes advém (1) da Constituição que designou ao Judiciário a função de invalidar os atos contrários ao Texto e (2) que democracia não é apenas a vontade da maioria, pois o exercício de poder é limitado aos direitos fundamentais. Dessa forma, aduz que “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco” (BARROSO, 2012, p. 28).

A segunda objeção, o risco de politização da justiça, depreende de uma confusão quanto a relação entre direito e política, pois (1) direito é política na medida em que é criado pela maioria; a sua aplicação é indissociável dos efeitos políticos; e quem aplica o direito não é um indivíduo anômalo à política, e (2) direito não é política quando não permite que as decisões sejam tomadas por vontades pessoais de quem decide. Portanto,

cabe reavivar que o juiz: a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível (BARROSO, 2012, p. 29-30).

Por fim, a atuação do judiciário deve ter em mente a sua capacidade institucional - isto é, verificar se possui as habilidades necessárias para tomar a melhor decisão - e os efeitos sistêmicos da sua decisão, que por muitas vezes podem atingir espaços maiores do que aqueles das partes ou pretendidos (BARROSO, 2012).

No artigo publicado em 2018, foi concluído que ocorre uma omissão por parte do Poder legítimo a legislar, o Poder Legislativo. Contudo, a Constituição Federal garante a todos os direitos fundamentais - logo, é dever do legislador criar leis que salvaguardam a todos, independentemente de quem seja. Como esse não faz, caberia ao Judiciário fazer. Sendo assim, o Poder Judiciário pode legislar, ora completando omissões do ordenamento, ora retirando a eficácia de leis por meio do Controle de Constitucionalidade, ora por súmulas vinculantes.

A justificativa para o judiciário legislador ser legítimo democraticamente, apesar de não eleito, é que esse está efetivando a democracia. Ele faz com que os direitos fundamentais cheguem a todos, sem distinção, além de poder decidir independentemente dos interesses de um eleitorado - a única base de decisão deve ser a Constituição Federal. Em suma, o Poder Judiciário pode construir Direito Positivo, afinal, esse não está transformando o Estado Democrático de Direito, e sim, formando-o.

Essas conclusões, todavia, não mais subsistem. O ativismo judicial, tal qual como foi pensado a partir da realidade norte-americana, não é possível no contexto brasileiro. O Judiciário não cria o direito em si, e nem mesmo poderia; ele traduz os comandos constitucionais. As ações que extrapolam essa condição não são ativismo judicial, mas usurpação de competência. A criação do direito pelo judiciário não é garantia da democracia, mas a sua violação.

3.4 Algumas considerações práticas⁴

A atuação do Supremo Tribunal Federal não é percebida como coerente. Como demonstrado nas seções anteriores, o Tribunal recebeu uma importante função – a de guarda da

⁴ Optou-se por demonstrar algumas situações em que não ocorre a judicialização da política, mas uma usurpação pelo Supremo Tribunal Federal de competências – uma atividade inconstitucional.

Constituição, que deverá ser exercida perante certos limites. A atuação foi inflacionada pelo sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil na Constituição de 1988, fazendo com que diversos assuntos fossem levados até o Supremo, inclusive questões ditas essencialmente políticas – fenômeno denominado de judicialização da política.

Entretanto, conforme observado, a judicialização da política é uma consequência do nosso constitucionalismo e, portanto, não deve ser encarada como algo necessariamente ruim. Porém, não significa dizer que toda a judicialização da política é exercida como foi determinada. Nesta seção, busca-se observar alguns casos emblemáticos julgados pelo Supremo em que é possível verificar situações em que, além da judicialização, o Tribunal extrapola as suas competências e usurpa espaços que não lhe foram conferidos.

Na ADI nº 6.764 (BRASIL, 2021), o Min. Marco Aurélio indeferiu a inicial do Presidente da República, fundamentando estar desacompanhada da assinatura do Advogado-Geral da União, faltando ao Presidente a respectiva capacidade postulatória. Segundo o Min., a legitimidade do Presidente para propor ADI não se confunde com capacidade postulatória. Todavia, a atuação do Ministro é diametralmente oposta a jurisprudência do próprio Supremo:

O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, **possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória**. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

A Constituição, de fato, nada diz acerca da capacidade postulatória dos legitimados do art. 103 do Texto - ficou a cargo da jurisprudência e da ciência do Direito Constitucional interpretarem o dispositivo e realizarem conclusões. Mesmo a legislação regulamentadora, Lei nº 9.868/99, não dispôs sobre a capacidade postulatória. São nesses casos que residem as considerações levantadas por Kelsen (2003) de que a vagueza da legislação acarreta o grau maior de discricionariedade do juiz.

Queria a decisão ter parado nessa divergência: o Ministro decidiu por argumentar quanto ao mérito da ação, fazendo um “julgamento antecipado” de improcedência e revestindo-o de indeferimento. Observa-se uma tentativa de o Ministro justificar o meio empregado na sua finalidade – independente da nobreza, é equivocado, pois afasta o direito do Presidente de interpor o controle contra as próprias decisões da Corte para atingir uma finalidade

independentemente dos meios utilizados. É um exemplo de extrapolação de competência; mesmo que a legislação seja vaga, um Ministro não é o Tribunal e deve submeter-se ao último.

No MS 37.097 (BRASIL, 2020), o Min. Alexandre de Moraes a pedido do Partido Democrático Trabalhista suspendeu ato do Presidente da República de nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal. A decisão foi fundamentada no limite do poder discricionário do Presidente, que supostamente estaria nomeando o Diretor-Geral para interferir na Polícia Federal, eivando a legitimidade do ato administrativo. Além da impropriedade da ação, o Min. interfere em prerrogativa exclusiva do Presidente e de sua discricionariedade – determinada não apenas pela Constituição, como pela Lei que organiza a Polícia Federal e o Decreto que estrutura a Polícia Federal.

A decisão do Ministro Alexandre de Moraes de interferir nas escolhas para cargos de livre nomeação pelo Presidente não é nova, mas uma repetição da decisão do Ministro Gilmar Mendes nos MS 34.070 e MS 34.071 (BRASIL, 2016b). Nesses, o Ministro sustou os efeitos da nomeação do ex-Presidente Lula ao cargo de Ministro da Casa Civil por ato da Presidenta Dilma Rousseff. A decisão também se fundamenta em um suposto desvio de finalidade, conclusão a que chegou o Min. Gilmar Mendes a partir de provas obtidas por meios ilícitos (interceptação telefônica sem autorização judicial), ainda contra a competência privativa da Presidente em nomear seus Ministros de Estado.

Ambas as decisões incidem sobre a discricionariedade do(a) Presidente(a) para nomear livremente cargos a serem exercidos em sua Administração. Igualmente, ambos os casos partiram de ações impróprias – Mandado de Segurança, sem que houvesse atestado a violação de um direito líquido e certo. Não cabe olvidar que as decisões afastam a legitimidade dos atos administrativos, que são presumidamente legítimos, com base em suposições. Por fim, ambos os casos foram provocados por interesses de Partidos Políticos da oposição daqueles que emanaram os atos. Nos casos supracitados, os Ministros justificam os meios empregados na sua finalidade. Não se trata de vagueza da legislação, mas de avanço deliberado sobre o outro Poder sem estar alicerçado na Constituição.

A presunção de inocência foi outra questão posta em disputa. O Tribunal por 7 votos a 4 decidiu no HC 126.292 (BRASIL, 2016a), conforme o relator Min. Teori Zavascki, que cumprir pena antes do trânsito em julgado não violava o direito fundamental à presunção de inocência comandado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. A decisão não se trata de usurpação de competência, mas de extrapolação dos limites atribuídos pela Constituição. Primeiro, pois atinge o núcleo essencial das liberdades, que apenas a sociedade poderia dispor. Segundo, dá interpretação restritiva a um direito fundamental que é insuscetível de supressão

até pela vontade popular. O Tribunal assume uma posição em que nem os fins são justificáveis, pois violam a natureza da Constituição. Além de restringir direito fundamental à presunção de inocência, o Tribunal deu interpretação extensiva aos crimes de racismo a fim de embarcar no tipo penal o preconceito por orientação sexual. A decisão na ADO 26 (BRASIL, 2019b) atinge, novamente, o núcleo essencial das liberdades e, embora não “crie”, amplia um tipo penal.

Na Reclamação 4.335 (BRASIL, 2014), STF deferiu efeitos ultra-partes a uma decisão de controle difuso – decisão que incandesceu o debate acerca da abstrativização desse modelo. A decisão cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes guarda algumas peculiaridades: primeiro, o Supremo decide afastar deliberadamente o art. 52, inciso X, da Constituição Federal que exprime que compete ao Senado Federal, privativamente, suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Trata-se, mais uma vez, não de vagueza normativa, mas de violação direta ao texto Constitucional. Segundo, a decisão é conveniente às vontades do Min. Gilmar Mendes que havia proposto na década de 1990, junto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a supressão desse dispositivo da Constituição Federal. A ADC foi transposta para a reforma fiscal e aprovada, mas o dispositivo permaneceu. O Ministro, inclusive, buscou embarcar a sua tese no julgamento das ADI 3.406 e ADI 3.470 (BRASIL, 2019a), em uma tentativa de emplacar a ideia de que o controle difuso e o controle concentrado deveriam ter os mesmos efeitos e, portanto, o art. 52, inciso X, teria sofrido uma mutação constitucional.

Analisando a ADI 5.908, Godoy (2021) observou que a Constituição não autoriza nenhum ministro, individualmente, a declarar norma inconstitucional, pelo contrário, comanda que as normas só poderão ser declaradas inconstitucionais pela maioria absoluta dos ministros do STF. Assim, decisões em ADI devem ser tomadas pelo plenário, e não pelos ministros. A norma invocada pelo relator na ADI 5.908 para que decida monocraticamente, trata-se dos poderes gerais do relator - isto é, norma geral. A ADI é um processo especial, com normas especiais, devendo-se, portanto, aplicar-se às normas processuais especiais.

Outro ponto é que não cabe ao ministro, e nem ao Supremo, a decisão *extra petita*. Se a parte não requereu a medida cautelar, não é lícito ao Supremo invocar o poder de cautela para conceder tal medida - inexistente previsão processual específica para tanto. Nos casos em que se alega urgência, pois a decisão não poderia esperar pelo pleno, o regimento do supremo possui as respostas. Deve o relator solicitar que a medida cautelar seja colocada em pauta na próxima sessão de julgamento e, caso o presidente não pautar a medida cautelar, poderá o relator apresentar questão de ordem. Em última análise, ainda é possível o relator convocar uma sessão extraordinária (GODOY, 2021).

Esses casos apresentados demonstram que há uma figura narcisista do Supremo Tribunal Federal que, ironicamente, conforme definido por Barroso (1998), significa que o Tribunal, por estar incumbido de interpretar a Constituição, acha-se no direito de interpretá-la conforme a sua própria vontade e não a vontade da Constituição. Esse narcisismo constitucional enfraquece os próprios remédios, tornando-os uma doença. Nos casos narrados, arrisca-se dizer que a defesa da constituição foi inconstitucional. Como afirmou Miguel de Godoy (2021, p. 1047) “a mensagem que o STF tem passado com essa atuação é a de que a regra é não respeitar as regras”.

4 (IN)CONCLUSÕES: TODO PODER EMANA DO JUDICIÁRIO?⁵

A Constituição Federal de 1988 não é uma mera folha de papel, mas um documento jurídico com força normativa que comanda direitos e deveres e estabelece mecanismos de preservação da Constituição, do Estado que ela constitui e da sociedade que a constitui.

Essa força normativa exige dos atores que a exercem uma posição ativa de proteção da sua vontade, a “ordem normativa inquebrável”, mas não imutável – pois é preciso que a Constituição esteja em constante adaptação para com o espírito do tempo da sociedade que a constitui.

Dessa forma, o Judiciário a quem foi incumbida a guarda da Constituição exerce uma função essencial de interpretação desta a fim de que se consiga concretizar o sentido da norma constitucional através do tempo – evitando a sua revisão, mantendo a estabilidade constitucional e, consequentemente, preservando a força normativa.

O Controle de Constitucionalidade é resultado da adoção de uma ideia de constituição enquanto norma com valor jurídico, força normativa própria e dotada de supremacia frente às demais normas, isto é, a Constituição como a norma das normas. Colocando a Constituição acima das demais normas, foi preciso estabelecer um mecanismo que pudesse garantir a sua supremacia - a forma adotada foi a do controle de constitucionalidade, seja de forma difusa, seja de forma concentrada. No caso brasileiro, desde 1988 adota-se o sistema misto de controle de constitucionalidade, trazendo, assim, uma complexidade nessa discussão.

A superação do constitucionalismo liberal e o abandono da supremacia do Parlamento para dar lugar à supremacia da Constituição, sob a guarda dos juízes, não se traduz na superação do poder do povo. Democracia constitucional (o constitucionalismo democrático ou novo constitucionalismo) significa que o poder do povo está limitado – a democracia deve ser exercida sob regras específicas.

Não é mais concebível um Estado negativo cuja única finalidade é a proteção das liberdades. O Estado deve, além de proteger, promover essas liberdades. Exige-se um agir dentro de limites mínimos e máximos - ou seja, há direitos e deveres dos quais nenhum dos Poderes pode se eximir de cumprir, bem como há direitos e deveres que não podem ser atingidos por nenhum dos Poderes.

⁵ A provocação do título advém da realidade vivenciada nos últimos anos em que o Judiciário se colocou na posição de democrata. Sob o pretexto de estar defendendo a democracia constitucional, passou a decidir acerca de tudo, muitas das vezes dentro dos limites concebidos pela Constituição, mas muitas também extrapolou suas atribuições, interferindo não só nos outros Poderes, como também suprimindo direitos fundamentais que nem ao povo é conferida essa possibilidade.

Não se trata de perceber uma Constituição-fundamento, totalitária. O poder do povo é discricionário dentro dos limites estabelecidos, cabendo ao Judiciário interpretar esses limites e observar se estão sendo cumpridos.

A democracia foi uma das grandes conquistas pós-monarquias; todavia, quando não submetidas a nenhum tipo de controle, pode-se cair ao arbítrio das maiorias, deixando nas mãos da democracia a capacidade de destituir as pessoas de bens e de dignidade, inclusive da vida.

A essa transferência, para exercer o controle sobre os atos da democracia, o controle de constitucionalidade faz jus ao próprio sentido da Constituição de ser um texto supremo que impõe mais do que procedimentos, mas também limites. Assim, se um ato político contraria o texto, esse não deveria “ter força nem efeito jurídico”.

O perigo da transferência do Poder Legislativo a outro poder não é um problema específico da jurisdição constitucional; deve-se, então, limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização do Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade brasileiro é marcado pela vagueza da legislação e pela jurisprudência regulamentadora – o processo constitucional e suas regras são determinadas pelo Judiciário, enfraquecendo a sua figura enquanto remédio contra o abuso do poder. Se é o juiz que estabelece as regras do jogo, os jogadores não possuem condições para discernir como devem jogar.

O ativismo judicial, tal qual como foi pensado a partir da realidade norte-americana, não é possível no contexto brasileiro. O Judiciário não cria o direito em si, e nem mesmo poderia: ele traduz os comandos constitucionais. As ações que extrapolam essa condição não são ativismo judicial, mas usurpação de competência. A criação do direito pelo judiciário não é garantia da democracia, mas a sua violação.

A judicialização da política, por sua vez, é um fenômeno consequente do modelo adotado pelo Brasil. Não deve ser visto como um problema, pois é um remédio - o que não significa que não tenha problemas. Como todo poder, as condições que propiciam a judicialização da política devem ser limitadas.

Observou-se que há uma figura narcisista do Supremo Tribunal Federal, que busca interpretar a Constituição conforme a sua vontade própria. Esse narcisismo constitucional enfraquece os próprios remédios e torna-os a doença. Nos casos narrados, verifica-se que a defesa da constituição foi inconstitucional.

A excepcionalidade, todavia, pode gerar uma decisão que se torna ainda mais fundamental quando o não decidir refletir em uma inconstitucionalidade. Se há ainda um *check*

and balances, o controle exercido pelas decisões da maioria deve ser limitado à estabilização da constitucionalidade e, assim, a defesa da Constituição não pode ser um fim em si mesmo.

A moldura da constituição, que estabelece limites (mínimos e máximos) de atuação dos Poderes, não deve ser de elástico, permitindo que um Poder deliberadamente a estenda, mas deve ser ferro e o calor para dilatá-lo deve pertencer ao povo. No entanto, há uma temperatura inalcançável, espaço em que reside a autopreservação da Constituição, do Estado que ela constitui e da sociedade que a constitui.

A maleabilidade da Constituição é necessária para preservá-la no tempo, mas maleabilidade não é elasticidade. O jogo político fora das regras não pode ser conformado pelo Judiciário e nem poderá o Judiciário participar do jogo quando se coloca como intérprete dessas mesmas regras. A força normativa da Constituição exige um compromisso para com a Constituição; a Constituição que é o que o Poder quer que ela seja não é normativa, mas uma folha de papel.

As conjunturas das quais derivam um poder inabalável do Judiciário não são positivas, demonstram uma crise estrutural do sistema que nem por isso justificaria um poder absoluto, mas sim uma reforma. Democracia constitucional não significa afastamento do poder do povo, e sim que o seu exercício deve se dar dentro dos limites estabelecidos e protegidos pelos juízes. Enquanto todo o poder emanar do Judiciário, não haverá democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, v. 229, 2014, p. 433.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, nº 16, 2007. Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 6745-6765. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/integra_bh.pdf. Acesso em: 12 jul. 2019.

BARBOZA, E. M. Q. **Jurisdição Constitucional**: entre o constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Forum, 2011.

BARROSO, L. R. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 1-25, 1998.

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: . Acesso em: 4 abr. 2020.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 1-42. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BARROSO, L. R. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, v.2, n. 09, p. 258-301, 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621>. Acesso em: 1 dez. 2021.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira**, v. 60, n. 188, p. 29-60, 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BARROSO, L. R. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777>. Acesso em: 16 maio 2022.

BASTOS, Aurélio Wander. Prefácio. In: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. ix-xix. (Coleção clássicos do direito).

BEATTY, David. M. **A essência do Estado de direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. (Biblioteca jurídica).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16**. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 20/11/1989. Brasília: STF, 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118391/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20/03/2014. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Relator: Min. Teori Zavascki, julgamento em 17/02/2016. Brasília: STF, 2016b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.070**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18/03/2016. Brasília: STF, 2016a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho619216/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470**. Relator: Min. Rosa Weber, julgamento em 29/11/2017. Brasília: STF, 2019^a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397205/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 13/06/2019. Brasília: STF, 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 37.097**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgamento de 29/04/2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1097185/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.764**. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/03/2021. Brasília: STF, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1182104/false>.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito FGV**, v. 6, n. 1, 2010, p. 159-174. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322010000100009>. Acesso em: 9 jun. 2021.

CORWIN, Edward S. Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 12, n. 7, 1914, p. 538-572. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1274986>. Acesso em: 18 abr. 2020.

CONSTITUIÇÃO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2022. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/constituicao>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CONSTITUIR. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2022. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/constituicao>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 209, 2016, p. 115-132. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 9 dez. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEMOS, P. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2003, p. 41-68. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. **Law and Philosophy**, v. 9, n. 4, 1990, p. 327-370. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3504771>. Acesso em: 18 abr. 2020.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GREENAWALT, Kent. Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges. **Columbia Law Review**, v. 75, p. 359 - 399, 1975. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1121660>.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. "Juristocracy", Political – not Juridical. **The Good Society**, v. 13, n. 3, 2004, p. 6-11. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20711181>. Acesso em: 9 jun. 2021.

HOBBS, Thomas (de Malmesbury). **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico Civil**. Coleção os Pensadores. 1. ed. São Paulo: Abril, 1974

JUDICIALIZAÇÃO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2022. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/judicialização>. Acesso em: 19 jun. 2022.

JUDICIALIZAR. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2022. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/judicializar>. Acesso em: 19 jun. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, v. 92, p. 1441 - 1477, 2004. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3481421>.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer e Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCONI, D. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Coleção os Pensadores. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973a.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Coleção os Pensadores. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973b.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional).

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVEIRA, Denise Tolfo; CÓRDOVA, Fernanda Peixoto. A pesquisa científica. In: GERHADT, Tatiana Engel; SOLVEIRA, Denise Tolfo (Orgs.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 31-42.

STRAPAZZON, C. L.; GOLDSCHMIDT, R. Teoria constitucional e ativismo político: problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 43, p. 567 - 624, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THAYER, E. R. Judicial Legislation: Its Legitimate Function in the Growth of the Common Law. **Harvard Law Review**, v. 5, p. 172 - 201, 1891.